

Dº 605
I 280
1986

Estudio Planes Pisos

**EL CONTRATO DE CONSTRUCCION
A SUMA ALZADA**

(CHARLA DICTADA EL 27 DE JUNIO DE 1996)

SEPTIEMBRE 1996

EL CONTRATO DE CONSTRUCCION A SUMA ALZADA

I.- ANTECEDENTES LEGALES.-

El tema que yo voy a abordar es El Contrato de Construcción a Suma Alzada, pero centrado fundamentalmente en tres aspectos, que los he estimado de mayor trascendencia, que dicen relación con las "Obras extraordinarias", "La teoría del riesgo" y la "Imprevisibilidad".

Los que asistieron a la charla anterior de don Arturo Prado recordarán que al comienzo hizo una distinción conceptual de los diferentes tipos de contrato de construcción que nuestro ordenamiento legal y contractual reconoce. En esta oportunidad haré consideraciones exclusivamente en lo que respecta al contrato de construcción a suma alzada.

En primer lugar, lo que interesa es establecer el concepto. Qué se entiende por contrato a suma alzada.

Para este efecto de las diferentes definiciones que se han dado, he estimado que hay tres que son particularmente importantes y más características de este contrato. La que contempla el Decreto Supremo 331 del Ministerio de la Vivienda. La que se establece en el Reglamento de Contrato de Obra Pública, y la que, en cierta medida, establece nuestro Código Civil, en el artículo 2.003.

El Decreto Supremo 331 del Ministerio de la Vivienda dice que es un contrato en que la oferta es a precio fijo, en que las cubriciones de las obras se entienden inamovibles, a menos que las bases administrativas especiales autoricen expresamente revisar la ubicación de ciertas obras conformes a normas establecidas en ella y de acuerdo a este reglamento.

El Reglamento para Contratos de Obras Públicas nos dice que es la oferta a precio fijo, en que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en las bases de licitación, cuya cubrición se establezca a serie de precios unitarios y cuyo valor total corresponde a la suma de las partidas fijas y a los precios unitarios, si los hubiere. El valor total del contrato podrá estar sujeto algún tipo de reajuste. Y el artículo 2.003 del Código Civil señala que es aquel celebrado con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único pre-fijado.

Como es posible apreciar, estas tres definiciones de contrato de construcción a suma alzada que he elegido tienen muchísimos elementos en común y ellas coinciden en lo que constituye su característica esencial y básica. Esto es que la obra se haga a un precio fijo pre-determinado. Sin que pueda con posterioridad invocarse modificaciones por parte del contratista. Ese es el elemento esencial y caracterizante, y presente en todos los conceptos que hemos dado.

Ahora, entendiendo el contrato a suma alzada en los términos que lo hemos señalado, hay que detenerse a distinguir cuál es su fortaleza y qué tipo de compromiso envuelve.

Para el mandante, entendiendo por tal al propietario, al que encarga la obra, el hecho de contratar a un precio fijo y con un marco regulatorio de la ejecución de la obra perfectamente delimitado, en el precio y en el plazo, sin que, en principio, ninguno de tan importantes factores pueda ser modificado.

Para el contratista su fortaleza radica en saber de antemano cuál será el precio único y total que va a percibir por la ejecución de la obra. Y, en consecuencia, estará libre de todos los problemas que pudiera suscitar la fijación del precio provenientes de los avatares del contrato y su realización, lo que puede ocurrir en los otros tipos de contratos de construcción sea por administración delegada o de precios unitarios.

De lo señalado resulta que el contrato de construcción a suma alzada puede resultar conveniente tanto par quien encarga la obra como para quien la ejecuta.

Pero, sin embargo, para que este contrato tenga los atributos que hemos indicados, debe cumplirse con los deberes correlativos para que su fortaleza se mantenga.

En efecto, para que sea realmente así, hay que tomar en cuenta que en un contrato de construcción hay diferentes antecedentes que son muy importante para los fines de fijar el precio único pre-determinado.

Entre ellos está el proyecto de ingeniería y arquitectura que el propietario, generalmente es quien lo elabora, proyecto, que por cierto, debe ser completo, conteniendo las bases técnicas y administrativas completas, que incluyan los estudios de mecánica de suelo y el método constructivo a emplearse, si ellos son necesarios.

El contratista, a su vez, con la evaluación que haga de dichos antecedentes técnicos formulara su propuesta económica realizado que sea un prolijo estudio de factibilidad que le permita cumplir en el tiempo convenido, y cubrir sus costos, sean estos administrativos y financieros, como también la legítima utilidad esperada con el pago del único precio pre-determinado.

Ahora, si los antecedentes técnicos que proporciona el propietario de la obra son incompletos, o esencialmente errados o sufren modificaciones, evidentemente la fortaleza del contrato de construcción a suma alzada se vulnera. Por su parte, si el contratista no efectúa una correcta evaluación de todos estos antecedentes técnicos corre dos riesgos: En primer lugar, si se trata de una licitación resulta vencido por un mal estudio de sus costos o, en segundo lugar, para ganarse la propuesta hacer una propuesta económica excesivamente ajustada, bajo el costo normal, que lo va a llevar irremediablemente a experimentar una pérdida. Por lo cual se concluye de que estos deberes correlativos son muy importantes para mantener la intangibilidad de un contrato de construcción a suma alzada.

