

SOBRECOSTOS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

Criterio del costo incremental inevitable

Álvaro Araya Ibáñez
AD Abogados





LA JURISPRUDENCIA

A veces, los jueces tienen razones que la razón no entiende...

No se modifica el precio...

- **CS Año 1920:** el “constructor no tiene derecho para exigir el pago por las agregaciones y modificaciones hechas en un contrato de edificación por una suma alzada, sobre las cuales no se ajustó precio por las partes”
- **CS Año 2012:** “Que la ejecución del contrato “a riesgo y ventura” del contratista, es una regla que explica que los eventos que empeoren su situación no debieran constituirse en un obstáculo para dar cumplimiento a lo pactado...”;
- **CS Año 2012:** Que “(...) tratándose de un contrato a suma alzada, el riesgo lo asume el contratista al ofertar una cantidad determinada, y es justamente por ello que los interesados en participar en una licitación (...) pueden y deben realizar los estudios pertinentes para determinar finalmente el precio a ofertar, considerando todas las variables que de acuerdo al estudio realizado puedan presentarse”.

Sí se modifica el precio...

- CA Santiago Año 2003: Que “como es un hecho irrefragable que el volumen inicialmente proyectado, se aumentó significativamente y se trata de obras que fueron ejecutadas a petición, o al menos, con conocimiento de la inmobiliaria, que tuvieron por objeto la ejecución de partidas no contempladas, el mejor aprovechamiento del proyecto, o, el mejoramiento de las mismas, ellas deben ser imputadas a la inmobiliaria...”

Sí se modifica el precio... (cont.)

- **CS Año 2015:** Que “las obras adicionales de cargo del prestador del servicio corresponden a aquéllas que digan relación con la obra encomendada, entendiendo que no parece razonable que un mandatario, prestador o contratista en una relación contractual como la de autos, asuma indiscriminadamente todo tipo de obras adicionales o extraordinarias a aquéllas que han sido encomendadas. De esta forma (...) el costo de las obras reclamadas por la actora, que tuvieron su origen en las napas subterráneas encontradas, no puede ser consideradas como parte del trabajo encomendado”.

Sí se compensan sobrecostos...

- **CA Santiago Año 2014:** si bien rechazó los aumentos de costos por gastos generales y por aceleración de trabajos (originados por no contar con las áreas de trabajo oportunamente liberadas ni con los aportes del mandante), aceptó su procedencia material: “Que, frente a la naturaleza y complejidad del presente juicio, como a las sumas que se demandan, estos sentenciadores consideran que en autos, la demandante debió impetrar como prueba un peritaje contable -dado que el juez árbitro no es experto en dicha materia- que despejara toda duda respecto al monto y naturaleza de los perjuicios que reclama”.

Sí se compensan sobrecostos...

- **CS Año 2016:** La Corte Suprema condenó al fisco a pagar una compensación millonaria por gastos generales y pérdidas de productividad, argumentando que, a pesar de que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas no permite ni contempla las indemnizaciones solicitadas por el contratista, ello no tiene el efecto de excluir esos pagos, ya que eso implicaría pretender “que normas de carácter reglamentario restringirían el derecho del contratista a ser resarcido íntegramente por los daños ocasionados por incumplimientos contractuales de la Administración, modificando con ello el régimen de responsabilidad contractual al que debe sujetarse el Estado (...) [por lo que ello] no implica que no rija el principio de reparación integral de daño, con los límites a los perjuicios directos y previsibles establecidos en el artículo 1558 del Código Civil en materia de responsabilidad contractual.”

No se compensan los sobrecostos...

- CA Santiago Año 2014: resolvió, atendiendo al tenor literal del Reglamento de Concesiones Públicas, cuando señala que “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa.”, que si bien el caso concreto no constituía un evento de fuerza mayor (protestas ciudadanas), esa “literalidad no origina duda alguna en cuanto que es comprensiva de cualquier hecho o circunstancia que acontezca, de manera que, prescindiendo de lo que origina el uno o la otra, las consecuencias siempre importarán un riesgo que debe asumir la concesionaria. (...) Si se tiene en cuenta que los retrasos se produjeron por las paralizaciones debido a las protestas ciudadanas, se trata de hechos que deben considerarse como de aquellos a que se refiere la norma y que por ello constituyen un riesgo que debió asumir la concesionaria.”

No se compensan los sobrecostos... (cont.)

- **CA Santiago Año 2021:** elevó el estándar probatorio de los gastos generales, señalando que "tenía el recurrente la carga procesal de acreditar cada uno de los elementos o ítems que componen la suma peticionada por tal concepto, a saber, los gastos incurridos por consumo de gas, energía eléctrica, limpieza, alquiler o remuneración de los trabajadores, cuyo no es el caso de autos."
- **CS Año 2022:** acogió una Casación en el Fondo, señalando que "yerran los sentenciadores del fondo al fundamentar el rechazo de la demanda por no haberse probado los costos efectivos incurridos por la actora producto de aquello, pues, como se dijo, ello es improcedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento, ya que concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 146 del mismo, procede que se indemnicen por el solo hecho del aumento de plazo, sin que sea necesario acreditar los gastos efectivamente incurridos por tal aumento; [pero aciertan] en lo referente al sobrecosto de riego, [ya que] resultaba indispensable que se acreditara con precisión dichos costos con las probanzas pertinentes al efecto, la que no fue aportada al proceso".



