

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**AUMENTO DE OBRAS; OBRAS EXTRAORDINARIAS Y  
USO DE MATERIALES NO CONSIDERADOS, EN EL  
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A SUMA ALZADA.  
REQUISITOS PARA EXCEPCIONAR LA  
INVARIABILIDAD DEL PRECIO.**

**TRABAJO FINAL DE MAGÍSTER**

**CAROLE CECILIA MONTORY MUÑOZ**

**PROFESOR PATROCINANTE: SR. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN**

**VALDIVIA – CHILE**

**2021**

AUMENTO DE OBRAS; OBRAS EXTRAORDINARIAS Y USO DE  
MATERIALES NO CONSIDERADOS, EN EL CONTRATO DE  
OBRA PÚBLICA A SUMA ALZADA.  
REQUISITOS PARA EXCEPCIONAR LA INVARIABILIDAD DEL  
PRECIO.

Trabajo Final presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad Austral de Chile en cumplimiento parcial de los requisitos para optar al  
Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público.

Por

CAROLE CECILIA MONTORY MUÑOZ

Profesor patrocinante:  
Sr. Juan Andrés Varas Braun

Valdivia, Chile

2021

Universidad Austral de Chile  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**INFORME DE APROBACIÓN TRABAJO FINAL DE MAGISTER**

La Comisión Evaluadora comunica al Director de la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias que el Trabajo Final de Magíster presentado por la candidata

CAROLE CECILIA MONTORY MUÑOZ

ha sido aprobado en el Examen de Defensa rendido el día \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público y, para que así conste para todos los efectos firman:

Profesor/a Patrocinante

Profesor/a Sr. Juan Andrés Varas Braun

\_\_\_\_\_

Comisión Evaluadora

Profesor/a

\_\_\_\_\_

Profesor/a

\_\_\_\_\_

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>Informe de aprobación trabajo final de magister</b>	3
<b>Índice de contenidos</b>	4
<b>Índice de abreviaturas</b>	6
<b>Resumen</b>	7
<b>Introducción</b>	9
<b>Capítulo 1: Enfoque del conflicto</b>	12
1.1.- Contrato de obra pública a suma alzada	12
1.2.- El principio de riesgo o ventura	14
1.3.- Incremento de los conflictos	15
1.4.- Principios rectores del contrato versus la praxis	16
1.5.- Identificación de las posturas	18
1.5.1.- El contrato de obra a suma alzada rige invariablemente	18
1.5.2.- El contrato de obra a suma alzada es posible modificarlo	19
<b>Capítulo 2: Requisitos para la procedencia de sobrecostos que excepcionan el contrato de obra pública a suma alzada</b>	21
2.1.- Trascendencia y afectación de la conmutatividad del contrato	21
2.2.- Simetría de la información	22
2.2.1.- El proyecto técnico	23
2.2.1.1.- El proyecto debe ser completo	24
2.2.1.2.- El proyecto debe ser suficiente	26
2.2.1.3.- El proyecto técnico debe ser elaborado conforme la <i>lex artis</i>	27
2.2.1.4.- La inalteración del proyecto	30
2.2.2.- La ponderación de la información desde la figura del constructor o contratista	31
2.2.3.- La información desde el constructor o contratista, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias	33
2.3.- La instrucción fiscal	36
<b>Capítulo 3: Conclusiones</b>	40

<b>Bibliografía</b>	45
Bibliografía citada	45
Normas jurídicas citadas	47
Jurisprudencia citada	47

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AITO: Ayudante de Inspector Técnico de Obras

BT: Bases Técnicas

CCHC: Cámara Chilena de la Construcción

CGR: Contraloría General de la República

DV: Dirección de Vialidad

EETT: Especificaciones técnicas

EPC: Engineering, Procurement and Construction / Ingeniería, Compras y Construcción

FIDIC: Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils, en francés, o International Federation of Consulting Engineers, en inglés

ITO: Inspector Técnico de Obras

LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones

MC: Manual de Carreteras

MOP: Ministerio de Obras Públicas

RCOP: Reglamento para Contratos de Obras Públicas

SERVIU: Servicio de Vivienda y Urbanismo

## **RESUMEN**

El contrato de obra pública a suma alzada supone que las cubicaciones de obra y sus valores están determinados por el constructor, de forma que frente a las contingencias en la ejecución de la obra, y conforme al principio de riesgo o ventura, los sobrecostos que se originen serán absorbidos por aquel, pero el principio no es absoluto, la Contraloría General de la República determinó que cuando el riesgo es creado por la Administración o se ejecuta un contrato en condiciones anormales conforme a la época de la celebración, los sobrecostos serán de cargo del mandante de la obra y no del constructor.

En esta síntesis analizaré, en mi concepto, los requisitos para la procedencia de la excepción a la suma alzada, bajo las fuentes de conflictividad que consisten en: aumentos de obras; obras extraordinarias o uso de materiales no considerados en el contrato, desde la trascendencia a la afectación de la conmutatividad del contrato; la simetría de la información: exponiéndose sobre el proyecto técnico y sus características, hasta la ponderación de la información por el constructor; finalizando con la instrucción fiscal.

Conforme la normativa aplicable, las bases de licitación, la ley del contrato y los aparentes altos estándares de los proyectos técnicos, pareciera que el tratamiento de la excepcionalidad a la suma alzada es redundante, sin embargo, la realidad siempre se impone, y en los últimos años ha habido un importante incremento de conflictos en la ejecución de obras que se circunscriben a esta clase de contratos.

## **ABSTRACT**

The public lump-sum contract assumes that the contractor determines the project measurements and its price. In this manner, when facing contingencies in the execution of the

project, and according to the risk or venture principle, the costs overruns will be absorbed by him. However, this principle is not absolute, given that the General Comptroller of the Republic has determined that in cases where the administration created the risk, or the contract has to be executed under abnormal conditions diverse to the ones existing time of the celebration, the cost overruns will be charged to the project owner and not to the contractor.

In this synthesis, I will analyze, in my opinion, the requirements for the exception to the lump sum, under the hypothesis of increments in the project; extraordinary works or use of materials not considered in the original contract, from the commutativity of the agreement; the symmetry of the information: dealing with the technical project and its characteristics, the weighting of the information by the contractor; and the fiscal instruction.

According to the applicable regulations, the bidding rules, the contract law, and the apparent high standards of technical projects, it seems that the treatment of the lump sum exceptionality is redundant. However, the reality always imposes, and in recent years, there has been a significant increase in conflicts in the execution of projects in this type of contract.



# INTRODUCCIÓN

Una de las bases éticas que cimentan nuestro sistema es la correspondencia y equidad de las prestaciones mutuas, ello constituye un requisito sine qua non de la contractualidad onerosa, pero como muchas construcciones humanas presenta fisuras.

En los contratos de obras públicas a suma alzada se aplica el principio de riesgo o ventura, que consiste en el cargo para el adjudicatario de la licitación o contratista, los mayores costos que la ejecución de la obra puede conllevar que serán de su soporte, sin que exista una contraprestación por ello, pero el principio no es absoluto y es ahí donde surgen los grandes inconvenientes en el desarrollo de los proyectos.

Es tan evidente que el principio no es absoluto, porque de serlo, afectaría no sólo la conmutatividad del contrato, la buena fe contractual, y más grave aún, la Administración se favorecería del enriquecimiento ilegítimo o sin causa. Esto último, de ser factible, produciría hordas de asociaciones ilícitas respaldadas por el Estado, es más, al servicio del Estado. Una ficción repudiable que colinda con la criminalidad o se encuentra dentro de su territorio.

De forma que será de cargo de la Administración, el pago de aumentos de obras, obras extraordinarias y uso de materiales no considerados en el contrato de obra pública a suma alzada, cuando haya sido la propia Administración quien creó el riesgo<sup>1</sup>, como también cuando el contrato no se ha ejecutado bajo condiciones normales<sup>2</sup>.

