

# Contrato de Obra Pública: estatuto y juzgamiento

---

Jaime Arancibia Mattar

9 de noviembre de 2017



Universidad de  
**los Andes**

# Riesgos de modificación contractual

---

- Aumento de obras
  - Obras nuevas o extraordinarias
  - Empleo de materiales no considerados
  - Atraso en entrega de terrenos no imputable al contratista
  - Atraso en entrega de materiales
  - Errores en el diseño
  - Caso fortuito
-

# Problemas del régimen jurídico del contrato

---

- Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado. Litigiosidad
  - Incertidumbre respecto del estatuto supletorio aplicable. Litigiosidad
  - Solución de controversias relativamente ineficaz
-

# Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado

---

- **Controversias respecto de quién tiene que hacerse cargo de las incidencias del tipo de suelo y los retardos que provoque**

El contratista por no haber realizado los estudios pertinentes, o la Administración por diseño o aclaraciones erróneas en relación al proyecto respecto del cual el postulante sólo debiera revisar la superficie.

Cfr. SCA de Santiago Rol N° 6670-2010, consid. 9°; SCS Rol N° 6405-2015. Y dictámenes N° 44.220 de 2008, y N°3.838 de 2009.

SCS Rol N° 2.274-2013, consid. 14° y ss. Dictámen N° 6.268 de 1984, N° 35.741 de 2006.

---

# Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado

---

## ■ Litigiosidad de lo que se entiende por suma alzada

Unos sostienen que comprende un *pacta sunt servanda* que obliga al particular a asumir los mayores costos de imprevistos imposibles de resistir para el particular producto de circunstancias externas, errores o *ius variandi* de la autoridad. Se entiende que la suma alzada incluye tales riesgos en el precio, razón por la cual son de cuenta del contratista.

Cfr. La defensa del Serviu en causas que terminaron con SCS Rol N° 5.136-2010, c. 2º y SCS Rol N° 2508-2012, c. 2º y ss. La misma tesis plantea el voto disidente del Ministro Pedro Pierry en este último caso.

Cfr. Dictamen N° 8.151 de 1966.

---

# Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado

---

- Otros sostienen que *pacta sunt servanda* sólo rige *ceteris paribus* y que, en su defecto, *rebus sic stantibus* respecto de mayores costos imprevisibles e inimputables, como cambios de topografía imprevistos al momento de formular la oferta, obras extraordinarias, entrega tardía de las fajas de terrenos o permisos de servicios públicos, mayores plazos, o cambios tributarios. El aumento del precio no significa necesariamente el pago de los perjuicios.

SCS Rol N° 375-2013, c. 14° .: “la circunstancia de ser un contrato a suma alzada el celebrado por las partes, no implica que el contratista deba asumir riesgos o imponderables de la obra cuando ellos sean imputables -como se acreditó en estos antecedentes- al actuar negligente del mandante”.

SCS Rol N° 2.508-2012, c. 7°.

SCS Rol N° 2.274-2013.

SCS Rol N° 8.892 de 2009. Dictámenes N° 56.125 de 2010, y N° 38.759 de 2012.

SCS Rol N° 7.446-2011.

Dictamen N° 4.154, de 1980.

Dictamen N° 30.697 de 1981. Art. 109 del D.S. N° 75 de Obras Públicas de 2004.

SCS Rol N° 33634-2015.

---

# Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado

---

- **Controversias respecto de si los convenios adicionales, de variación o de renuncia a acciones incluyen todos los costos nuevos que asume el contratista o sólo algunos**

(directos por aumento de obras, perjuicios por sobrestadía, montos de equipamiento por mayor duración de las obras, pérdida de productividad por cambio de secuencia constructiva, y financieros).

# Incertidumbre respecto de lo consentido/regulado

---

- **Controversias respecto del deber de compensación del mandante por la entrega tardía de documentación o recepción tardía de las obras**
- **Litigiosidad sobre quién es responsable de la obligación de conseguir los permisos de otros servicios públicos**
- **Controversias respecto de la independencia del petitorio de indemnización de perjuicios respecto del de cumplimiento cuando éste último ya no es posible por término unilateral del contrato durante el juicio**
- **Litigiosidad respecto de qué se entiende por gasto general**



# Incertidumbre respecto del estatuto supletorio

---

- ¿Código civil? ¿Derecho común?
  - Silencio normativo equivale a ausencia de derechos
  - ¿Derecho Público común?
-

# Solución ineficaz de controversias

---

- Auto-tutela inmediata y desformalizada. No existe ponderación independiente de descargos sino hasta después de aplicada la sanción o término unilateral
- Ampliación de plazo por caso fortuito decidida en última instancia por el Director de Obras. Art. 161 DS N° 75
- Deferencia de Contraloría General de la República a Libro e Informe técnico de Obras
- Valor probatorio pleno a auto-prueba fiscal

Ejemplo, Dictamen N° 60.136 de 2009.