II.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION:

¿Cuál sería la naturaleza jurídica del contrato de construcción?

Conforme la clasificación clásica que existe en nuestro Código Civil en los artículos 1.437 y siguientes, fácil es concluir que un contrato de construcción es bilateral, en cuanto obliga a ambas partes contratantes en forma recíproca. Es oneroso, porque involucra el pago de un precio. Es comutativo, en la medida que deben mirarse como equivalentes las prestaciones de ambas partes. Es principal, porque subsiste por sí mismo. Es consensual, porque puede perfeccionarse con el sólo consentimiento de las partes. Constituye, además, una prestación de servicios profesionales a cargo del contratista. Y es de ejecución diferida, lo que es muy importante para algunos aspectos que vamos a tratar más adelante.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad del contratista, si tomamos como base para poderla establecer lo que dispone el artículo 1.547 del Código Civil, en el sentido que es un contrato bilateral, establecido en beneficio de ambas partes, la responsabilidad corresponde a la culpa leve. Sin embargo, no puede dejarse de reconocer que en un contrato de construcción el grado de diligencia y cuidado que enfrenta el contratista es bastante más intenso que la simple responsabilidad por culpa leve que podría responder cualquier deudor de una obligación en un contrato bilateral, oneroso, comutativo. Y dentro de la clasificación que ha estado introduciendo la doctrina entre obligaciones de medio y de resultado, es posible que para algunos se consideren las obligaciones que contrae el contratista como de resultado, en el sentido que el contratista debe ejecutar la obra encomendada en condiciones absolutamente óptimas.

Atendido que la ejecución de la obra se efectúa en el transcurso del tiempo y que el precio, normalmente se paga por avance de obra mediante el sistema de estados de pago, le otorga al contrato de construcción el carácter de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, o de pago del precio diferido, hecho que tiene gran importancia en función de lo que más adelante hablaremos: del riesgo imprevisto o de la imprevisibilidad.

¿Cuál ha sido el tratamiento del contrato de construcción en el Código Civil?

El contrato de construcción en nuestro Código Civil está tratado a propósito del contrato de arrendamiento, en el párrafo 8º denominado "De los contratos para la confección de una obra material", y el artículo 1.996 del mismo Código señala que para calificarlo como compraventa o como arrendamiento, debe estarse a quien suministra los materiales: Si es el artífice quien lo hace el contrato es de venta, lo que a menudo y casi siempre ocurre. De lo contrario es arrendamiento.

En ese contexto, el contrato de construcción a suma alzada, siendo el

contratista quien pone la materia para la confección de la obra, hay acuerdo de que se trataría de un contrato de compraventa, y no un arrendamiento, con la característica que el pago del precio único se difiere en el tiempo y que la obra se va ejecutando en el plazo convenido.

Al respecto, solamente cabe mencionar algunos problemas que se han producido en orden a esta calificación por la existencia del terreno. Esta situación adquiere relevancia tratándose de la construcción de un edificio por la gravitación del terreno.

Una sentencia de la Corte Suprema declaró: "De los antecedentes que constituyen la historia fidedigna de dicho artículo, -se refiere al 1966-, se deduce claramente que el suelo en que se construye un edificio por un arquitecto forma la materia principal de la obra, y esta regla no aparece modificada por la ley, aun cuando se trate construcciones a precio alzado".

Si embargo, la teoría normalmente aceptada es la contraria y conforme el voto disidente del fallo señalado que dice "el artículo 2.000 del Código Civil hace responsable al artífice de la pérdida de la materia suministrada por la persona que ordenó la obra, cuando perece por su culpa. No se comprende como podría éste responder de la pérdida del suelo por su culpa, cuando tal evento no puede producirse, lo que obliga convenir en que si esta responsabilidad se establece es porque ella procede de la pérdida de los materiales que han de servir efectivamente para la construcción del edificio y no del suelo, porque estos materiales son de tal naturaleza que pueden perecer por culpa del artífice". Hoy predomina el criterio que el terreno es un elemento ajeno, autónomo e independiente, y que no tiene ninguna relevancia para los efectos de la calificación del contrato.

También algunos piensan que podría el contrato de confección de obra ser un mandato, pero esa posibilidad estaría descartada, porque habría que relacionar el artículo 2.118 del Código Civil con el artículo 2.012 del mismo Código para concluir que no se trataría de un mandato.

III.- MATERIAS BASICAS QUE CONTIENE UN CONTRATO DE CONSTRUCCION A SUMA ALZADA.-

En primer lugar, es elemento fundamental de este contrato la precisión del objeto, entendiendo por tal lo que se va a construir con todo su detalle y la señalización del precio fijo predeterminado con referencia lo más completa posible a los materiales que deberá suministrar el contratista y todos los demás detalles básicos y esenciales de la obra.

En segundo lugar, los anexos que se consideraran parte integrante del contrato y, en consecuencia, tienen la fuerza legal del contrato de construcción de que se trata y que comprenden los denominados antecedentes técnicos y administrativos y que los conforman los planos, especificaciones, proyecto, planes de avance de obra, etc. En tercer lugar, conocimiento por parte del

contratista del terreno. Generalmente se expresa en el contrato de construcción a suma alzada que el contratista declara conocerlo, conocer sus características, su naturaleza y que, naturalmente, conoce y acepta los planos y antecedentes técnicos.