¿Por qué los contratos de obra pública generan o pueden generar particularmente inconsistencias entre el proyecto y la ejecución, que afecta la determinación presupuestaria?, las variables fácticas son tan numerosas como los contratos, pero un referente reiterativo está dado por

---

<sup>1</sup> Contraloría General de la República, 13.08.2012, N° 049409N12.

<sup>2</sup> Contraloría General de la República, 06.03.2006, N° 010624N06.

la incongruencia del proyecto técnico en relación al terreno; el incumplimiento a la *lex artis*; contradicciones en el propio proyecto y finalmente la falta de voluntad y buena fe contractual para determinar las soluciones, como algunas bases de conflicto.

Resulta más cuestionable aún la divergencia entre el proyecto técnico y la ejecución, cuando en muchas obras públicas el primero es objeto de licitación, requiriéndose por la Administración altos estándares de cumplimiento por parte de las consultoras, indicando sendas directrices, para luego recepcionar los proyectos a su entera satisfacción, pero con las incongruencias ya anotadas en el párrafo precedente.

En este trabajo analizaré las dos posturas frente al contrato de obra pública a suma alzada, para el caso de evidenciarse aumento de obra, obras extraordinarias o uso de materiales no considerados, identificadas como tres fuentes de conflicto. La primera postura señala que los sobrecostos de la enumeración precedente serán de cargo de la Administración, y la segunda, de cargo del contratista.

En esta síntesis no se analizará los aumentos de presupuestos, como modificación contractual, por desbordar las fuentes de conflicto propuestas y además, muy excepcionalmente generarán un conflicto entre las partes, que están ampliamente de acuerdo en el aumento presupuestario, con abultadas cifras económicas y que en ciertos casos su única fuente es la corrupción que desde hace décadas parasita el país.

Mi postura durante este análisis consiste en que las tres fuentes de conflictividad quedan marginadas de la suma alzada, de forma que la Administración está obligada a pagar los sobrecostos.

La primera, de acuerdo al art. 4 N° 33 RCOP, los aumentos de obra consisten en la “modificación de las cantidades de obra indicadas por el ministerio en los documentos de la licitación”, por tratarse de uno o más aumentos, requerirá de una mayor cantidad de partidas de la obra, afectando la inamovilidad del precio, aumentando su presupuesto legítimamente.

La segunda, las obras extraordinarias, para el caso específico de contratos a suma alzada, son aquellas, según el art. 4 N° 34 inc. segundo RCOP: “obras que se incorporen o agreguen al proyecto para llevar a un mejor término la obra contratada”.

La tercera, el uso de materiales no considerados, como indica la misma expresión, no se refiere a la alteración de las partidas de obra u obras nuevas, sino al material o materiales del que estará hecha, para el caso, es factible la modificación de éstos si se advierte que aquellos contemplados en el proyecto técnico original no reúnen los estándares de calidad suficientes.

Durante el presente trabajo, la tercera fuente de conflicto precedentemente indicada es la menos recurrente, sin embargo, para su resolución, es aplicable aquello que se exprese en la presente síntesis respecto. A los dos primeras fuentes.

Para concluir, los mayores valores que implican cualquiera de las fuentes de conflicto no forman parte de la suma alzada, intentaré delimitar los objetivos de esta síntesis al sistematizar los requisitos de carácter general y específicos, respecto a la procedencia de sobrecostos como excepción a la suma alzada, de modo que los aumentos de obra, las obras extraordinarias y el uso de materiales no considerados, no queden en la proyección de un bosquejo que pretende ser el aumento de obra u obra extraordinaria, pero que no está totalmente acabado, no sólo desde el prisma técnico sino también administrativo.

# 1.- ENFOQUE DEL CONFLICTO

## 1.1.- CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A SUMA ALZADA

El contrato de obra pública está expresamente definido como “aquel por el cual el ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales”<sup>3</sup>, de acuerdo al art. 4 numeral 15 del RCOP. Para Celis Danzinger, es “un contrato de adhesión, y por ende se estructura sobre la base de cláusulas mínimas u obligatorias impuestas unilateralmente por el ente administrativo”<sup>4</sup>.

De acuerdo al art. 4 N° 30 del RCOP, el contrato a suma alzada se define como: “la oferta a precio fijo, en la que las cantidades de obras se entienden inamovibles...”.

Para la profesora Rodríguez Pinto la suma alzada consiste en la “obligación que asume el empresario que se obliga a ejecutar toda la obra de no pedir aumento de precio por alzas en el costo de insumos, por modificaciones no ordenadas ni autorizadas por el mandante o por circunstancias previstas o posibles de prever”<sup>5</sup>.

Para Prado Puga: “El contrato ‘llave en mano’ ajustado a suma alzada significa en definitiva, que el precio de la obra se fija, como hemos dicho, a un tanto global y requiere, por lo tanto una invariabilidad en el curso de la obra que corresponda a esa invariabilidad en el precio”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Para efectos de esta síntesis, seguiré conceptualmente la normativa reglamentaria del Decreto N° 75 que aprueba el reglamento para contratos de obras públicas del MOP, sin perjuicio de que en los casos analizados podrán corresponder a organismos públicos distintos, e incluso, contratación privada, pero todos bajo la misma base teórica.

<sup>4</sup> CELIS, 2019, p.5.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ, 2020, p. 88.

<sup>6</sup> PRADO, 2014, p. 780.

El art. 78 inc 3° RCOP señala que “en la propuesta por suma alzada, el valor de la propuesta quedará fijado por la suma total indicada por el proponente. Las cantidades de obras deben ser determinadas por el proponente...”. Asimismo, el art. 105 RCOP señala:

“la autoridad correspondiente podrá ordenar, dentro de los límites permitidos y con el fin de llevar a un mejor término la obra contratada, la modificación de obras previstas, la ejecución de obras nuevas o extraordinarias o el empleo de materiales no considerados. En estos casos deberá convenirse con el contratista los precios, teniendo en consideración, cuando concierna, lo señalado en el inciso 2° del artículo anterior y los plazos que procedan...”.

La CGR ha indicado que en la contratación a “suma alzada las cantidades de obras se entienden inamovibles, y las cubicaciones constituyen un punto de exclusiva responsabilidad del contratista, asumiendo aquel las diferencias que pudieran existir y con ello la contingencia de ganancia o pérdida”<sup>7</sup>.

El punto de inflexión se circunscribe a los aumentos de obras, obras extraordinarias o uso de materiales no considerados, cuando una de las partes, la Administración, señale que las fuentes de conflictividad referidas se encuentran bajo el concepto de suma alzada y en ése caso nada se debe; y por otra, el contratista, señalará que las las fuentes del conflicto no se incluyen bajo la suma alzada, existiendo riesgo creado por la Administración, o cuando el contrato se ha desarrollado bajo condiciones anormales.

Para el asunto en estudio, no basta que el RCOP establezca una formula de determinación de indemnizaciones reglamentarias, estas son un mero acto administrativo, a fin de precaver litigios, pero por su rango normativo contenido en un reglamento, no constituye un cuerpo normativo de responsabilidad que desplace el derecho común, de manera que su aplicación es limitada.

---

<sup>7</sup> Contraloría General de la República, 11.10.2016, N° 074431N16.

En relación con este punto, el art. 105 RCOP señala que “a falta de acuerdo, podrá disponerse, en caso de urgencia, la realización de esas obras, pagándose al contratista (i) los gastos directos comprobados, (ii) más 30% de esos valores para compensar gastos generales y utilidad. El pago se efectuará una vez aprobado, por resolución, el detalle y justificación de dichos gastos. El monto total de las obras que se ejecutan en base a lo señalado en este artículo no podrá superar el 30% del valor del contrato inicial...”.

La fórmula de resolución de conflictos encuentra aplicación práctica en muchos contratos de obra pública, salvo aquellos en que, por la complejidad del conflicto, no quepan en las fórmulas descritas.

