



Segundo Coloquio sobre jurisprudencia en materia de Derecho de la Construcción

26 de agosto de 2024

**“La buena fe y la asignación de riesgos en
la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema”**

Elina Mereminskaya

PhD, LLM, FCI Arb

Contenido

- I. La buena fe se opone a una aplicación literal ciega del contrato.
- II. El riesgo de las indefiniciones del proyecto recae en la constructora experimentada que formuló la oferta.
- III. El riesgo de un proyecto imposible de ejecutar, aceptado por la constructora experimentada, influye en el monto de la indemnización del lucro cesante.
- IV. No hay obligación de entregar todo el terreno si el contratista sabía que algunas de sus partes estaban en proceso de expropiación.
- V. La reserva de derechos en los convenios ad-referendum surte efecto.
- VI. Aumento del plazo por responsabilidad del mandante debe ser compensado.
- VII. Conclusiones.



I. CORTE SUPREMA ROL N° 32.356-2022

30 de junio de 2023

- ❑ Queja rechazada.
- ❑ Actuación de oficio: Anulación de la sentencia de segunda instancia arbitral y confirmación del fallo de la primera instancia.



“Se advierte entonces, por las razones que se vienen señalando, que **no resulta admisible esquivar la ejecución de buena fe de un contrato a pretexto del rigor del texto de lo convenido**, puesto que Ninguno de los ‘contratantes debe asilarse en su literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, **al influjo de un interés propio y mezquino**; antes bien, debe dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Ni debe dejarse de atender a factores extraliteralidad que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley”.

“Similar reflexión cabe considerar cuando se analiza **el principio de la autonomía de la voluntad**, el que si bien es ampliamente recogido en la cultura jurídica occidental, **no puede elevarse a la categoría de dogma absoluto, de aplicación inexcusable y ciega**. Si como quiere la tradición del derecho natural, la ley injusta no es ley sino violencia, lo mismo podría decirse de un **principio jurídico que pretende erigirse por sobre imperativos morales y jurídicos superiores que impone la misma consideración del ser humano como un ser digno**. Si la ley positiva debe ceder paso a la justicia, lo propio ha de suceder si la aplicación absoluta de un principio permite la producción de resultados gravemente injustos e inequitativos”.



- ❑ Advierte un error de los árbitros en la valorización del pago final.
- ❑ Otro error en la apreciación del cambio de candados 1 semana antes de la solicitud de liquidación del contratista, entorpeciendo la normal ejecución del proyecto.

“Que como se viene diciendo **el fallo infringe el principio de buena fe y la aplicación del artículo 1546 del Código Civil**, puesto que establecidos como hechos de la causa que Eldu SpA ejecutó más del 70% del Proyecto y Eletrans S.A., por su parte, no pagó sino un porcentaje ascendente al 20% del valor del contrato; y el cambio de los candados de la Subestacion el 24 de enero de 2018, esto es, seis días después del cumplimiento del Hito N 9 y una semana antes de la solicitud de liquidación de Eldu por Eletrans, los jueces debieron estimar que ello constituye una lesión para la primera de su legítimo interés de obtener -en aras del contrato- una contraprestación a causa de su prestación, y un entorpecimiento en la normal ejecución del proyecto, por cuanto significó una manifiesta traba, dificultad o impedimento para que personal de Eldu SpA concurriera a desarrollar las tareas que le correspondían en virtud de una convención que, a esa fecha 30 de enero de 2020- seguía vigente”.



II. CORTE SUPREMA ROL N° 71.769-2021

19 de abril de 2023

- Casación en el fondo por haberse supuestamente infringido el artículo 1546 CC.
- Aumento del plazo en 262 días sobre 360 días originales debido a proyecto defectuoso y errores de diseño.
- Trabajos adicionales, extraordinarios, aumento de GG, pérdida de productividad, costo financiero, etc.
- Sumaalzada.
- La demandada invoca la sumaalzada; señala que hubo 7 modificaciones del contrato, todas alteraciones consensuadas y el aumento de plazo favoreció a la demandante por no aplicarle multas.
- 1ra y 2da instancias acogieron solamente el pago de intereses corrientes por facturas atrasadas, rechazando lo demás.