En cuarto lugar, el precio. Es importantísimo precisar el precio único que es la característica esencial del contrato de construcción a suma alzada, teniendo presente que el precio está afecto al impuesto IVA. Que en él se comprenden la totalidad de las obras consideradas en el proyecto y todos los detalles relacionados con la obra. Que tendrá el carácter de fijo y no revisable. Asimismo el contratista declara que renuncia, desde luego, a pedir un aumento del precio por cualquier concepto que sea. Es decir, el propósito es que el contratista quede absolutamente comprometido a que cualquier situación que se produzca por aumentos de salarios, costos de materiales, fluctuaciones del mercado, etcétera, es un riesgo que lo asume íntegramente. Debe también indicarse la forma de cancelar el precio, toda la problemática relativa a los anticpos, boletas de garantía, -tema que fue tratado también en la conferencia anterior-, la forma como se van a hacer los estados de pago, cómo se van a garantizar las retenciones, etcétera.

Un elemento muy importante es el plazo de ejecución de la obra, como también el mecanismo de inspección técnica lo que se abrevia con las expresiones ITO; el problema relacionado con los seguros obra civiles y, también, un capítulo para las modificaciones. Es posible preestablecerse en un contrato de construcción a suma alzada que durante la ejecución de la obra, se introduzcan en el proyecto de construcción algunos aumentos, reducciones o supresión de cantidades de obras, o la sustitución de una calidad por otra y los mecanismos para evaluar tanto los aumentos como disminución de obras.

IV.- OBRAS EXTRAORDINARIAS:

Constituye un tema muy importante en este tipo de contrato, que requiere especial consideración por cuanto son las que originan las dificultades.

Corresponde recordar que es de la esencia del contrato de construcción a suma alzada que el contratista asume el compromiso de ejecutar la totalidad de la obra encomendada, conforme a los antecedentes y especificaciones técnicas y administrativas, y todos los demás detalles inherentes a la obra misma. Todo por un precio único pre-determinado, sin que pueda alegarse ninguna situación fáctica posterior que permita modificar las condiciones del precio.

Ahora, si tomamos como base el estatuto jurídico más completo sobre la materia, que es el Reglamento de Contrato de Obra Pública, que constituye el marco generalmente utilizado y que regula todas las relaciones contractuales

en materia de construcción, en su actual texto vigente -Decreto Supremo N°15-, publicado en el Diario Oficial del 6 de abril de 1992, considera como obras nuevas o extraordinarias en un contrato a suma alzada aquellas que se incorporen o agreguen al proyecto para llevar a mejor forma la obra contratada.

Ahora, ¿Qué puede pasar con estas obras?

Estas obras pueden reemplazar a otras ya consultadas, o sea, tratarse de un simple reemplazo de una obra que ya está estipulada en el contrato por otra. O bien, pueden ser absolutamente nuevas y no consideradas en las bases originales.

El artículo 99 del Reglamento antes mencionado señala que dentro de los límites permitidos, y con el fin de llevar a un mejor término la obra contratada, tanto la modificación de obras previstas, como la ejecución de obras nuevas o extraordinarias, o el empleo de materiales no considerados, deben convenirse con el contratista. Y también el Reglamento de Obra Pública se pone en el evento que no exista acuerdo entre el propietario de la obra y el contratista. En tal caso el reglamento permite a la autoridad ordenar, en caso de urgencia, la realización de esas obras pagándole al contratista los gastos directos comprobados, más con tope de un 30% de esos valores para compensar gastos generales y utilidad.

El tratamiento de estas obras se define directamente entre el mandante o propietario de la obra y el contratista. Definen y convienen los ajustes del precio único que se había pre-determinado, sin perjuicio que si existen dificultades entre el propietario y el contratista sobre estos ajustes la controversia se solucione de acuerdo al mecanismo que han establecido las propias partes, sea a través de jueces árbitros, organismos administrativos, o de la justicia.

Lo que se ha venido señalando es la eventualidad que el contrato tenga regulado el camino a seguir en el caso de presentarse obras extraordinarias y estas no son las que ofrecen dificultades en su aceptación y pago.

En efecto, el problema que preocupa, y es el conflictivo, son las obras extraordinarias que surgen en un contrato de construcción a suma alzada por circunstancias que se consideran absolutamente imprevistas y que se estiman indispensables de ejecutar, cuya asunción de costo no es para nada pacífico. Este es el problema medular que existe en materia de riesgos en un contrato a suma alzada.

¿Por qué?

Por muy variadas razones.

V.- TEORIA DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD EN LA CONSTRUCCION.

Para adentrarnos al tema es necesario formular algunas consideraciones generales.

En todo contrato bilateral va envuelto el riesgo implícito que alguna de las partes no cumpla debidamente con su obligación contraída. Sea que no la cumpla absolutamente o la cumpla imperfectamente o tardíamente. La ley substantiva establece mecanismos jurídicos para atacar un problema de esa especie permitiendo el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, sin perjuicio de distinguir que en una obligación de hacer hay también mecanismos propios de ejecución forzada establecidos en el art. 1553 del Código Civil.