## **1.2 .- EL PRINCIPIO DE RIESGO O VENTURA**

Este principio que rige en los contratos a suma alzada, implica que es el contratista el responsable del aumento en la onerosidad del contrato, pero no es aplicable en términos categóricos a todos los contratos, como refiere la CGR en su dictamen 60.909 de 2013: “...De la misma forma, ha señalado -dictámenes N°s. 41.409, de 1994, y 10.624, de 2006- que aún cuando en el ámbito del Derecho Administrativo rige para los contratos administrativos el elemento de riesgo y ventura, ello no es absoluto...”<sup>8</sup>.

Salvo que la Administración haya creado el riesgo, como se indica por la CGR cuando el contrato “aparece modificado o alterado por diversas situaciones que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, cuando, en definitiva, ella ha participado en su ocurrencia”<sup>9</sup>, o cuando el contrato no se haya desarrollado bajo las condiciones normales previstas a la época de la celebración, como indica la CGR: “... si bien en el precio del contrato se incluyen todos los gastos que irroque su cumplimiento, sean directos, indirectos o a causa de él, ello se entiende en el marco del desarrollo normal y previsible de su ejecución, valor

---

<sup>8</sup> Contraloría General de la República, 24.09.2013, N° 060909N13.

<sup>9</sup> Contraloría General de la República, 13.08.2012, N° 049409N12.

que eventualmente podría sufrir variaciones de concurrir situaciones de fuerza mayor, como ha sucedido en la especie...”<sup>10</sup>.

De esta forma indicar livianamente, que respecto de todo contrato a suma alzada es imposible modificar el valor presupuestario, por su naturaleza jurídica, es una falacia que se estrella contra los principios rectores elaborados por el propio órgano contralor de organismos públicos. En el mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, que ha desechado la idea que en los contratos de obra pública a suma alzada, el precio de éstos sea invariable a todo evento<sup>11</sup>.

### **1.3.- INCREMENTO DE LOS CONFLICTOS**

Las diversas inconsistencias que impone la realidad en la ejecución de contratos de obra pública a suma alzada, se advierten en un deterioro progresivo a lo largo de los años de las relaciones contractuales entre las partes, de hecho, han aumentado los conflictos altamente críticos para los intereses de los contratistas, “... en general las empresas consideran que las divergencias han sido críticas para su empresa; un 48% cree que han tenido alta criticidad. Este porcentaje refleja un aumento desde el año 2015 hasta 2017 (25% a 48%)”<sup>12</sup>, siendo los contratos como el de estudio uno de los más conflictivos en su ejecución: “En el 34% de los contratos de construcción analizados se produjo alguna divergencia entre las partes. Asimismo, el informe arroja que entre el 40% y el 45% de las diferencias ocurrieron precisamente en contratos celebrados bajo la modalidad de suma alzada, que son los que ostentan, en consecuencia, un mayor porcentaje de conflictividad”<sup>13</sup>.

La base de nuestro estudio constituye un asunto de constante recurrencia, a la jurisprudencia administrativa o judicial, cuyas estadísticas han aumentado en los últimos años, hecho con graves consecuencias económicas como sociales.

---

<sup>10</sup> Contraloría General de la República, 06.03.2006, N° 010624N06.

<sup>11</sup> FLORES, 2017, p.190.

<sup>12</sup> TORRES, 2018.

<sup>13</sup> CORREA y GARCÍA, 2016, p.54.

## 1.4.- PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO VERSUS LA PRAXIS

Es un hecho basal que para todos los contratos, no sólo para la materia en estudio, se requiere de la voluntad de cumplir la ley del contrato, lo pactado, y contribuir a que el acto jurídico produzca los efectos deseados, como ha sostenido la CGR:

“Por su parte, la jurisprudencia administrativa -dictámenes N°s.14.916 y 27.376, ambos de 2010, 61.949, de 2011 y 47.660 de 2012, entre otros-, ha precisado que lo convenido posee el carácter de ley para los contratantes, y que las decisiones que adopten los órganos públicos como parte en los contratos que suscriben deben respetar los principios de buena fe, en virtud el cual las partes de un contrato deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas, y de enriquecimiento sin causa, que en general obliga a la Administración al pago de las obras que hayan sido ejecutadas, a fin de conservar el equilibrio económico de las prestaciones”<sup>14</sup>.

Sin embargo, la declaración de principios recién indicada, no encuentra asidero en todos aquellos casos que han generado consultas, reclamaciones a CGR, y más aún en los libelos interpuestos, como indica la Excma. Corte Suprema resolviendo el caso Obras Especiales Navarra con Serviu Región del Bío Bío, extracto considerando décimo séptimo:

“... por lo que la conducta asumida por el SERVIU de argüir la existencia de un contrato de valor fijo, obviando las aclaraciones y modificaciones introducidas y de las cuales tomó conocimiento y no desconoció sino hasta cuando el proyecto llevaba un estado de avance por sobre el 90%, constituye una falta de lealtad con su contraparte al hacerlo asumir obligaciones que no le corresponden so pretexto de no recibirle la obra”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Contraloría General de la República, 24.09.2013, N° 060909N13.

<sup>15</sup> Corte Suprema, 07.06.2017, rol 52960-2016.



Es evidente a esta altura de la exposición, cuando se configura la necesidad de aumentos de obra; obras adicionales o uso de materiales no considerados, que la pretensión de incorporarlos bajo el concepto de sumaalzada, se hará porque éstas no cumplen los objetivos para considerarse items independientes de pago dentro del contrato de obra pública, o por el contrario, si se verifican los requisitos, procederá los sobrecostos de cargo de la Administración.

Ningún contratista desembolsará recursos en construcciones adicionales o nuevos materiales, sin que exista la instrucción fiscal al respecto, que en ocasiones será verbalizada pero sin contancia en ningún decreto<sup>16</sup>, el ITO<sup>17</sup> quien está a cargo de impartir las órdenes, tiene un rol fundamental, tanto como el mandante, en la generación de los conflictos o su solución, especialmente en la escrituración de las decisiones adoptadas<sup>18</sup>.

Difícilmente el contratista entrará en conflicto: dirimir los desaveniencias en materia civil supone años de espera; sumado a la eventual sanción frente a un presunto “incumplimiento” por parte del contratista, el mandante podrá borrarlo del registro pertinente, impidiendo así ofertar en

---

<sup>16</sup> Un criterio distinto aplica la I. Corte de Apelaciones de Talca en su fallo: “El hecho de que el contratista debiese efectuar mayores gastos derivados de condiciones en el terreno y otras conexas, distintas 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 Apelaciones de Talca, 04.12.2013, Constructora Monteverde Ltda. Con Municipalidad de San Clemente.

<sup>17</sup> Conforme al art. 4 N° 9 RCOP el Inspector Fiscal es “el funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción”; en el art. 4 N° 10 RCOP, se indica que el Inspector fiscal de obra es el “conjunto de funcionarios profesionales, técnicos y administrativos, dependientes del inspector fiscal, a cargo de la fiscalización de un contrato”.

<sup>18</sup> En el caso Obras Especiales Navarra con SERVIU Región del Bío Bío, en la sentencia de primera instancia, confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Concepción y posteriormente por la Excm. Corte Suprema, dentro de los antecedentes que tuvo a la vista se señala: “... indica que la demandante continuó ejecutando las obras contratadas, encontrándose muy tranquila respecto del reconocimiento por parte de la ITO y del SERVIU de la procedencia y monto de las obras adicionales y/o extraordinarias requeridas para el término de las mismas”, posteriormente las obras adicionales y/o extraordinarias fueron desconocidas por la demandada, hecho que originó el juicio. Tercer Juzgado Civil de Concepción, 11.09.2015, rol C-8927-2013.

nuevas licitaciones al contratista, hasta imponer sendas multas; hasta hace algunas épocas pude observar que en las bases de licitaciones se solicitaba, por los mandantes, no tener juicios pendientes entre éstos y el oferente; todo conforme a las facultades exorbitantes de la Administración.