- ❑ La Constructora alude a los arts. 1545 y 1546 CC: La sumaalzada no supone la obligación del contratista de advertir las indefiniciones y errores de proyecto previo a la presentación de su oferta, y la declaración jurada no exime al mandante de responder por los errores e indefiniciones del proyecto.
- ❑ La supuesta obligación de hacer un estudio previo exhaustivo infringe el principio de buena fe, al establecer cargas para el contratista que ni la ley ni el contrato contemplan.



- ❑ Debido a la buena fe contractual, sobre los antecedentes entregados por el mandante pesa una presunción de veracidad.
- ❑ La sentencia infringe el principio de la interpretación acorde a la aplicación práctica del contrato art. 1564.3 CC: Las partes efectuaron todas sus comunicaciones sobre subsanación de indefiniciones, errores de diseño, etc.
- ❑ La CS rechaza la casación.

“El recurso de casación carece, en este extremo, de los antecedentes de hecho que permitirían, eventualmente, acudir a los preceptos que se denuncian infringidos y sobre los cuales se sustenta el arbitrio de nulidad sustancial que se analiza”.

“En consecuencia, no habiendo determinado los jueces del fondo los referidos supuestos básicos del recurso, éste no puede prosperar, toda vez que esta Corte de Casación no puede modificar los hechos que han fijado dichos magistrados en ejercicio de sus atribuciones legales estableciendo otros distintos, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras de la prueba, cuyo, como se dijo, no es el caso”.



“Así, por una parte, no es posible admitir que la sentencia quebranta el artículo 1546 del Código Civil y el principio de buena fe al concluir que las **indefiniciones del proyecto no constituyen incumplimientos contractuales, pese a que tales errores y omisiones incluyen asuntos de la mayor gravedad.**



En efecto, aun cuando quedó asentado en autos que el proyecto licitado presentaba indefiniciones en algunas de sus partidas, es lo cierto que también se demostró que **la demandante no realizó un estudio acabado del proyecto antes de formular su propuesta, que le habría permitido notar, con anticipación, la existencia de errores como los que denuncia en su demanda”.**

“En efecto, aquí resulta aplicable, por los antecedentes expuestos, la regla de interpretación aludida por el recurrente, de la aplicación práctica que hayan realizado las partes o una de ellas con la aprobación de la otra, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 1564 del Código Civil, puesto que ha sido la demandante, una empresa constructora **“con más de 38 años de experiencia en el rubro de la construcción”** y que cuenta con un **“vasto conocimiento y prestigio a nivel nacional en el desarrollo y construcción”** en diversas áreas, la cual evaluó el proyecto y todos sus aspectos, los que aceptó expresamente y conforme a tales antecedentes formuló la oferta, la cual fue aceptada. De igual forma, durante el contrato propuso modificaciones y **aceptó los términos de la mandante**, sin que expusiera reparo alguno o dejara estampado su desacuerdo con alguna obra que debiera liquidarse al finalizar el contrato. Es decir, aceptó los términos, aplicó el contrato o aprobó la forma en que se ejecutó sin observaciones.

Como se observa, la propia actora expresa en su demanda que el proyecto constructivo de que se trata presentaba una serie de deficiencias notorias y relevantes, pese a lo cual **presentó una oferta que no incorporó esos defectos y carencias en sus cálculos**, circunstancia que, a su turno, condujo a esa parte a formular diversos requerimientos de información, cuya respuesta tardía, a su juicio, le habría causado perjuicios”.



III. CORTE SUPREMA ROL N° 167.492-2023

18 de marzo de 2024

- ❑ Prospera la casación en la forma. Sentencia de reemplazo.
- ❑ Contrato a suma alzada bajo la modalidad “proyecto proporcionado por Serviu y precio determinado por el oferente”.
- ❑ Proyecto que no pudo ser ejecutado por no poder obtener el permiso de uso de bienes públicos de la DOM.