Por último, también el artículo 1552 del Código Civil permite a una de las partes, frente a la otra que no ha cumplido y no está llana a cumplir, a excusarse con la inefecución de su propia obligación.

Lo expresado corresponde al marco general en materia de riesgos existente en todo contrato bilateral. Con todo, nuestro Código Civil formula especialmente una teoría del riesgo. La contiene en función de las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, concretamente, en los artículos 1548, 1549 y 1550.

De acuerdo con tales preceptos legales el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe es siempre del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de recibir. Norma del riesgo que es válida y utilizada en el contrato de compraventa que ha sido por muchos autores criticada.

La responsabilidad en el contrato de construcción corresponde al marco general que la ley establece en todo contrato bilateral. Obviamente, está envuelta el elemento de la condición resolutoria tácita y toda la problemática propia del incumplimiento de una obligación contractual de carácter bilateral onerosa comutativa. Y, naturalmente, que las acciones para hacer valer los derechos son de carácter mueble, como también la de exigir el pago del precio, todo ello de acuerdo al concepto central de los artículos 580 y 581 del Código Civil.

Ahora, la responsabilidad legal por los riesgos de la cosa depende, fundamentalmente, de la calificación jurídica que se efectúe del contrato de confección de obras.

Si el contrato es de compraventa, quien soporta el riesgo de la pérdida de los materiales o de la obra antes de la entrega, es el acreedor, o sea, el propietario, y en el entendido que no se deba a un hecho o culpa del deudor.

Después está toda la distribución del riesgo, que no quiero entrar en ese detalle, para no alargarnos, previsto en el artículo 1.996 del Código Civil, fundamentalmente en su inciso segundo. Y, por último, el artículo 2.000 del mismo cuerpo legal establece el reparto proporcional del riesgo.

Ahora, tratándose de un contrato a suma alzada, los Tribunales han

señalado "si se pacta un contrato de construcción por un precio alzado hay venta y el peligro de la cosa es del constructor mientras no haya oportuna aprobación del que ordenó la obra. La circunstancia de que este último haya adelantado fondos al constructor para compra de materiales no significa que se adueñe de estos y deba cargar con el peligro de la cosa."

Al margen de lo que se viene señalando está lo inherente a los vicios propios de la construcción. Ellos tienen una mecánica independiente y está establecida en el artículo 2.003, número 3º del Código Civil, reiterada en la ley General de Urbanismo y Construcción, en cuanto establece un plazo de cinco años para que el propietario de la obra pueda reclamar los defectos constructivos. No se trata de los problemas que se produzcan durante la ejecución de la obra, sino aquellos que asomen recibida que ella sea, que son muy difíciles de prevenir anticipadamente. Todos sabemos, por alguna experiencia propia, que ellos aparecen bastante tiempo después de recibida la obra, sea una casa, un edificio, un departamento o una obra vial.

Hay que recordar que el artículo 2.004 del Código Civil incluye también, en la responsabilidad al arquitecto. Este último tiene exactamente la misma responsabilidad que establece el artículo 2.003, número 3, para el contratista. Es muy amplia y dice: el empresario responderá siempre, de los vicios de la construcción o de los materiales.

Ahora, en cuanto a la recepción de la obra se ha entendido que una construcción está entregada sólo cuando ha sido recibida.

Si es un contrato que está bajo la tuición de organismos municipales, se entiende que el contrato es recibido cuando lo hace la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad respectiva que confronta que el edificio o la obra se haya realizado conforme a los planos y detalles técnicos que le fueron oportunamente proporcionados.

Pero también se ha dicho que esta recepción que puedan hacer los organismos, sean estatales, públicos o privados, no involucra un saneamiento completo. Es decir, no significa que porque una obra sea recibida, va a desaparecer automáticamente la responsabilidad del contratista por los vicios constructivos.

Se ha dicho reiteradamente que esta recepción que se hace no tiene carácter provisorio, porque también está la posibilidad de que haya una recepción provisorio propiamente tal lo que es distinto. En todo caso, en uno u otro caso, subsiste la responsabilidad del contratista por vicios constructivos hasta por cinco años.

Ahora, trasladada la teoría del riesgo al contrato a suma alzada el problema es más complicado. Y es más complicado porque la naturaleza de este contrato y las características de las obligaciones que contrae el contratista hacen que la relación contractual sea más compleja y exigente que en una construcción contratada bajo una modalidad diferente. El contratista tiene que

ejecutar la obra convenida en su totalidad por el precio predeterminado, sin que en principio le sea permitido alegar circunstancias posteriores.

Ya hemos dicho que no es admisible problemas relacionados con jornales, materiales, omisiones o errores que él mismo haya cometido en actos que le son propios, tales como cubricaciones, análisis de terreno y, en general, de todos los antecedentes que ha habido considerar para formalizar la propuesta económica.

Esto no significa de modo alguno que se vaya a alterar fundamentalmente el principio del agrado de culpa que se responde de acuerdo al artículo 1.547 del Código Civil. Lo que pasa es que en un contrato de construcción a suma alzada la extensión del riesgo, la profundidad del riesgo mismo, es mayor, porque todo lo que pueda ocurrir durante la ejecución de la obra deja al contratista con muy poco espacio para invocar un cambio de condiciones y, fundamentalmente, en lo que respecta al precio prefijado. Ello, de otro lado, no significa por cierto que esta situación tan delicada en que se encuentra el contratista llegue al extremo de hacerlo responder por el caso fortuito.