SCS Rol N° 6.289-2008, c. 9°. En sentido contrario, SCS Rol N° 19.656-2016, c. 6°. En sentido contrario, SCS Rol N° 1571-2017.

---

# Solución ineficaz de controversias

---

- Juez generalista, reactivo y meramente jurídico. Tiene riesgos de deferencia técnica o, en su defecto, interpretación errónea del contrato
- Procedimiento judicial extenso. Juicio ordinario de resolución de contrato e indemnización de perjuicios. No se permite el recurso de protección ante el término unilateral

Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9871-2011, consid. 8º, que valida la menor calificación asignada a un contratista simplemente por haber sido dictada por un órgano administrativo técnico en ejercicio de facultades exclusivas y excluyentes.

SCS Rol N° 40-2012, c. 10º.

SCS Rol N° 19.656-2016, c. 6º . En sentido contrario, SCS Rol N° 1571-2017.

---

# Efecto: lesión del bien común

---

Ecuación de Richard A. Posner, "The Law and Economics of Contract Interpretation", 83 *Tex L. Rev.* 1581, 1614 (2005), p. 1583.

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$$

C: costo de transacción social, incluyendo a tribunales y terceras partes.

x: costos de negociación y redacción del contrato (primera etapa del contrato)

p: probabilidad de litigación (segunda etapa)

y: costos del litigio para las partes

z: costos del litigio para el poder judicial

e: costos del error judicial que reduce el valor social y privado de los contratos como método de distribución de recursos.

A mayor riesgo de contingencia, yz e superan x

A menor riesgo de contingencia, x supera yz e

A mayor xyz, menor y

A mayor xyz, menor e

---

# Posibles soluciones: certeza de lo consentido

---

Adopción de estándar FIDIC:

- ❑ **Amplía posibilidades del constructor de reclamar pagos adicionales frente a eventos inesperados.** No existe precio único por todo. Esto hace que disminuya el precio de oferta de adjudicación. No hay precio a lo incierto sino que se va viendo
  - ❑ **Existen riesgos que son de cargo del mandante.** Permite que el constructor no haga más cara su oferta para cubrir contingencias por las que deberá pagar
  - ❑ **El cómputo inicial** de los plazos de ejecución de estos contratos y las suspensiones de los mismos (FIDIC 8.1 a 8.12) están subordinadas, en primer lugar al acceso que da el mandante o comitente (*The Employer*) en tiempo y forma a los terrenos (*Right of Access to the Site*), contando con todas las aprobaciones, documentos de respaldo y permisos correspondientes y recién entonces se puede contar el plazo de ejecución de la obra
-