- ❑ La única materia debatida: lucro cesante: la utilidad que habría obtenido la empresa equivalente a un 13% proyectada desde la fecha de celebración del contrato y hasta el término acordado.
- ❑ Tribunal a quo rechazó el lucro cesante por no existir prueba.
- ❑ La CA dio lugar al lucro cesante, emanado del document Presupuesto Detallado Licitación Pública N° 642-46-LR17, “Mejoramiento Gestión Vial y Peatonal Comuna de Rengo”, expedido por la propia Constructora.



“Ahora bien, estos sentenciadores, para ponderar el monto a entregar y conforme a lo explicitado precedentemente, esto es, que el lucro cesante debe ser probado, tendrá presente también para construir una



verdad procesal, sobre la base de una presunción judicial, los demás antecedentes del proceso, los cuales dan cuenta que el contratista no inició las obras y que aquél **en la ronda de preguntas y respuestas durante el proceso de adjudicación del proyecto, nada expresó en relación a las posibles deficiencias del mismo.**

Por el contrario, declaró bajo juramento conocer y haber estudiado los aspectos técnicos y administrativos del proyecto y, lo más importante a

considerar para ponderar el lucro cesante pedido - aspecto que no se puede soslayar-, es que **la actora tiene la calidad de experta en materia de construcción atendido su giro**, por lo que no podía menos que vislumbrar, al menos, las medidas de mitigación que le fueron observadas por la DOM de Rengo, más aún, si dice que concurrió y revisó el sector en donde se ejecutarían las obras”.

“Que, de igual modo, cabe señalar que la doctrina en la actualidad se encuentra conteste en cuanto a que **la buena fe**, no es un mero principio informador del ordenamiento jurídico en general y de los contratos en particular, sino que se la concibe como **un deber de comportamiento típico que la ley impone a los contratantes de todo contrato**.

En un sentido más genérico, la buena fe objetiva es una cláusula legal general contractual, en cuanto se configura como una regla de comportamiento incorporada en el contrato, al margen de que las partes lo hayan dicho o no en la convención. **Se transforma así en una cláusula de orden público, inserta per se en el contrato, sin que pueda pretenderse que ello se opona a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual”.**



“Que en razón de lo anterior es que esta Corte, no podría tener por acreditado el quantum del lucro cesante solo con el documento denominado ‘Presupuesto Detallado de Licitación’, razón por la que, **teniendo presente los elementos antes descritos y, especialmente, que no se ejecutó obra alguna por la demandante, fundado en un error de diseño que aquella tampoco advirtió a la fecha de proponer su oferta,** habiendo declarado conocer el proyecto y que le fueron indemnizados los gastos **proporcionales directos e indirectos,** se fijará el lucro cesante en una suma equivalente al **3% del valor de la obra**”.



IV. CORTE SUPREMA ROL N° 71.675-2021

23 de mayo de 2022



- ❑ Infracción a los artículos 138 RCOP y 1545 y 1546 CC, al privar de fuerza obligatoria el Programa de Trabajo al no entregar los terrenos al inicio del contrato.
- ❑ 2da instancia: No se advierten antecedentes que permitan estimar que la demandada se hubiese obligado en forma expresa y concreta a entregar, al inicio de la convención, la totalidad de los terrenos expropiados en cuestión.
- ❑ Confirmada la sentencia de la 2da instancia que rechazó la demanda.
- ❑ “[N]o es factible configurar infracción alguna a las leyes cuya vulneración se denuncia porque ha quedado asentado que al inicio del contrato no se encontraban a disposición del contratista todos los terrenos en que debían ejecutarse las obras, pues **existían porciones cuya expropiación se encontraba pendiente, lo que es evidente, acarrearía una entrega parcial de los terrenos. Ello era conocido y aceptado por ambas partes contratantes** pues era lógicamente presumible que no se podría efectuar la entrega de la totalidad de los terrenos al inicio de los trabajos. Y no era necesario contar con un calendario para conocer tal realidad.”
- ❑ El mismo resultado: CS Rol N° 63.190-2021, 21 de enero de 2022; CS Rol 2754-2018, de 20 de mayo de 2019.
- ❑ Caso similar: CS Rol N° 10.319-2022, 23 de diciembre de 2022: Cambio en el programa y en la secuencia constructiva por errores de diseño, no genera obligación del mandante de indemnizar al contratista.