Lo que pasa es que en esta modalidad contractual el criterio del hecho irresistible propio del caso fortuito es más exigente. Es decir, el espacio que tiene el contratista para invocar un caso fortuito o fuerza mayor es más pequeño que el que podría tener en una modalidad distinta o en cualquier otro contrato bilateral.

Ahora, el tema central es, entonces, dilucidar si el contratista, en un contrato a suma alzada, tiene necesariamente que hacerse cargo del cien por ciento de todo riesgo.

Si el riesgo es previsible, no cabe la menor duda, pero el gran dilema que surge es si en un contrato a suma alzada, dado sus elementos, características y todas las modalidades tan particulares que tiene, se puede o no invocar la teoría del riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión.

VI.- EL RIESGO IMPREVISTO EN EL CONTRATO A SUMA ALZADA.

No es mi propósito transformar esta charla en una que diga relación, fundamentalmente, con la teoría del riesgo imprevisto o de la teoría de la imprevisión.

Este es un tema que, por sí mismo y sobradamente, amerita para una conferencia especial, y tanto es así que el Colegio de Abogados en su oportunidad así lo entendió y, si mal no recuerdo, en el año 1994, el profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don César Parada, hizo una charla referente exclusivamente a la teoría del riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión.

Pero, aún con dicha prevención, es insoslayable hacer alguna referen-

cia a esta tesis para poder adentrarnos en el problema medular a tratar, manteniendo los límites que he señalado antes.

¿Por qué?

Porque hay una división muy grande de opiniones sobre este particular, y en un esbozo rápido, podríamos configurar tres grandes tendencias en estas materias.

Para algunos, el riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión, no tiene ninguna fundamentación en nuestra legislación positiva y es absolutamente inaceptable ni si quiera mencionarla. Yo creo que hoy día son los menos. Otros, más avanzados, dicen que como formulación doctrinaria la teoría del riesgo imprevisto o teoría de la imprevisión es aceptable, pero resulta que nuestro sistema legal tiene una valla insalvable para entrar aplicarla en un caso concreto en virtud de lo dispuesto del artículo 1.545 del Código Civil. Los que piensan así consideran que el artículo 1.545 señalado establece una intangibilidad absoluta de toda relación contractual y que no es viable que un juez, cualquiera que sea su carácter, pueda entrar a modificar los efectos de un contrato sin afectar gravemente esta norma legal. El pacta sunt servanda es un postulado absolutamente sagrado.

La Corte Suprema, salvo en una oportunidad a la cual me voy a referir después, nunca se le ha planteado, a lo menos que esté equivocado, directamente la teoría del riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión y que por tal motivo haya entrado a considerar toda la problemática que hay en torno a esta tesis.

Lo cierto es que la Corte Suprema, en reiterados fallos, cuando se ha querido hacer alguna modificación a los efectos propios de una relación contractual, invariablemente ha dicho que ello significaría una infracción al artículo 1545 del Código Civil.

La tercera tesis es que la teoría del riesgo imprevisto de la imprevisión tiene perfecto asidero en nuestro sistema legal positivo sin necesidad de cambiar ni afectar el artículo 1.545 señalado. En otras palabras, que el citado artículo 1.545 no sería una valla insalvable para poder entrar a modificar los efectos de un contrato.

Como ejemplo más representativo de la segunda de las tesis indicadas, o sea aquella que valora esta teoría desde el punto de vista doctrinario, pero que se enfrenta con el artículo 1.545, es la gran obra escrita para optar a su título de abogado por don Lorenzo de la Maza. Es muy partidario en su concepción doctrinaria, pero encuentra que el problema no tiene solución por el artículo 1.545.

Don René Abeliuk en su Tratado de las Obligaciones, en dos tomos, recientemente reeditados, también comparte -con algunas modificaciones- la tesis central que tiene don Lorenzo de la Maza.

Sin embargo, hay algunas opiniones divergentes que aceptan la teoría de la imprevisión, no obstante el artículo 1.545. Al respecto, corresponde destacar el trabajo muy valioso que tiene el mérito especial de haber sido hecho en el año 1950, hace 46 años atrás, por el fallecido y gran profesor de Derecho Civil, don Fernando Fueyo.

Su estudio fue publicado en la *Revista de Derecho*, tomo 51, página 89, bajo el título de "Algo sobre la Teoría de la Imprevisión". El nombre no dice nada con la realidad, porque es mucho más que "algo" lo que escribe. Pudiera pensarse que son un par de conceptos. Muy por el contrario, es muy profundo y postula en orden a que la teoría del riesgo imprevisto es perfectamente viable por la analogía juris. Es decir, conforme al ordenamiento jurídico general y considerando la equidad natural como uno de los elementos más importantes del Código Civil. Sostiene el Profesor Fueyo que la teoría de la imprevisión no implica violentar el artículo 1.545.

Otro trabajo muy completo sobre el particular es el de el profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Católica, don Juan Carlos Dörr Zegers, publicado en la revista chilena de Derecho, volumen 12, del año 1985, que se llama "Notas Acerca de la Teoría de la Imprevisión".

