

Imprevisibilidad en los  
contratos de  
construcción: modelos  
internacionales y el  
derecho chileno

/Carey



Ricardo Padilla Parot

*Carey y Cía.*

*UDP.*

*LL.M. King's College London.*

# “CIRCUNSTANCIAS DESCONOCIDAS”

## CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Sentencia firme de 8 de mayo de 2020. Rol 4.800 – 2018.

“(…) En estos contratos, el riesgo del precio de la obra si bien se traslada del dueño al contratista (...), no es menos cierto que esta invariabilidad tanto del tiempo de ejecución como del precio no es absoluta, ya que no se puede pretender integrar al campo contractual las variaciones imprevisibles de la obra, pues éstas razonablemente no podían haber sido consideradas en el análisis de su alcance y dificultades al formular la oferta de precio respectiva (...).

Lo anterior se encuentra reconocido (...) por la doctrina y la jurisprudencia administrativa y de los tribunales superiores de justicia por aplicación de la **regla 2ª del artículo 2003 del Código Civil** (...). Esta sola constatación permite advertir que las reformas introducidas en el proyecto original fueron de tal magnitud que aun extremando su diligencia y previsión el contratista difícilmente hubiere podido conocerlas e integrarlas a sus estimaciones originales que dieron forma a su oferta a fin de hacerle soportar enteramente el riesgo del plazo de ejecución de la obra y de su precio”.

Modificaciones o variaciones de obra requeridas por el mandante durante la construcción, serían circunstancias desconocidas. Especialmente, si ellas resultan de envergadura para el Proyecto.

# “CIRCUNSTANCIAS DESCONOCIDAS”

## CORTE SUPREMA.

Sentencia de casación de 9 de mayo de 2022. Rol 63.273 – 2021.

“(…) 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 por un periodo de 270 días, cuestión que redundó en un aumento de los gastos generales, que es aquello que se ordena indemnizar.”

La falta de entrega de los terrenos por parte del mandante sería una circunstancia desconocida -“un vicio oculto”- para el contratista.



# ARTÍCULO 2003 DEL CÓDIGO CIVIL

## Regla 1ª:

“El empresario **no podrá pedir aumento de precio, a pretexto** de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; **salvo** que se haya **ajustado un precio particular** por dichas agregaciones o modificaciones.”

“A pretexto”

“Salvo”



“Hacerse autorizar”

## Regla 2ª:

“Si **circunstancias desconocidas**, como un vicio oculto del suelo, **ocasionaren costos que no pudieron preverse**, deberá el empresario **hacerse autorizar para ellos por el dueño**; y si éste se rehúsa, **podrá recurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo** de la obra, **y fije el aumento de precio** que por esta razón corresponda.”

Contratista **no puede pedir aumento de precio** por alza en el costo de los materiales, insumos o remuneraciones, ni tampoco, bajo el pretexto de haber hecho mejoras o cambios (“*agregaciones o modificaciones*”) al Proyecto original (“*el plan primitivo*”).

Morigerar la regla del riesgo del precio a suma alzada asumida por el Contratista

## Corte de Apelaciones de Concepción:

“el Código Civil dispone de un mecanismo que **permite al contratista salvar su responsabilidad ejecutando obras no previstas** cuyo monto será determinado **de común acuerdo** con quien encarga la obra **o por la justicia en subsidio**” (Sentencia firme de 11 de agosto de 2016. Rol 564 – 2016).

*¿Las modificaciones de obra y la falta de entrega de los terrenos son genuina o correctamente catalogables como circunstancias desconocidas?*

¿Las modificaciones de obra son genuina o correctamente asimilables a una circunstancia desconocida?



“...Las especiales características del contrato de obra imponen, por la **propia naturaleza** de este contrato, la **necesidad de variaciones...**”.

Díez-Picazo, Luis. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. *Actualidad civil*, N° 27, Comares, 1988, p. 1688.

“...La doctrina científica y jurisprudencial más reciente y autorizada, han puesto de relieve la importancia que en el contrato de ejecución de obra pueden alcanzar las alteraciones derivadas de la complejidad de la prestación, su duración en el tiempo y otros factores de la más diversa índole, que imponen **variación o desviación de lo realizado con relación a lo previsto, que pertenecen a la propia naturaleza y esencia del contrato...**”.

Tribunal Supremo de España. STS 260/2001. Sala de lo Civil. Sentencia de 20 de marzo de 2001.