V. CORTE SUPREMA ROL N° 152.953-2022

2 de agosto de 2023



- ❑ Recurso de casación en el fondo rechazado.
- ❑ La Constructora demandó mayores costos y utilidades debido a 432 días adicionales sobre 510 originales.
- ❑ El Contratista consignó expresamente su intención de no renunciar a indemnizaciones en los respectivos Convenios Ad-Referéndum rubricados por las partes, hecho establecido por el tribunal de primera instancia.
- ❑ El arbitrio “olvida que los sentenciadores dejaron establecido que en los convenios ad-referéndum, la demandante expresamente consignó su **intención de no renunciar a indemnizaciones que legal, administrativa o reglamentariamente tuviese derecho** y, en ese orden de ideas, declaró que los mayores costos que a través de la demanda se cobran por la contratista, no estarían dentro de los ítems acordados en los referidos convenios”.
- ❑ **Continúa, a contrario sensu, la línea de CS Rol N° 63.190-2021, 21 de enero de 2022; CS 5.342-2021, 24 de enero de 2022.**

VI. CORTE SUPREMA ROL N° 63.273-2021

9 de mayo de 2022

- ❑ Construcción Centro Cultural de Buin a suma alzada.
- ❑ La Constructora demanda gastos generales por aumento de plazo de 270 días, debido a la entrega tardía de terrenos y obras a intervenir.
- ❑ Aplicabilidad de los Arts. 1545 y 1546 del CC al contrato de obra pública.



- ❑ 1ra instancia: “En efecto, no obstante que el presente contrato era a suma alzada, no resulta ajustado a la buena fe contractual que la cláusula 8.4 de las Bases Administrativas Normas Especiales, se interprete en el sentido de que el contratista no puede pedir indemnización por mayores gastos derivados de las ampliaciones de plazo no imputables a su parte, tal como lo dispone los artículos 145 y siguientes del Decreto Ley N° 75 del Ministerio de Obras Públicas del año 2004”.

❑ Casación en el fondo por infracción del Art. 1545 del CC rechazada.

❑ “Dentro de las normas que son atingentes, encontramos aquella prevista en el artículo 1999 del Código Sustancial que establece la procedencia de la indemnización de perjuicios según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución, regla que, según se expone en su inciso segundo, se aplica aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total.

❑ En el mismo sentido, resulta aplicable lo asentado en el artículo 2003 N° 2 del Código Civil, toda vez que una interpretación armónica de la referida disposición permite asentar que, en el caso concreto, la circunstancia de **que el contratista no contaría con la totalidad del terreno para ejecutar la obra, es un vicio oculto**, por no haber sido manifestado en las bases de licitación, ni haberse contemplado en el contrato suscrito entre las partes, razón por la que el mandante debe hacerse cargo del aumento de precio que se generó en virtud de la ampliación del plazo de ejecución”.

❑ Sin mención expresa de la buena fe.



VII. Conclusiones

- ❑ Aplicación práctica marginal del principio general de la buena fe contractual.
- ❑ Aplicación preponderante de la letra de lo acordado por las partes.
- ❑ Asignación de riesgos poco realista en los contratos es respaldada por la CS.
- ❑ Necesidad de la asesoría de los contratistas.





Segundo Coloquio sobre jurisprudencia en materia de Derecho de la Construcción

¡Muchas gracias!

Elina Mereminskaya

PhD, LLM, FCI Arb

26 de agosto de 2024