Para don Juan Carlos Dörr, la teoría del riesgo imprevisto o de la imprevisión tiene perfecto asidero en nuestro derecho y la funda muy extensamente, pero, obviamente, yo la voy a resumir. En primer lugar, en función de la causa y sobre el particular Dörr recoge la concepción moderna de la causa, porque la concepción clásica partía del supuesto que solamente debía de considerarse al momento de la formación del contrato.

Juan Carlos Dörr, siguiendo la tesis de los tratadistas más modernos franceses, y de algunos fallos de la Corte de casación francesa, sostiene lo contrario. Que la causa de un contrato bilateral, que es la contra prestación que realiza la otra parte, no solamente debe existir al instante que el contrato se forma, sino que durante todo el proceso de su ejecución. Por consiguiente, si se produce un hecho que reuna los presupuestos que indica en su trabajo, se estaría afectado la causa del contrato y justificaría una readequación del mismo.

En segundo lugar, Juan Carlos Dörr señala que tratándose de un contrato bilateral, oneroso y comutativo, que implica que las obligaciones deben mirarse como equivalentes, si tienen lugar los presupuestos de hecho que señala, no se pudiera readequar el contrato, significaría infringir abiertamente la justicia comutativa. Las obligaciones ya no se mirarían como equivalentes, sino que serían francamente desiguales.

En tercer lugar, postula a la buena fe contractual y, por último, a la integración por equidad.

La verdad que la tesis del Profesor Dörr ha tomado bastante auge. La Universidad Gabriela Mistral organizó un seminario sobre el particular, y la

referida tesis fue tratada especialmente. Existe, además, algunos fallos arbitrables que voy a indicar más adelante, en que consideran fundamentalmente tales opiniones.

Existe sobre el particular un planteamiento diferente que es la del profesor Pablo Rodríguez Grez.

Pablo Rodríguez es autor de una interesante obra que se llama "La Obligación Como Deber De Conducta Típica". Enfrenta el problema de otra manera. El dice que la teoría del riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión está sobredimensionada, y que la explicación, la justificación y el arreglo del problema no está en ella, sino que en relación a la determinada conducta a que se obliga el deudor de acuerdo a la naturaleza del contrato. Y, en consecuencia, aquel contratante que ejecuta su contrato en armonía y coherencia con la conducta típica propia del contrato de que se trata, está en lo correcto, y no puede ser reprochable su comportamiento. Por el contrario, si se pretende exigirle a un contratante una actuación, un comportamiento, que va más allá del grado de conducta que él ha asumido, se le está exigiendo un comportamiento más allá de lo establecido en el contrato, lo cual no le podría resultar exigible. Este criterio -a su juicio- no hace necesaria una enmienda legislativa.

En la legislación comparada, este tema también ha sido muy estudiado. Ha sido aceptada en Italia. El artículo 1467 del Código Civil italiano del año 1942 lo establece. También ha sido reconocido en España y tiene una gran importancia porque el artículo 1.091 del Código Civil español es prácticamente igual al 1.545 nuestro. También ha sido recogido, con una variante que señalaré, en el Código Civil argentino, el famoso Código de Vélez Sarfield, mediante una modificación que se hizo el año 1968, a lo que disponía el artículo 1.198. Pero en este caso, como otra modificación similar que se discute en Perú, la solución se da de otra manera. En efecto, el contratante víctima de un hecho imprevisto y grave puede optar por la resolución del contrato. Esta solución legislativa ha sido muy criticada, porque se considera de que no es una solución adecuada.

Si me permiten un segundo les puedo contar a ustedes una anécdota personal que tuve con esta modificación del Código Civil argentino.

Hace muchos años fui invitado por la facultad de Derecho de Buenos Aires, asistir a un seminario de derecho civil y recibimos la información que seríamos recibido por la Corte Suprema de Buenos Aires en pleno. Fuimos. Habló el Presidente, un pequeño discurso en que realizó la justicia chilena especialmente a la Corte Suprema. Había que contestar los elogios y todos se dirigieron a mí en mérito de una situación filial que algunos de ustedes la sabrán. Era mi padre, en esa época, Presidente de la Corte Suprema, de modo que al que le tocaba agradecer era al hijo que estaba presente. Yo no hallaba qué decir, pero felizmente conocía la reforma del Código Civil. Me largo por este camino y les digo que son los vanguardistas de la legislación. Terminó mis

palabras y no me dicen nada. Quedé bastante confundido y cuando salimos de la reunión el Presidente de la Corte Suprema se me acerca y me dice: "muy bonitas sus palabras, pero quiero decirle algo: ese proyecto, que ahora es ley y que modificó el Código Civil, la Corte Suprema por unanimidad lo rechazó". Y me dio las razones.

La verdad, es que no es una buena solución porque la resolución del contrato es una sanción de ineficacia jurídica que tiene alcances distintos al de la nulidad, pero ambas terminan la relación contractual. De consiguiente, la resolución del contrato por un hecho grave e imprevisto parecería no ser la mejor solución.

Trasladado todo lo expresado al contrato de construcción a suma alzada ¿Cómo se puede enfrentar este problema?