## **1.5.- IDENTIFICACIÓN DE LAS POSTURAS**

### **1.5.1.- El contrato de obra a suma alzada rige invariablemente**

Esta posición aspira a evitar las modificaciones contractuales que sientan las bases de una modificación presupuestaria, como lo indica Araya Ibañez: “No estamos de acuerdo con aquellas posiciones doctrinarias que, amparadas en la conmutatividad del contrato o en el enriquecimiento ilegítimo, o en la buena fe contractual, o en la teoría de la imprevisión, tienden a aceptar demasiado liberalmente que se pueda ajustar el precio cada vez que el equilibrio económico del contrato se vea afectado”<sup>19</sup>. Rige el concepto que el contrato se desarrolla y las obras se ejecutan bajo un único valor, que no es posible alterar; por otra parte Prado Puga<sup>20</sup>, siguiendo a su vez a Huse, indica que la responsabilidad puede estar unida a la persona del contratista suponiendo dos consecuencias: el criterio de ejecución y el estándar de conducta esperable.

No cabe la menor duda, que si las circunstancias de ejecución de la obra varían, hecho que razonablemente para el hombre medio era factible advertir, los sobrecostos no pueden endosarse a la Administración.

El concepto de la aseveración precedente está repetida en innumerables textos, el punto será determinar cuál era el grado de conocimiento por parte del contratista de los antecedentes, la simetría de la información es decisiva al momento de elaborar la oferta técnica y económica, haciendo hincapié que las cantidades de obras en estos contratos a suma alzada, están determinados

---

<sup>19</sup> ARAYA, 2018, p. 238.

<sup>20</sup> PRADO, 2014, p. 780.

por el contratista, las indicaciones en las EETT o BT y planos son una referencia, que el contratista deberá estudiar, habiendo verificado el terreno.

Por otra parte, Araya aspira a la completa “certeza jurídica”<sup>21</sup>, a raíz del tratamiento que realiza sobre las formalidades voluntarias, en que las modificaciones al contrato deben ser escritas.

Advierto que el autor postula al deber ser y comparto con él; el problema surge cuando la administración no cumple con las formalidades voluntarias de escrituración, tanto es así que no existe el decreto modificatorio de contrato, ningún absolutamente ningún contratista va a invertir sus utilidades de la obra, en otras obras -nuevas- que no serán pagadas, de modo que siempre existe en el proceder del contratista la certeza mediante la que vislumbra el pago de los aumentos, obras adicionales o materiales no considerados, pero que finamente éstos no son pagados por la Administración.

### **1.5.2.- El contrato de obra a suma alzada es posible modificarlo**

El contrato de obra pública debiese ser de aquellos más completos y acabados precisamente por la licitación de proyectos y estudios que continuamente hace la Administración como antesala a la ejecución de la obra. Los proyectos cuentan muy frecuentemente con estudios técnicos que incidirán en la determinación del presupuesto por el contratista.

Todas las obras o materiales que no se encuentran indicados en el proyecto obedecen a aumento de obras, obras adicionales o, de ser el caso, a materiales no considerados.

La Excma. Corte Suprema ha indicado un criterio sobre obras adicionales:

---

<sup>21</sup> Al respecto, el autor indica: “Se busca otorgar completa certeza jurídica respecto del contrato y de su alcance, desincentivando el típico alegato del contratista que pretexta que, de manera implícita o explícita, se le ha otorgado más plazo, o que se le ha reajustado el precio, o que se le ha instruido un cambio en el proyecto o, en fin, que de alguna manera se le ha prometido un ajuste en el equilibrio económico del contrato” ARAYA, 2018, p. 241.

“Las obras adicionales de cargo del prestador del servicio corresponden a aquellas que digan relación con la obra encomendada, entendiéndose 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 aquellas que han sido encomendadas. De esta forma, concluye la Corte, el costo de las obras reclamadas por la actora, que tuvieron su origen en las napas subterráneas encontradas, no pueden ser consideradas como parte del trabajo”<sup>22</sup>.

En el mismo sentido ha habido fallos que acogen la teoría de la imprevisión, como Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile <sup>23</sup>; Constructora Concreta S.A con Serviu Región Metropolitana<sup>24</sup>, en que es posible, al producirse una circunstancia grave, imprevista e indispensable para la ejecución de la obra, se exceptione la suma alzada.

A propósito del comentario de un fallo arbitral que conoció la Excma. Corte Suprema y que confirma, respecto a un “mayor pago de las obras que debieron ejecutarse, obras que no fueron previstas al convenirse el precio por suma alzada”<sup>25</sup>.

Se aprecia, como en muchos órdenes, que la línea divisoria de ambas posiciones es poco clara, que intentaré dilucidar al abordar los requisitos para la procedencia del pago de sobrecostos.

---

<sup>22</sup> Corte Suprema, 05.05.2015, rol 24710-2014.

<sup>23</sup> “Si en un contrato de esta naturaleza se produce una circunstancia grave, absolutamente imprevista e indispensable para la ejecución de la obra, es factible reconocer la teoría de la imprevisión y corresponderá al juez de la causa apreciar dicho presupuesto fáctico”. Corte de Apelaciones de Santiago, 22.09.2011, Ariel Larenas y Cía. Ltda. con Universidad de Chile.

<sup>24</sup> Corte Apelaciones de Santiago en caso Constructora Concreta S.A con Serviu Región Metropolitana indica: “Que así planteadas las cosas, el exigirle a Constructora Concreta S.A. asumir los mayores gastos que implicaron las obras, es someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, íno debida que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 1997, lo que le ha significado una cuantiosa pérdida, a diferencia del Servicio De Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana, que se ha visto enriquecida injustamente. Situación que debiera ser revisada mediante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica tocar en un ápice el contrato existente entre las partes sino que tan sólo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance”. Corte de Apelaciones de Santiago, 14.11.2006, rol 6912-2001.

<sup>25</sup> CORREA y GARCÍA, 2016, p. 57.

## **2.- REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE SOBRECOSTOS QUE EXCEPCIONAN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A SUMA ALZADA**

El lector habrá advertido que la construcción de una obra pública es un acto desarrollado en varios capítulos, y que en muchas ocasiones es preciso recurrir al *ius variandi* para modificar el contrato de obra pública incluso si el motivo es “la desactualización del proyecto en relación a la nueva configuración geográfica, nuevos factores medioambientales o poblacionales, por la irrupción de condiciones no previstas al momento de efectuar el llamado a licitación o, simplemente, por la variación de las necesidades sociales o de las circunstancias que tuvo en vista el Ministerio al momento de licitar la obra...”<sup>26</sup>, si las razones obedecen a motivos que no originan conflictos, lo más probable es la modificación del contrato.

Sin embargo, si no existe acuerdo, y el contrato implica una modificación conforme cualquiera de las fuentes de conflicto, a mi criterio, los requisitos para excepcionar la suma alzada serán los tratados en los acápite siguientes.

### **2.1.- TRASCENDENCIA Y AFECTACIÓN DE LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO**

Este es un elemento básico que se refiere a la trascendencia desde el prisma sustantivo, tan pragmático como razonable.

En todos los casos analizados en la jurisprudencia administrativa y judicial, observamos el nivel de afectación patrimonial al contratista o constructor que en muchos casos conlleva la

---

<sup>26</sup> CONTADOR y TORRES, 2019, p. 279.

totalidad de las utilidades, sino es más. Advertimos en el acápite 1.3 del capítulo I, que el nivel crítico de afectación del contrato aumentó de un 25% a un 48% entre 2015 y 2017, para contratos a suma alzada.

De manera que cuando señalo como concepto básico: la importancia de la afectación, es porque necesariamente ésta es de tal magnitud que incide en el cumplimiento de las obligaciones por el contratista afectando las prestaciones mutuas.

¿Será preciso detenerse en un aspecto base?, en el caso de un contrato de obra a suma alzada, estimo que sí es necesario. Al menos la detención breve en este punto. Existen innumerables items en el devenir diario, desde la entrega de terreno de la obra hasta su recepción provisoria, originados en instrucciones del ITO que generan mayores gastos generales, que están considerados como globalidad pero que sin embargo es sólo una proyección dentro de los gastos reales, sin embargo carecen de trascendencia y se encuentran dentro de la esfera de lo previsible, eso es lo que pasa muchas veces durante la ejecución de una obra de construcción: productos encarecidos; que no se encuentran en Chile y es necesario pagar costosos traslados; siempre las utilidades son menos y los costos son más; de manera que cuando nos referimos a la excepción a la suma alzada, necesariamente existe una afectación a la equivalencia de las prestaciones que es grave.