EN BUSCA DE UN CRITERIO PREVISIBLE

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Algunos elementos de análisis económico

- Elemento central de esta modalidad de precio:
 - Traspaso de riesgos del mandante, dueño de la obra, al contratista experto
 - Eficiencia del intercambio
- Presupuestos:
 - Flujo real de información
 - Traslado contractual del riesgo: diseño contractual estándar
 - Excepciones a la invariabilidad del precio:
 - Vicio o riesgo fuera del alcance razonable de un oferente diligente,
 - Interferencias causadas posteriormente por el mandante
 - Compensación eficiente (naturaleza y cuantía de los sobrecostos)

Distribución adecuada de los riesgos: atrasos e interferencias

Atrasos inexcusables

Atrasos meramente excusables

- Condiciones climáticas excepcionalmente adversas
- Evento de fuerza mayor
- Modificaciones regulatorias
- Acciones de terceros absolutos
- Retrasos imprevistos y no culpables en la obtención de permisos, etc.

Atrasos excusables compensables (Eventos de Riesgo del Mandante: ERM)

- Cambios al proyecto
- Atraso o falta de suministro de la información técnica que debe recibir el contratista
- Discrepancias o descoordinaciones técnicas
- Falta o atraso en el suministro de los aportes del mandante
- Atraso en la entrega del sitio
- Atrasos o deficiencias de subcontratistas contratados o nominados por el mandante
- Interferencias con edificaciones o infraestructura preexistentes y otros proyectos con actividades simultáneas.

Consecuencias de un ERM: ¿Qué se compensa y por qué?

Responsabilidad contractual común

- Culpa subjetiva
- Reparación integral del daño
 - Daños emergente
 - Lucro cesante
 - Daños morales (reputacionales)
- Fundamento: incumplimiento del contrato

Ajuste consecuencial del precio

- “Culpa objetiva” (ajuste por acaecimiento objetivo de ERM)
- Solo daño emergente (sin lucro cesante ni daños inmateriales)
- Sobrecosto
- Fundamento: cumplimiento del contrato

“Existencia, naturaleza y monto de los perjuicios experimentados por la demandante”



EN BUSCA DE UN CRITERIO PREVISIBLE

COSTO INCREMENTAL INEVITABLE

Costos efectivos

- Costos directos
- Costos indirectos o gastos generales
- Excluyendo conceptos meramente remunerativos (utilidad u *overhead*) o lucros cesantes, daños inmateriales o daños indirectos
- Costos efectivos, con valores reales y comprobables
- Contabilidad y documentación soportante
- *Core Principle 20* del del Protocolo de Retraso y Disrupción de la Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido (PRD):
- “...no se le debe pagar nada más que el trabajo realmente realizado, el tiempo realmente empleado, o la pérdida y/o gasto efectivamente sufrido. En otras palabras, la compensación por la prórroga causada por razones distinta a variaciones del proyecto, se basa en el costo adicional real incurrido por el Contratista”.

Costos incrementales

- Concepto de flujo de caja incremental, usado en evaluación de proyectos para calcular el valor actual neto (o VAN) de una inversión
- Principios de Finanzas Corporativas, Brealey & Myers:
 - Solo son relevantes aquellos “flujos de tesorería adicionales que se derivan de la aceptación del proyecto”
 - Debiendo ignorarse los desembolsos pasados e irreversibles “ya que los costes no recuperables son pasado, no pueden estar afectados por la decisión de aceptar o rechazar el proyecto”
 - Debiendo asimismo ser cautos respecto de los gastos generales, ya que el “principio del flujo incremental de tesorería indica que en el análisis de las inversiones deberíamos incluir únicamente los gastos extras que resultarán del proyecto. Un proyecto puede generar gastos generales adicionales o tal vez no. Deberíamos ser cuidadosos en cuanto a aceptar que la asignación de gastos generales hecha por los contables representa los verdaderos gastos extras en que se incurriría”.

Costos incrementales: Préstamo desde Finanzas Corporativas

- Mismo principio, pero aplicado *ex post*
- No análisis tipo “antes y después de la interferencia”, sino que “con y sin la interferencia”
- Confiabilidad de la línea base
- Papel clave del programa (con recursos) y de los registros
- El PRD recomienda:
 - El contratista debe preparar y el mandante aceptar un programa debidamente diseñado, que muestre la manera y secuencia en la que el contratista planea ejecutar las obras. Dicho programa debe actualizarse para registrar el progreso real, variaciones, cambios de lógica, métodos y secuencias, medidas de mitigación o aceleración y cualquier extensión de tiempo concedida. **Solo si esto se cumple, el programa podrá utilizarse eficientemente como herramienta para determinar los impactos de las interferencias.**

Inevitabilidad del costo y carga de mitigación

- Sobrecostos inevitables para un contratista actuando diligentemente, en esas mismas circunstancias
- No es inevitabilidad absoluta
- Obligación de informar al mandante
- Obligación de mitigar: no es aceptable un “*wait and see approach*”
- Core Principle 15 del PRD:
 - “...el deber del Contratista de mitigar su pérdida tiene dos aspectos: primero, el Contratista debe tomar medidas razonables para minimizar su pérdida; y, en segundo lugar, el Contratista no debe tomar medidas irrazonables que aumenten su pérdida.”

Criterio del costo incremental inevitable: límites y ventajas

- **Primer límite:** incidencias consistentes con la práctica de industria
- **Segundo límite:** la regulación aplicable
- **Tercer límite:** la libertad contractual
- **Ventajas:** previsibilidad, incentivo a los acuerdos y desincentivo a la litigiosidad

Criterio objetivo, previsible, consistente con la distribución de riesgos y la calidad de experto del contratista



FIN DE LA PRESENTACIÓN MUCHAS GRACIAS

AD ABOGADOS
WWW.AD-ABOGADOS.CL

AVENIDA RAÚL LABBÉ N° 12.650, OF. 315
LO BARNECHEA
SANTIAGO, CHILE