Hay que reconocer que es un problema para nada pacífico. Es más: es sumamente complejo. Por eso es muy difícil poder dar una receta completa. No es posible decir, enfáticamente el riesgo imprevisto o la teoría de la imprevisión es aceptable en un contrato de construcción a suma alzada y en consecuencia el contratista debe estar tranquilo, que cualquier situación grave e imprevista que se le produzca, le da derecho a que ese contrato se readeque.

Con todo, en mi opinión se puede sostener, por lo menos, que es presentable invocar la teoría de la imprevisión. Creo que el contratista puede considerar esa hipótesis, lo cual no significa que deje de tomar conciencia plena de las características de el riesgo que asume al celebrar un contrato de esta especie. Es decir, no puede significar que por la existencia de esta eventualidad el contratista pueda pensar que tiene una gran ventana abierta para, frente a una situación inesperada, solicitar la readequación del contrato. Ello será posible si concurren todas y cada una de las circunstancias que hacen posible la aplicación del riesgo imprevisto. En efecto, debe tratarse de un hecho grave. Algunos le agregan el calificativo de muy grave y otros dicen gravísimo, pero, por lo menos aceptemos que sea grave. Que tenga el carácter de extraordinario, absoluta y totalmente imprevisto y que, obviamente, no sea imputable al contratista. Que tampoco se trate de un caso fortuito, porque ahí el problema no existiría. Si se trata de caso fortuito, hay una ausencia de culpa y, por lo tanto, de responsabilidad.

Es también indispensable que el contrato se pueda cumplir por parte del contratista, pero en términos tan gravosos que signifique un rompimiento frontal de la comutatividad contractual. Ello dependerá, fundamentalmente, de la situación que se produzca en cada caso particular.

Ahora, si a mí me preguntan ¿es posible plantear la teoría de la imprevisión en un contrato a suma alzada? contestaría que es posible y de hecho me voy a referir a una situación que conocí personalmente y que tiene el respaldo de la Corte Suprema. Excúsenme. Me da un poco de vergüenza porque se trata de un fallo dictado por mí, como juez árbitro mixto. De derecho en el fondo y arbitrador en la forma.

En un conflicto que ha sido bastante comentado y que algunos - erróneamente- han concluido que con dicho fallo se abre un tremendo cause para sostener abiertamente que es perfectamente posible la revisión de todo contrato de construcción a suma alzada por el hecho imprevisto. Se trata de una controversia que se planteó entre la Sociedad Constructora La Aguada Limitada y EMOS S.A. EMOS llamó a una licitación pública para construir el abodamiento del canal La Aguada. Eran -aproximadamente- 14 kilómetros y, naturalmente, EMOS S.A. como propietaria de la obra entregó todos los antecedentes técnicos, administrativos, plano, etc etc. Sugirió, además y esto es importante, el método constructivo. No lo impuso solo lo sugirió. Todos los que se presentaron a la licitación formularon su propuesta económica en base a los antecedentes técnicos que EMOS entregó y, naturalmente, adoptaron el método constructivo sugerido. La licitación fue adjudicada a la sociedad Constructora La Aguada Limitada, conformada por un consorcio de varias empresas con mucha experiencia en la materia.

Al cabo de unas pocos kilómetros de excavación el contratista concluyó que no era posible aplicar el método constructivo señalado en la propuesta. Incluso hubo un derrumbe. Entonces vino una larga discusión entre las autoridades de EMOS y los representantes del consorcio constructor. El contratista cambió el método constructivo sin paralizar la obra. La continuó y terminó dentro de plazo. Lo importante fue que la obra continuó, pero con el método constructivo modificado. La obra se entregó dentro del plazo pactado. No hubo aumento de plazo, ni mucho menos cambio de empresa constructora. Situación muy distinta al caso ESYVAL. Llegó un momento que las partes se pusieron de acuerdo en someter el asunto a arbitraje y al efecto se acordó que fuera un árbitro mixto Arbitrador en la forma. De derecho en el fondo y a mi me designaron.

El juicio fue largo y complicado. EMOS defendió el carácter de contrato a suma alzada y que bajo ningún aspecto, hipótesis y circunstancia podía modificarse el precio y que la situación producida era exclusivamente de cargo del contratista y que, por lo demás, se insistió que EMOS había solamente sugerido el método constructivo y, en consecuencia, no obligaba al contratista.

Se pidió informe de perito. Hubo dos informes de destacadas personas, muy conocidas en la materia y opinaron que el acontecimiento producido era absolutamente imprevisto. Que hubo errores en los antecedentes técnicos que se habían tomado en cuenta para la licitación. Que el estudio de mecánica de suelo adolecía de un error básico relativo a los parámetros de suelo entre los existentes en el metro de Santiago y los existentes en el Zanjón de la Aguada. Que el cambio de método constructivo era absolutamente indispensable para poder ejecutar la obra. Era la única forma de poder ejecutar la obra, sumado a que todos los que se presentaron a la licitación lo hicieron en base a ese método constructivo. Que cualquiera que se hubiera ganado la licitación tendría que haber hecho lo mismo. Si alguien al presentar su propuesta

económica hubiera planteado otro método constructivo habría quedado fuera de la licitación, por que, indudablemente, su propuesta económica hubiera sido más cara. No habría tenido ninguna posibilidad.

Por acuerdo entre las partes, el juicio se dividió en dos etapas. En la primera, se trataría el tema sustantivo: Si correspondía o no reembolsar las obras extraordinarias realizadas. En la segunda, si se estimaba que dicho reembolso procedía, se determinaría el volumen y costo.