## **2.2.- SIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN<sup>27</sup>**

Este requisito resulta fuertemente determinante: el conocimiento de la información por parte del constructor o contratista durante el proceso licitatorio y la publicación de ese contenido por parte de la Administración, por una parte, así como también la información que se traspa desde el contratista hacia el mandante durante la ejecución de la obra.

La información entregada en forma oportuna, veraz, y siempre que se haya aplicado la cronología del contrato, respetando los plazos, permitirá al constructor un mejor análisis de los

---

<sup>27</sup> Araya se refiere a esta expresión como “asimetría de la información”. ARAYA, 2018, p. 231.

costos asociados al proyecto técnico, pudiendo determinar con certeza el monto sujeto a suma alzada.

Así como también, la información proveniente de los desajustes en el contrato, básicamente en el proyecto técnico, con la construcción de obras que requiere de la información del contratista hacia el mandante, fuente que no es exclusiva, atendidas las facultades de fiscalización del ITO.

### **2.2.1.- El proyecto técnico**

En términos amplios, el proyecto se define como el “Conjunto de antecedentes que permite definir en forma suficiente la obra por realizar, que incluye bases administrativas, planos generales, planos de detalle, especificaciones técnicas y todos los demás documentos de la licitación”, como se indica en el numeral transcrito, son los documentos de la licitación, de acuerdo al art. 4 N° 22 RCOP.

Dentro de los documentos que conforman la totalidad de las bases, se encuentran los antecedentes del proyecto técnico: como son las Especificaciones Técnicas que corresponden al “pliego de características técnicas particulares que deberá cumplir la obra motivo de un contrato de obra pública”, de acuerdo al art. 4 N° 19 RCOP; planos generales que corresponde a “los diseños que a una escala adecuada indican ubicación, formas y medidas que permiten definir la obra a realizar” y los planos de detalle que son “los diseños a escala adecuada para realizar la construcción, las piezas o las partes del proyecto, contenido en los planos generales”, según se prescribe en el art. 4 N° 20 y 21 RCOP respectivamente.

El proyecto técnico, es decir, las EETT, planos y los análisis que pueden agregarse y sustentan el estudio de éste, constituyen la obra a ejecutar, la razón del contrato administrativo de obra pública.

Los requisitos que se intentará analizar a continuación corresponden al proyecto técnico.

### 2.2.1.1.- El proyecto debe ser completo

El proyecto técnico debe tener absoluta completitud, así como también todos estos documentos deben ser públicos durante el proceso licitatorio.

En este sentido se pronunció la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso al resolver:

“Para el mandante la fortaleza del contrato en comento, es precisamente el precio fijo determinado por el constructor, el cual conoce desde un comienzo, y a su vez, la debilidad que aquél pudiese hallar en la referida convención sería que el proyecto de ingeniería o arquitectura que se entregue al contratista para que los evalúe a suma alzada debe ser completo y no puede ser alterado. Conforme a lo anterior, es tarea del mandante el proveer a su mandatario de un acabado plan de construcción, lo que en la especie -tal como ya ha quedado establecido en la sentencia de primer grado-fue omitido por la actora de la causa”<sup>28</sup>.

Desde el prisma del proyecto técnico, como se indica en el párrafo anterior a propósito del análisis de la suma alzada, debemos estar frente a un acabado plan de construcción, ello implica no sólo que toda la documentación técnica generada por la consultora o la Administración, que desarrolló el proyecto, debe estar disponible<sup>29</sup>, sino que además, el proyecto técnico cuenta con las EETT; planos y estudios que lo sustentan cuando sea el caso, dichos estudios muchas veces forman parte de abultados trabajos realizados por consultoras en instancias previas a la licitación de la construcción de las obras, tales análisis deben ser de conocimiento del constructor o contratista.

---

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29.11.2010, Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda.

<sup>29</sup> Como se indica por la CGR en el dictamen N° 22.172 de 2017, a propósito de la falta de entrega del estudio de mecánica de suelos a los participantes de la licitación, que si bien en el caso concreto el órgano contralor estimó no ser necesario la entrega, sí indicó al mandante que: “ con el propósito de optimizar sus procedimientos de contratación y obtener las condiciones más ventajosas, es menester que esa repartición, en las licitaciones que convoque en lo sucesivo, ponga a disposición de los interesados la información atinente de la que disponga”. Contraloría General de la República, 16.06.2017, N° 022172N17.



De tal modo que, si el proyecto no se encuentra completo, y surgen obras contenidas en documentación no tenida a la vista por el contratista, ello constituye un aumento de obra u obras adicionales según sea el caso, la misma mención para el uso de materiales no considerados.

Un proyecto técnico completo está fundado en las circunstancias actuales del terreno, durante su elaboración y la licitación de las obras, el terreno ha permanecido básicamente inalterable; sin embargo, en muchas obras, desde la elaboración del proyecto, hasta la entrega de terreno para la ejecución de las faenas, se advierte un importante plazo que ha transcurrido modificando el terreno, afectando el proyecto, en el sentido que éste ya no es completo, porque no considera los cambios, en ése sentido ha sido resuelto en el caso Constructora Taquicura S.A. con Serviu Región de Coquimbo de fecha 16 de mayo de 2013: “La topografía del terreno a la fecha de su entrega para la ejecución de la obra era distinta a la etapa de licitación, por lo que correspondía que el mandante soporte el costo de las obras adicionales que debió ejecutar el contratista sin las cuales no era posible ejecutar la obra licitada”<sup>30</sup>.

Refuerza esta idea la profesora Rodríguez Pinto, para quien el proyecto “debe ser completo y definitivo, no sujeto a cambio”<sup>31</sup>.

La CGR ha indicado que si bien los antecedentes informativos de la Administración, como el proyecto técnico son de carácter referencial o meramente ilustrativos aun así éstos deben ser “...completos, fidefignos y definan en forma suficiente la obra de que se trate, con la finalidad de que los interesados puedan efectuar una evaluación precisa de las partidas a construir, siendo la entidad contratante la principal obligada a que la obra que encarga quede completamente detallada en los antecedentes de la licitación, sin que sea dable exigir a los proponentes que deban llenar los vacíos de que adolezcan esos instrumentos...”<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Corte Suprema, 16.05.2013, rol 2508-2012.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ, 2020, p. 89.

<sup>32</sup> Contraloría General de la República, 11.10.2016, N° 074431N16.

### 2.2.1.2.- El proyecto debe ser suficiente

La elaboración de un proyecto técnico es bastante compleja, implica estudios de base (suelo; aguas subterráneas; sísmicos, según sea el caso), para la determinación de la ingeniería o arquitectura de las obras. Si pensamos en un suelo inestable, por ejemplo, el proyectista deberá analizar y determinar la cota necesaria para la fundación, a riesgo del desplome de la obra.

La suficiencia estará dada por los objetivos de la obra a construir y su vinculación a la *lex artis*, esto último requiere de un tratamiento especial, en definitiva, el proyecto técnico para ser suficiente, debe bastarse a sí mismo.

En el mismo sentido prescribe el art. 2 inciso segundo del RCOP: “Quedarán incluidas en el contrato todas las obras contempladas en las especificaciones técnicas y en los planos correspondientes; estos antecedentes deberán ser los necesarios y suficientes para estimar... las cantidades...”.

No es suficiente el proyecto técnico que hace referencia a la aplicación de cuerpos reglamentarios, normativos, estudios extras, etc. Por mucho que tengan esos estamentos consistencia en algún rango de derecho. De hacer aplicación a cuerpos extras, sería muy parecido a un contrato civil en que se explicita que se aplicarán las normas relativas al Código Civil. No cabe dudas que la normativa tiene aplicación subsidiaria, a la ley del contrato, pero su aplicación es residual, la ley del contrato es específica. En el mismo sentido respecto a la clase de contrato que nos ocupa.