*¿La no entrega del sitio al contratista, o la falta de acceso al mismo por actos del mandante, es asimilables a una circunstancia desconocida?*

*“...los jueces debieron estimar que ello **constituye una lesión** para la primera [el contratista] (...), y **un entorpecimiento** en la normal ejecución del proyecto, por cuanto [el cambio del candado para el acceso al sitio] 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...”*

**Corte Suprema.** Sentencia de invalidación en recurso de queja de 30 de junio de 2023. Rol N°32.356 – 2022.



## UN NORMA ESTUDIADA TRADICIONALMENTE BAJO LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

❖ René Abeliuk → Facultad de recurrir al juez para que éste practique una **revisión del precio pactado** en el contrato:

*“...Podrá recurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio...”*

❖ Análisis del Tribunal: (1) la concurrencia de **circunstancias desconocidas**; (2) que ocasionen **costos imprevisibles** que; sobre la base de los hechos del caso, (3) habría o no correspondido al contratista **preverlos**.

## CIRCUNSTANCIA DESCONOCIDA PARA EL CONTRATISTA

### “Vicios del suelo”

**Corte de Apelaciones de Antofagasta:** *“De ser efectivo lo alegado por el apelante, Ecomar Ltda., en orden a que causa de las fallas que presenta el Rodoviario Buses Camus lo fueron 'vicios del suelo', se concluye que dado el **giro de esta sociedad** (...), **la profesión de su representante** (...) y su **experticia** (...); se concluye que **no pudo menos que conocer los vicios** que presentaba el suelo en que ejecutó esta construcción, lo que debió representar a su mandante para hacer los estudios del caso, modificar las especificaciones técnicas de la obra que se obligó a construir, y ajustar los costos y precio de la misma, suspendiendo en el intertanto su ejecución, lo que no hizo. Y ello conforme lo dispone, también, el **Nº2 del artículo 2003 del Código Civil**, el que dispone: Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño”* (Sentencia firme de 3 de enero de 2017. Rol 129 – 2016).

**Efecto de las declaraciones y garantías del contratista:** Experiencia; conocimiento del proyecto; e inspección del sitio de las faenas.

## CONCURRENCIA EFECTIVA DE LOS MAYORES COSTOS IMPREVISTOS

❖ El desconocimiento, y la **previsión** de estos costos, pareciese que debe entenderse al **momento de la celebración del contrato** → **artículo 1558 del Código Civil**: se evalúa -“*al tiempo del contrato*”- la previcivilidad o no de un potencial daño o perjuicio.

**Regla 2ª resultaría inaplicable**, cuando se trata de un “*riesgo contractual que el actor sabía o debía saber desde el momento mismo de la suscripción del contrato, atendido el tenor literal de sus cláusulas tercera y cuarta. Sin perjuicio de lo anterior, según lo dispone el artículo 2003 regla 2ª del Código Civil, ya citado, el actor siempre tuvo abierta la posibilidad de ocurrir al juez para que decidiera si debía o no preverse el recargo de la obra si circunstancias desconocidas*”

Juzgado de Letras de la Liga. Sentencia firme de 1 de octubre de 2014. Rol C – 956 – 2012. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Recurso de casación en el fondo, rechazado por la Corte Suprema

## HABRÍA O NO CORRESPONDIDO PREVER EL RECARGO EN EL PRECIO

❖ Juzgador debe sopesar si el constructor, con la **diligencia debida**, y teniendo en consideración su **calidad de experto**:

*“...ha debido o no prever el recargo en la obra...”*

❖ Estándar de **diligencia** exigido por el contrato, su *lex artis* y las circunstancias propias del caso.

❖ Juez debe contrastar la conducta: costos que **no pudieron preverse** por el Contratista, por lo que deben **sumarse a la suma alzada** convenida.

## SE EXIGE UNA ACTUACIÓN PREJUDICIAL DEL CONTRATISTA

- ❖ **“Hacerse autorizar”** por el mandante.
- ❖ **“No es lícito** al empresario [contratista] realizar los mayores gastos imprevistos sin autorización del que encargó la obra” (Meza Barros).
- ❖ **“El pago de estos costos exige, parece ser, la carga de comunicarlos al mandante, y 'hacerse autorizar para ellos por el dueño'.** El incumplimiento de esta carga de comunicación puede producir la **inoponibilidad** del evento al dueño, que no pudo haber autorizado lo que no pudo haber conocido” (Rodríguez Pinto).

- ❑ Contratista debe **previamente** comunicar, notificar y justificar ante el mandante, la circunstancia desconocida, para que le sea válido incurrir y pagarse de los **“gastos imprevistos.”**

**“...y si éste [el mandante] rehúsa, podrá ocurrir [el contratista] al juez para que decida...”**

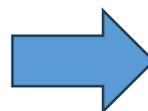
# UN LECTURA MODERNA A LA REGLA 2ª DEL CÓDIGO CIVIL

**ÓRDENES DE CAMBIO** → “Change Orders”.  
→ “Variations”.

**TIME-BARS PROVISIONS** → Caducidad y  
renuncia a los reclamos del contratista.

“...La prevención de conflictos, de modo de permitir el cumplimiento de la globalidad del contrato (...). Evitar que las partes se guarden hasta el fin de la obra reclamos que, para esas alturas, las consecuencias podrán ser de alcances insospechados...”