# Posibles soluciones: incerteza del estatuto aplicable ante silencio

---

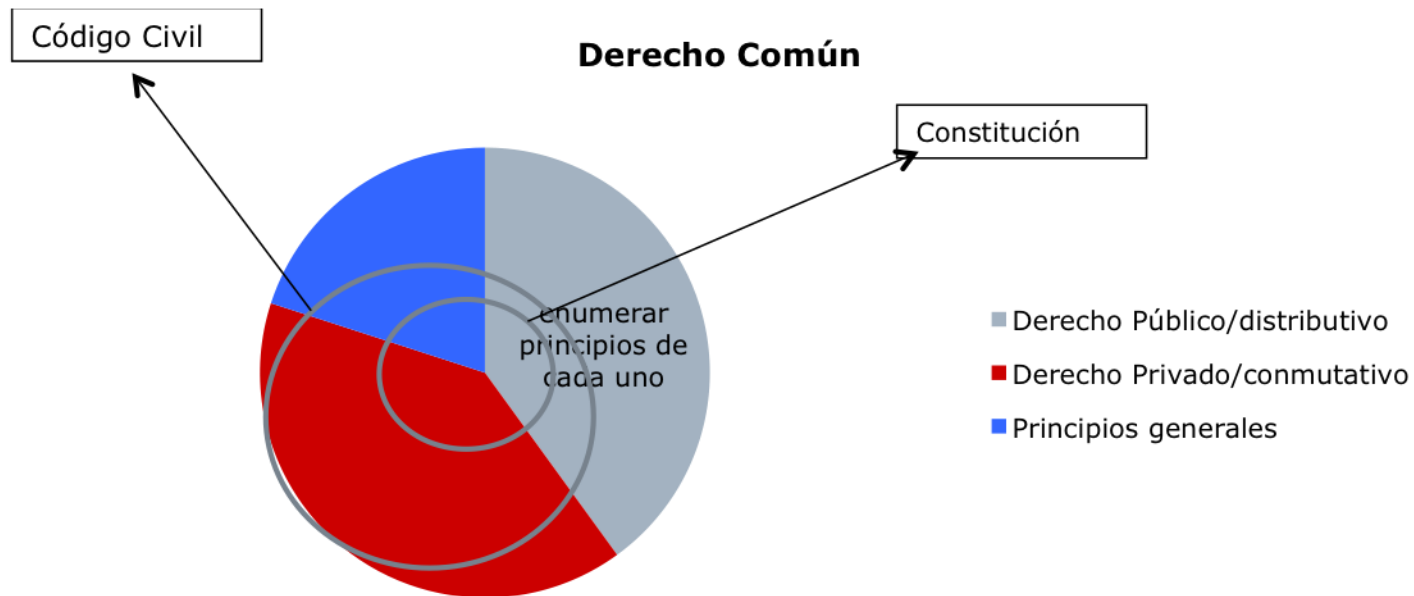
<b>Relación jurídica pública</b>	<b>Relación jurídica privada</b>
Entre el todo y la parte	Entre las partes de un todo
Vertical	Horizontal
Unilateral	Bilateral
Potestativa	Facultativa
Distributiva	Conmutativa
Justicia proporcional o geométrica	Justicia sinalagmática o aritmética

---

# Autonomía del derecho público

---

- ❑ Menor desarrollo dogmático y legislativo que explica influencia civil y disparidad de opiniones.
- ❑ Corpus iuris publicum



# Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

## Unitaria:

- Esta concepción unitaria del soberano queda fielmente reflejada en las palabras de Crespo al Rey Felipe en El Alcalde de Zalamea, al defender su imperio judicial frente a otros órganos: “Toda la justicia vuestra es sólo un cuerpo no más; si éste tiene muchas manos, decid, qué más se me da matar con aquésta un hombre que esta otra había de matar?”. Pedro, Calderón de la Barca, El Alcalde de Zalamea, 1636, versos 2705 a 2710
- Hecho del príncipe
- Rige hecho del príncipe por tributos y derechos municipales. Art. 109 D.S. N° 75 MOP de 2004



## Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

### Vertical:

- ❑ No rige la mora purga la mora. La verticalidad del interés público obliga al concesionario a la regularidad y continuidad únicamente salvo caso fortuito. SCS Rol 45.916 de 2016, c. 16.
  - ❑ Rige el *ius variandi*
  - ❑ Suspensión y término unilateral
  - ❑ Multas por incumplimiento
-

Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

Potestativa:

Potestades no exorbitantes. Procedimiento sancionador y de caducidad

---

# Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

## Unilateral:

- ❑ Interpretación *contra proferentum*. Lógica económica detrás del que tiene mayor deber de cobertura de riesgo.
  - ❑ principio *patere legem quam ipse fecisti* ("padece la ley que tú mismo hiciste") y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ("no será oído quien alegue su propia torpeza")
  - ❑ Confianza legítima y no actos propios. Dictamen 35525/66
  - ❑ Límites a la nulidad
  - ❑ Límites a la revocación
  - ❑ Art. 4 N° 15 (acto)
-

# Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

## Distributiva:

- Equilibrio financiero es distributivo no conmutativo
- El Estado, por tanto, tiene el deber de compensarlas conforme al principio *sine iniura privaturom* ("sin daño al privado"), que impide gravar unilateralmente a uno en beneficio del todo
- Reparación integral basada en igualdad ante las cargas. Fallo Hospital militar. SCS Rol N° 33634-2015. C. 32, pero no es el art. 1558 del Código Civil