En el contexto explicado, sería probablemente muy engorroso que un proyecto técnico de infraestructura vial, haga referencia a la aplicación supletoria del MC<sup>33</sup> de la DV, por ejemplo, porque este manual representa una guía de construcción, de tipo general, pero frente a una

---

<sup>33</sup> “El Manual de Carreteras (MC) de la Dirección de Vialidad (DV) es un documento técnico que sirve de guía y marco de referencia general. Este no pretende abordar todos los aspectos técnicos que son parte del desarrollo de los proyectos viales, sino más bien, pretende ser un documento base que represente el eje central para otros documentos técnicos específicos. Dirección de Vialidad, 1997.

discrepancia -se supone- es el proyecto técnico de la obra en particular, el que soporta la solución, por ser más específico, el MC pretende ser una guía, como señalan sus autores, y no reemplaza el criterio del responsable del proyecto técnico: construir no es un “copia y pega”.

### 2.2.1.3.- El proyecto técnico debe ser elaborado conforme la *lex artis*

La *lex artis* en materia de construcción, consistirá en el conjunto de principios, directrices, prescripciones y protocolos técnicos de ingeniería o arquitectura, conforme los conocimientos actuales de su ciencia, aplicables al lugar de ejecución de la obra.

De esta forma el proyecto técnico debe estar avalado y sustentado en la ciencia de la ingeniería o arquitectura, si no lo está, carece de validez, impidiendo la realización de la obra o parte de ésta, o generando la excepcionalidad a la sumaalzada, dando lugar al aumento de obras, obras extraordinarias o uso de materiales no considerados.

Concuero parcialmente con el fallo que determina que los errores del proyecto deben ser asumidos por el constructor o contratista, como está resuelto por la Excma. Corte Suprema en un fallo de fecha 18 de agosto de 2005, caratulado Soc. Corral y Alcaíno Ltda. con Codelco Chile: “Los riesgos de errores en dicho proyecto se entienden asumidos por el primero (demandante), ya que debe realizar un estudio completo y exhaustivo del mismo y añadir en él todo aquello que considere ausente”<sup>34</sup>, al menos no concuerdo que su procedencia pueda asumirse tan liberalmente; estos errores -cualquiera sea- deben ser indicados en la fase de consultas de toda licitación pública, y respondidos por el mandante no sólo en la forma sino también en el fondo, abordando la materia, por ello no sería suficiente una respuesta por la Administración como “aténgase a las bases”, o lo que es peor aun: no responder las consultas.

---

<sup>34</sup> Corte Suprema, 18.08.2015, rol 900-2015.

Las consultas formuladas por los oferentes de una licitación pública obedecen generalmente a situaciones que pudieran considerarse poco claras, o evidenciar incongruencias en el proyecto, sea en su totalidad incluyendo bases administrativas o especiales, o en el proyecto técnico.

Si la Administración no elimina los errores del proyecto, en principio el contratista debiera asumirlos y por ende aumentar los costos, ¿en qué cuantía?, ¿cómo se determina lo que está solicitando la Administración si ésta no contesta las consultas o lo hace en forma evasiva?, suponiendo que sea el criterio diligente del contratista quien determine la factibilidad de mejorar las obras asumiendo los costos, no cabe dudas que tendrá una oferta económica mucho más costosa que los demás oferentes, pudiendo ser rechazada su oferta, porque mejorar técnicamente el proyecto sólo traerá aparejado sobrecostos al constructor pero no necesariamente mayores posibilidades de adjudicación.

Si los errores del proyecto no son asumidos en la fase de licitación, y aún así se adjudicó la ejecución de las obras éstos pueden dar lugar a corregirlos por la Administración y eventualmente dar lugar al aumento de obras; obras adicionales o uso de materiales no considerados.

La indicación del cumplimiento de la *lex artis* en el proyecto técnico es relevante, existen fallos al respecto en que se recoge este elemento por nuestra jurisprudencia, a propósito de otras materias diversas a este estudio, pero que sin embargo nos interesa destacar. Como es el caso mencionado por Pizarro Wilson en "... sentencia recaída contra el SERVIU en el mal denominado caso "Copeva", pues, en definitiva, el SERVIU respondió por una incorrecta elaboración de bases técnicas de la construcción. Los materiales que propuso en las bases eran inapropiados para el clima de la Región Metropolitana"<sup>35</sup>. Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha resuelto:

“Que lo anterior implica que normativamente la determinación de las características de las viviendas de carácter social es encargada al Ministerio de Vivienda y Urbanismo y al Serviu. Este último, por medio de la elaboración de bases técnicas, deberá desde luego definir la tipología y estándar mínimo de estas viviendas, lo que significa especificar su

---

<sup>35</sup> PIZARRO, 2010, p. 165.

diseño, los elementos relativos a los materiales que deben utilizarse y sus especificaciones estructurales. Que en esta línea argumental carece de asidero el predicamento del Serviu Metropolitano en el sentido de que, en el caso específico, no le afectaba un deber de elaborar bases técnicas para la construcción de las viviendas sociales. Contrariamente a lo sostenido por este ente público, era jurídicamente exigible a ese organismo la elaboración de bases técnicas apropiadas para la construcción de las viviendas sociales por parte de la empresa constructora”<sup>36</sup>.

En el mismo sentido, se lee el reproche a la falta de *lex artis* en el proyecto elaborado por la consultora, es decir, no en defectos de construcción, en la sentencia de primera instancia, aún pendiente de revisión a la fecha del presente estudio, en el caso Azvi Chile S.A con Fisco de Chile<sup>37</sup>.

Los desajustes de la *lex artis* con el proyecto técnico, pueden generar cualquiera de las conflictos tratados en esta síntesis, que necesariamente están vinculadas a las obras en ejecución, es decir, no constituyen un contrato aparte, su alineación al proyecto estará dada por el cumplimiento de objetivos generales y específicos, por ello forman parte integrante de la obra, de esta manera no comparto con el sentenciador<sup>38</sup> que las disminuciones, aumentos y obras adicionales queden fuera de la responsabilidad contractual, al menos desde el prisma teórico.

---

<sup>36</sup> Corte Suprema, 26.11.2009, rol 1504-2008.

<sup>37</sup> En la sentencia Ira. instancia considerando, trigésimo octavo se indica: “Que del análisis, ponderación y valoración de los elementos de convicción relacionados en la motivación precedente, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 342, 346, 348 bis, 384, 425 y 428 del Código de Procedimiento Civil, permiten atribuirles el mérito probatorio suficiente y necesario para formar convicción al sentenciador adquirir la convicción de que en el caso sub lite no concurren los presupuestos fácticos exigidos por el artículo 151 letra g) del Reglamento para Contratos de Obras Públicas para poner término anticipado al contrato, por cuanto con el mérito de los antecedentes señalados es posible concluir que no existió error en la ejecución de los trabajos de la obra atribuible a AZVI, ya que la falla del vástago de uno de los cilindros del sistema mecánico, ocurrida el 24 de febrero de 2015, *tiene como causa basal la deficiente concepción y diseño del sistema de levante del puente*, materia que es de responsabilidad exclusiva del demandado”. 28° Juzgado Civil de Santiago, 04.09.2019, rol C-17309-2015.

<sup>38</sup> Soc. Constructora y Ensayes de Materiales Ltda. (Socem) con I. Municipalidad de Valdivia, Rol 197-2020, I. Corte Apelaciones de Valdivia, en considerando décimo quinto indica: “Que la sentencia descartó el primer capítulo de incumplimiento, por no ser materia del contrato, reflexión que esta Corte comparte pues lo reprochado dicese de la exigencia de la realización de determinados trabajos vinculadas con obras para el servicio eléctrico que no estaban

La fase de diseño de todo proyecto técnico es el que presenta mayores inconvenientes para la fase de ejecución:

“A modo de conclusión de este primer apartado, se establece que la fase de diseño es la que mayor relevancia tiene en la presencia de modificaciones con aumento de costo del proyecto. Apuntándose, como motivos más concretos, las falencias del proyecto en las partes de ingeniería básica y de cantidades de obra dentro del presupuesto. También se hace referencia a características del equipo de diseño, por un lado, del diseñador (indicando inexperiencia, diseño demasiado teórico o la falta de recursos) y, por otro lado, del revisor (señalando inflexibilidad o falta de argumentos técnicos)”<sup>39</sup>.