Figueroa Valdés, Juan Eduardo. *Construcción y Arbitraje* (2019), pp. 237 – 238.



**“Único remedio del contratista”**

“...el hecho de que el **contratista debiese efectuar mayores gastos** derivados de condiciones en el terreno y otras conexas, distintos a las indicadas en el proyecto, y que las plantease al mandante, **no existiendo respuesta formal a tal petición no autoriza a entender que este mandante no cumplió los términos del contrato**, puesto que el mismo no lo obligaba a tener que, obligatoriamente aceptar las mayores obras u obras extraordinarias demandadas por la empresa contratista, más bien **parece que ésta, confió en que sería aceptada su petición y continuó con los trabajos a su costo...**”.

Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia firme de 4 de diciembre de 2013. Rol 2.708 – 2011.

## CAMPO DE APLICACIÓN LIMITADO DE LA REGLA 2ª

❖ **Artículo 2003 C.C.:** (1) contratos en que se encomienda la construcción; (2) de un edificio; (3) por medio de la contratación de un empresario; (4) quien se encarga de la ejecución de toda la obra; (5) por un precio único prefijado.

No atiende a la distinción del artículo 1996 CC., entre arrendamiento y compraventa.

❖ **Límite** → Sólo es la revisión de aumento de precio y **no** de extensión de plazo.

❖ **15° Juzgado Civil de Santiago:** “El contrato para la **construcción de edificios** está sujeto a reglas especiales que dicen relación con la revisión judicial del mismo, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que se trate de un **contratista general que se encargue de toda la obra**, y b) que el contrato sea a **precio alzado**, a un **precio único prefijado**, cuestiones que no concurren en autos respecto del **contrato de concesión**, cuya naturaleza jurídica y regulación especial lo hace ser un contrato al cual no se le aplica la normativa antes señalada. Que, en base a lo anteriormente razonado, y especialmente a lo referido al artículo 1545 del Código Civil en cuanto a que excluye la revisión judicial y la no aplicación del artículo 2003, regla 2° del mismo cuerpo legal al contrato de concesión, esta magistratura dirá que no cabe más que rechazar la pretensión principal de autos” (Sentencia firme de 30 de septiembre de 2008. Rol C – 814 – 2004).

❖ **Carácter supletorio. Artículo 12 CC** → Renuncia del Constructor a la revisión del precio.

## CUESTIONAMIENTO A LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA REGLA 2ª

“Modificaciones al proyecto original” y “falta de entrega del sitio”

→ Constituyen *usualmente* incumplimientos contractuales del mandante.

**Regla 2ª vs. Remedios ante el incumplimiento**

*¿Qué satisface mejor el interés contractual del contratista?*

**Regla 2ª** → “Revisión del precio contractual.”

**Remedios al incumplimiento contractual** → Cumplimiento forzado del contrato (*aumento de precio y extensión de plazo*); terminación contractual e; indemnización de daños vinculada o autónoma.

# CUESTIONAMIENTO A LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA REGLA 2ª

## “NEW ENGINEERING CONTRACT” – NEC 4

### Cláusula 60.1

**Categoría 1:** instrucciones o cambios por parte del gerente de proyecto (mandante).

**Categoría 2:** falta de actuación del mandante o cliente, o de su gerente de proyecto.

**Categoría 3:** eventos sobrevinientes respecto de los cuales el mandante asumió el riesgo.

Si resultase procedente el reclamo, y el mandante no asume, se está más bien ante una infracción contractual; no ante un evento imprevisible.

## VENTAJAS DE LA REGLA 2ª v. ÓRDENES DE CAMBIO

Contratos en que no se regulan ni pactan expresamente el mecanismo de órdenes de cambio



**No concurren plazos fatales** apremiantes (i.e., *time-bars* y *cláusulas de renuncia*).



Puede **notificarse al mandante indistintamente a lo largo de la obra**, pero previo a incurrir al costo, para hacerse autorizar por el mismo.



Plazo de **prescripción ordinaria de 5 años**, contados desde el rechazo del mandante. Y en su ausencia, desde la fecha de cada solicitud de autorización



Muchas gracias

\* Ricardo Padilla Parot

*Carey y Cía.*

*UDP*

*LL.M. King's College London*