La sentencia acogió la demanda del contratista y estableció la existencia de un imprevisto grave y extraordinario y basada en el informe de perito y la teoría de la imprevisión se dictaminó que EMOS debía reembolsar y asumir el costo de las obras extraordinarias que había implicado el cambio del método constructivo. Esta sentencia quedó ejecutoriada. El único recurso posible era el de queja y el Director de EMOS decidió no deducirlo.

Después se dictó el segundo fallo que estableció el mayor volumen de obra y su costo, señalando la suma de dinero a reembolsar. Respecto de este segundo fallo, EMOS fue de queja. Este recurso se puso en tabla. El abogado a cargo de ella planteó peticiones distintas a las expresadas en el recurso escrito, entre las cuales que el fallo primero y que estaba ejecutoriado era nulo y que así lo declarara la Corte Suprema haciendo uso de sus facultades.

La Corte Suprema acogió la queja solo en un aspecto puntual relacionado con un ítem, rechazando íntegramente el resto. En esta sentencia la Corte Suprema derechamente entra al problema de la imprevisión. Tiene 17 considerandos. En el N° 11º, señaló que el árbitro para ordenar pagar las mayores obras por sobre lo previsto en el contrato no lo hizo en forma arbitraria o ilegal. No se por qué la Corte usó estos términos que son más bien propios del recurso de protección, pero presumo que en el alegato debe haberse planteado alguna nulidad de derecho público. La sentencia hace hincapié que se trata de una materia de carácter técnico con dos informes periciales, el último de los cuales, concretamente, consideró que las mayores obras no fueron previsibles, sin embargo, necesarias para la adecuada ejecución del contrato. A continuación, el fallo agregó que, en todo caso, al haber ordenado la sentencia dictada en la causa principal, reembolsar las mayores obras que el contratista se vio obligado a realizar para el cumplimiento de su cometido, correspondía a la demanda haber acreditado, en el procedimiento incidental, que obras resultaban previstas, pues del contexto de esa sentencia se infiere que las excavaciones, consideradas por el perito tendrían tal carácter, y ellas hubieron de realizarse con motivo de la necesidad de cambiar el método de construcción que se tuvo en vista al contratar por otro que resultó adecuado a la realidad y calidad del terreno en que se construyó el colector interceptor de las aguas servidas.

El considerando N° 13, se expresa: Que, en consecuencia, al ordenarse el mayor pago de las obras que debieron ejecutarse, obras que resultaban necesarias, y que no fueron previstas al convenirse el precio por suma alzada,

no se ha incurrido por parte del árbitro en falta o abuso, toda vez que sus conclusiones son adecuadas y guardan relación con los antecedentes aportados y en especial con las pruebas periciales.

Queda en evidencia que hay un pronunciamiento explícito a la teoría de la imprevisión, aceptando que las obras ejecutadas fueron necesarias y no previstas. Las referencias de otros fallos de la Corte Suprema no se han planteado en función de la teoría del riesgo imprevisible, sino que con ocasión de adecuaciones contractuales que se estimaron que se infringía el artículo 1.545 del Código Civil.

El fallo comentario de 10 de octubre de 1994, tiene las firmas de los Ministros señores Bañados, Correa y Garrido, y de los abogados integrantes señores Eugenio Valenzuela y Mario Verdugo. Yo no quiero calificar a nadie en particular, ni menos porque me dieron la razón, pero creo que se trata de excelentes Ministros y distinguidos abogados integrantes.

Existen, además, algunos dictámenes aislados de la Contraloría General de la República que han aceptado el pago de obras imprevisas, pero en función de la teoría del enriquecimiento sin causa.

VII.- CONCLUSIONES:

En resumen, el contrato de suma alzada de construcción tiene las características y propiedades que hemos señalado. Es un contrato que, obviamente, para que guarde coherencia con la motivación que lleva a las partes a celebrarlo, es natural y propio que cree muy pocos espacios de discusión del precio y de las obras encomendadas ejecutar. Que el riesgo que asume el contratista es bastante grande. Que se considera que está compensado por la seguridad que tiene de recibir un precio único que se supone bien estudiado y evaluada toda la situación de hecho. Y si se equivocó, mala suerte. Si subestimó la ejecución de la obra, no evaluó bien las características del terreno, o sacrificó a sabiendas beneficios y utilidades personales de la empresa, por adjudicarse la propuesta, es un problema de que el contratista debe asumir directamente.

Ahora, si en un contrato de esta naturaleza se produce una circunstancia grave, absolutamente imprevisible e indispensable para la ejecución de la obra es factible plantear la teoría de la imprevisión y corresponderá al juez de la causa apreciar el hecho. O sea, yo creo que se puede sostener hoy en día que el planteamiento del hecho imprevisible es viable. Sin embargo, no es de fácil solución y aceptación.

Para su aceptación será indispensable que la configuración del impuesto, su gravedad, el carácter de extraordinario, cuenta con un apoyo técnico. Así será posible obtener la comprensión de el juez para calificar el impuesto, y pueda, entonces, argumentar en derecho que la readecuación del contrato no rompe ni infringe los principios que informan el pacto sui servanda. Todo