#### 2.2.1.4.- La inalteración del proyecto

Luego de esbozar los requisitos que estimo esenciales respecto al proyecto técnico: la completitud; la suficiencia y el cumplimiento de la *lex artis*, finalmente queda un último requisito en este acápite, muy básico: la no alteración del proyecto; es tan evidente que si el proyecto se modifica o de alguna forma se altera por parte de la Administración -cuando el proyecto ya se encuentra adjudicado-, ello repercutirá necesariamente en el valor de la suma alzada, ya sea aumentando el valor presupuestario o disminuyéndolo.

---

comprendidas en el contrato, de ese modo el asunto se relaciona con requerimientos que están fuera del contrato y por lo mismo no pueden dar origen a un incumplimiento contractual propiamente tal”. Corte de Apelaciones de Valdivia, 05.10.2020, rol 197-2020.

A mi juicio, las obras adicionales reclamadas no se ejecutaron por la demandante, en ése sentido no tendría objeto pronunciarse sobre partidas que podrían haber requerido de pago de haberse efectuado, punto que en todo caso el constructor no pretende. La actora sostuvo en su libelo la falta de prolijidad del proyecto, haciendo presente esta situación a la demandada, quien solicitó un nuevo presupuesto al constructor considerando: disminuciones, aumentos y obras extraordinarias, los que deberían abordar diversos aspectos de la Av. Errázuriz, entre ellos, el cambio de trazado y ubicación de ciclovía, cámaras de inspección, modificación ductos MT Simpson – Circunvalación, aumento de postes de alumbrados. Se aceptó las modificaciones por ambas partes del contrato; posteriormente la compañía eléctrica Saesa hizo requerimientos técnicos en el sistema eléctrico, contemplando partidas con sobrecostos abultados no tenidos a la vista por la demandante al momento de hacer un nuevo presupuesto, advirtiéndole esta situación a la demandada quien respondió un año después, en el sentido que el constructor debía hacerse cargo de aquellos sobrecostos.

<sup>39</sup> ALARCÓN, et. al., 2017, p.213.

Recordemos un fallo ya citado<sup>40</sup>: “...el proyecto de ingeniería o arquitectura que se entregue al contratista para que los evalúe a suma alzada debe ser completo y no puede ser alterado...”.

El punto abordado en este requisito es la modificación del proyecto técnico, pretendiendo por la Administración mantener el valor presupuestario, ello no es posible, salvo que se trate de una compensación a costo 0, es decir, que para mantener la suma alzada se compense la disminución de partidas de obras por otras nuevas; si no se contempla la figura descrita, necesariamente la alteración del proyecto técnico implica la alteración de la suma alzada.

En el mismo sentido la CGR ha establecido que “...en los contratos celebrados a suma alzada sólo procede el pago de mayores obras cuando derivan de un cambio de proyecto que no pudo tener en cuenta el contratista al momento de presentar su oferta, y fueren indispensables para dar cumplimiento al convenio...”<sup>41</sup>. Consecuencialmente, el proyecto técnico no puede ser alterado durante la ejecución de las obras y más aún, no puede ser alterado desde la postulación del constructor mediante la entrega de su oferta técnica y económica, porque en ése punto quedan fijados los criterios para definir el precio a suma alzada.

### **2.2.2.- La ponderación de la información desde la figura del constructor o contratista**

El constructor será quien deba estudiar los antecedentes puestos a disposición por la Administración, técnicamente el proyecto y sus estudios, deberá verificar en terreno sólo aquello que es observable, no puede hacer estudios anexos, porque ello implicaría abultar los costos de postulación, y menos intervenir en un bien de uso fiscal. Los antecedentes que recibe constituyen la base de su estudio.

---

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29.11.2010, Petersson Nadine Ivette con Construck Ltda.

<sup>41</sup> Contraloría General de la República, 30.07.2019, N° 020270N19.

Una postura doctrinaria sostenida por Araya Ibañez<sup>42</sup>, indica que es preciso analizar si el contratista conocía la causa de los sobrecostos, pero no cualquiera, sostiene que el análisis debe efectuarse considerando un contratista de buena fe, experto y diligente, para este caso el autor utiliza un criterio, que según comprendo, es superior al hombre medio.

Particularmente durante los procesos licitatorios de construcción de obras públicas, el cumplimiento de los requisitos de postulación suponen altos estándares, de modo que para ofertar en una licitación se requiere de expertiz, salvo procesos muy acotados.

Para el caso en estudio, si la posibilidad del pago de sobrecostos se dejara al criterio del análisis curricular y ético del contratista, fuera de lo engorroso que resultaría probar las características: de buena fe, experto y diligente, implicaría que al contratista de excelencia -como debió advertir los sobrecostos y no los cobró- no se harán excepciones a la suma alzada; pero a los contratistas menos expertos (sin considerar su buena o mala fe o su diligencia), a éstos se pagarán, una solución de esa forma altamente injusta posiblemente no requiere más análisis.

Por otra parte Sutherland<sup>43</sup> considera que basta el concepto de diligencia, a mi entender, más parecido al criterio del hombre medio, para advertir si el contratista debió o no prever las circunstancias que originan los sobrecostos, si los previó y no los cobró no podría excepcionarse del cumplimiento del contrato a suma alzada. Agrega el autor: “El constructor diligente no es el que efectúa todas las medidas para anticiparse a los hechos, sino el que sobre la base de su experiencia y conocimientos técnicos pondera las probabilidades de ocurrencia de contingencias futuras, de manera de mitigar los riesgos propios de su industria mientras ofrece sus servicios a precios competitivos”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> “A nuestro entender, el criterio más adecuado para otorgar certeza jurídica y posibilitar la operación de los mecanismos contractuales que nos ocupan en este trabajo, es dirimir este tipo de disputas de acuerdo con si la causa originadora de los sobrecostos era conocida por el contratista de buena fe, experto y diligente”. ARAYA, 2018, p. 248.

<sup>43</sup> “El juez debe contrastar la conducta desplegada con la que debió haber desplegado un constructor diligente para determinar si procede o no el aumento de precio”. SUTHERLAND, 2014, p.178.

<sup>44</sup> SUTHERLAND, 2014, p. 175



En mi concepto aplicar un criterio igualitario, a todos los constructores, el del hombre medio en cuento a su diligencia en ponderar la información proporcionada por la Administración parece ser más razonable.

Finalmente, el conocimiento<sup>45</sup> de todos los antecedentes del proyecto, como también los antecedentes legales y contractuales, deben considerarse al momento de preparar su oferta, de modo que al entregar la oferta técnica y económica, el contratista haya tenido la oportunidad de sopesar los riesgos y analizar el proyecto completo, si con posterioridad surgen antecedentes que sustancialmente no coinciden con el proyecto licitado, no puede sostenerse la suma alzada, para el evento de existir items que sobrepasen los costos.

### **2.2.3.- La información desde el constructor o contratista, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias**

La simetría de la información no estaría completa sin analizarla desde la perspectiva del contratista, la comunicación necesaria hacia el mandante de todo evento que pudiese afectar el contrato.

El constructor no se encuentra en mejor posición de la información durante el desarrollo del contrato o ejecución de las obras en relación al mandante, debido a que el ITO<sup>46</sup> efectivamente ejerce sus facultades de inspección y control de las faenas, representa al mandante y podrá advertir igualmente los detalles de la construcción.

Dentro de las circunstancias extraordinarias algunos eventos podrán considerarse como hechos evidentes y otros, más puntuales.

---

<sup>45</sup> En el sentido opuesto el autor Sutherland indica: “El desconocimiento del constructor debe existir al momento de la presentación de su oferta al mandante, puesto que con anterioridad a dicho momento éste ha ponderado los costos, gastos, riesgos y utilidades esperadas que conlleva la ejecución de las obras, determinando su precio sobre la base de tal análisis” SUTHERLAND, 2014, p. 173.