# Posibles soluciones: certeza del estatuto aplicable ante el silencio

---

## Distributiva:

- ❑ Por eso que no rige el 2003 N° 1 del cc. de prohibición del aumento de precio por encarecimiento de insumos
- ❑ No rige *res perit domino* cuando es el contratista (art. 2000) , salvo norma en contrario. Art. 134 inciso 2 o 150 del DS 75?
- ❑ Rebus sic stantibus y equilibrio financiero rige a favor y en contra del contratista
- ❑ Caso fortuito para ambas partes es compartido, salvo norma expresa. Ej. art. 134 inciso final

STC 755, 1254, 2684.

---

Posibles soluciones: solución de controversias eficaz

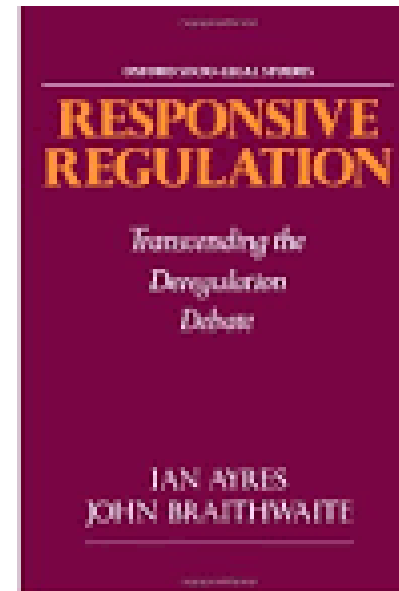
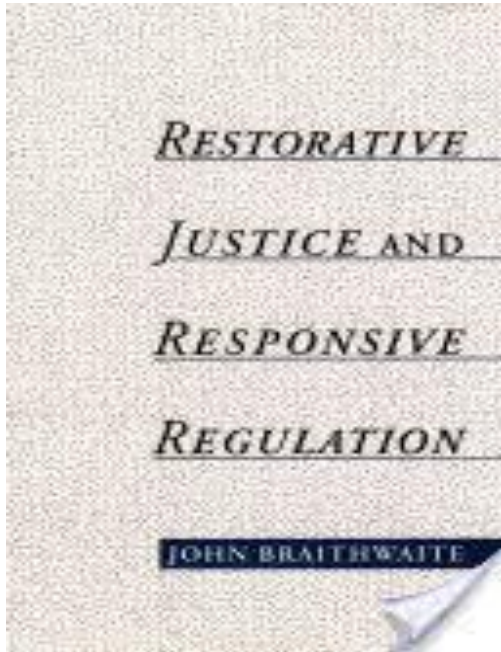
---

Técnicas de intervención basada en riesgo:

- Regulación basada en riesgo
  - Supervisión basada en riesgo
-

# Posibles soluciones: solución de controversias eficaz

---



# Posibles soluciones: solución de controversias eficaz

---

<b>Supervisión basada en reglas</b>	<b>Supervisión basada en riesgo</b>
Retrospectiva	Prospectiva
Instrumento único	Instrumento variado y proporcionalidad
Infraccional	Pre-infraccional
Reactiva	Proactiva
Basada en normas	Basada en principios

---



# Posibles soluciones: solución de controversias eficaz

---

## Fidic.

- Prevención de conflictos al máximo. Deberes de adelantamiento, reuniones frecuentes, obligación de mantener registros
  - Eficacia y eficiencia en la solución de conflictos. *Gap filling*. Rol del DAB independiente, imparcial, especializado, preventivo y de mérito. Involucramiento temprano y pacífico con la obra
-

# Conclusiones

---

## Problemas:

- ❑ Incertezas del contenido del contrato y del estatuto supletorio aplicable
- ❑ Ineficacia en la solución de controversias
- ❑ Costo social

## Propuestas:

- ❑ Regulación más precisa para precaver litigios. Estándar FIDIC.
  - ❑ Estatuto supletorio aplicable: derecho común público
  - ❑ Introducir mejores mecanismos de control preventivo y solución eficaz de conflictos. Estándar FIDIC
  - ❑ Superar atraso en técnicas potestativas
-

---

Muchas gracias.

[jarancibia@uandes.cl](mailto:jarancibia@uandes.cl)

---