<sup>46</sup> En algunas obras no sólo se encuentra el ITO, sino también el AITO, o se contrata inspección técnica a cargo de un equipo; sin perjuicio del equipo técnico del mandante.

Conforme al art. 150 inc. primero RCOP<sup>47</sup>, se indica que los accidentes que colapsen las obras serán de cargo del contratista, salvo que se de el tratamiento como caso extraordinario y ajeno a toda previsión.

En este numeral se indican todas aquellas circunstancias o eventos sobrevinientes imposibles de prever por la Administración o por el contratista, independeninte de la capacidad técnica o expertiz de ambos, se tratará de eventos: públicos o notorios, cuando sean evidentes, o, de advertencia específica del contratista, para el caso de ser más puntuales.

Aquellos públicos y notorios, que generalmente son catastróficos, sin que la enumeración sea taxativa es posible citar: actividades de guerra; conmoción civil; desastres naturales, etc. En los contratos de seguro, por incorporación de cláusula tipo, las aseguradoras se eximen del pago del siniestro cuando éste versa sobre los ejemplos señalados, en ése caso la pérdida debe soportarla el mandante procediendo a modificar el contrato de obra, aumentando éstas, excepcionando la suma alzada.

Aquellos de advertencia específica por el contratista, serán circunstancias extraordinarias y ajenas a toda previsión, difíciles de agotar, pero en algunos casos serán más puntuales, como puede ser un vicio oculto del suelo, sin que ello tenga relación con el proyecto técnico, de hecho, como ya se ha escrito, los errores del proyecto técnico que digan relación con la falta de completitud; de suficiencia; incompatibilidad con la *lex artis*; el constructor o contratista deberá indicar igualmente los defectos anotados, pero no es el caso de análisis en este punto. El contratista debe señalar aquellas circunstancias que interfieren en las ejecución de las obras y que no se tenga conocimiento, como advertir en el suelo un hallazgo arqueológico o los cimientos de una antigua edificación; ambos ejemplos son vicios ocultos del suelo, que no pueden endosarse al proyecto técnico, mal podría haberse efectuado calicatas en todo el suelo tratando de advertir hechos de los que no se tiene siquiera noticias remotas.

---

<sup>47</sup> El Art. 150 inc. primero RCOP dispone que “los accidentes que deterioren o derriben la obra, o que ocasionen pérdidas de materiales, serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la Dirección General califique el caso como extraordinario y ajeno a toda previsión, o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente”.

Esa comunicación necesariamente debe efectuarla el contratista, mediante el libro de obras y su advertencia generar los aumentos de obra u obras adicionales o extraordinarias y, también resguardar a responsabilidad del constructor.

Es posible advertir que la información, en general, no sólo se produce desde el constructor o contratista durante la ejecución de las obras; también es posible advertirlo con anterioridad, en la fase de consultas, cuando aún no se desarrollan las faenas; en este caso nos encontramos frente a oferentes, en estudio de licitación y conforme al cronograma de cada licitación pública, que podrán hacer observaciones o preguntas sobre cualquier aspecto administrativo y técnico; esta fase también forma parte del contrato de obra, por lo que las manifestaciones sobre errores<sup>48</sup> del proyecto, o cualquier tipo de incongruencia, quedarán registradas para eventos futuros<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Así se ha expresado por la CGR en el dictamen N° 74.108 de 2016: "...los errores de que adolezcan los antecedentes de la licitación entregados al contratista, y que no hayan sido salvados con las correspondientes aclaraciones, son, en principio, responsabilidad de la Administración, de modo que esta debe hacerse cargo de las consecuencias económicas que de ello deriven, a menos que se demuestre que no podían sino haber sido advertidos por los oferentes, lo cual debe ser analizado en cada caso según las diversas situaciones que se presenten". Contraloría General de la República, 07.10.2016, N° 074108N16.

<sup>49</sup> En proceso licitatorio la Administración incurrió en un error de información señalando una calidad distinta de la que efectivamente estaba compuesta la estructura, intentando endosar la responsabilidad al contratista, quien informó a la Administración haciendo una advertencia específica, sobre este error que no se condecía con las respuestas a las consultas; la CGR en el dictamen N° 35.471 de 2006, señaló que era de cargo del mandante el pago de los costos extras que implicaban las obras sobre la información errónea que fue advertida por el constructor sólo una vez que comenzaron las obras, en la parte pertinente del dictamen se lee: "En efecto, aún cuando el contratista estaba en conocimiento de que la información proporcionada por el Parque Metropolitano era meramente referencial y que dentro de sus obligaciones estaba la de realizar los estudios adecuados para formular el proyecto, no es menos cierto que la propia Administración carecía de antecedentes elementales, como eran los planos estructurales, según se infiere de la respuesta N° 1 de la mencionada Aclaración N° 1...

Aún en la eventualidad de que las bases hubiesen entregado al contratista la responsabilidad de indagar sobre el material de la estructura del edificio -dadas las peculiaridades en las que se desarrolló el contrato, cuyo costo ya fue previamente reducido en más de veinticinco millones de pesos-, se debe concluir que se entendía contratado bajo las circunstancias indicadas por el Servicio, vale decir, lo señalado en la respuesta a la pregunta N° 3, ya mencionada, y corroborado por los informes de los ITO. Sostener lo contrario conduce a concluir que el aludido Parque habría pretendido imponer a la constructora un contrato que afectaría el equilibrio económico de las prestaciones, que se traduciría en, soportar el costo de construir sobre un terreno hecho de albañilería reforzada en lugar de hormigón

¿Si el contratista no efectuó consultas, o éstas no estaban relacionadas con el aspecto técnico que originó divergencia durante la ejecución de las faenas?, la casuística es abundante, sin embargo, el deber de información por parte del contratista debe verificarse durante la ejecución del contrato y no necesariamente antes. Como indica la profesora Rodríguez Pinto, es una carga comunicar al mandante por parte del contratista: “el incumplimiento de esta carga de comunicación puede producir la inoponibilidad del evento al dueño, que no puede haber autorizado lo que no pudo haber conocido”<sup>50</sup>.

### 2.3.- LA INSTRUCCIÓN FISCAL

La función del ITO<sup>51</sup> constituye una parte importante dentro de la ejecución del contrato de obra pública: debe velar por la correcta ejecución de la obra<sup>52</sup>, entre otros aspectos.

Si se intenta despejar esta frase: “debe velar por la correcta ejecución de la obra”, implica que ésta tendrá relación con la construcción de las faenas que debe efectuar el contratista, de esta manera el ITO estará presente en cada etapa de la carta gantt o cronología de la ejecución.

Que la construcción de la obra sea correcta, significa que su avance se condice con el proyecto técnico, de existir imprevistos menores, éstos serán resueltos por el ITO, por ello tiene importancia la trascendencia, explicada en el N° 1 de este capítulo, porque muchas instrucciones puede impartir el ITO que eventualmente tengan incidencias económicas en el desarrollo del contrato, pero que necesariamente éstas quedan absorbidas por la suma alzada.

---

armado, con el correspondiente incremento del valor contractual, lo cual resulta jurídicamente inaceptable”. Contraloría General de la República, 01.08.2006, N° 035471N06.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ, 2020, p. 92.

<sup>51</sup> De acuerdo al art. 110 del RCOP “es el funcionario, nombrado por la autoridad competente, a quien se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato”.

<sup>52</sup> El art. 143 inc. quinto LGUC prescribe que: “El inspector técnico de obra (ITO) estará encargado de supervisar que la obra se ejecute conforme a las normas de construcción aplicables a la ejecución de la obra, al permiso de construcción aprobado y sus modificaciones”.

Su papel no es meramente contemplativo, de acuerdo al art. 111 del RCOP: “El contratista deberá someterse a las órdenes del inspector fiscal, las que se impartirán siempre por escrito, conforme a los términos y condiciones del contrato, dejándose constancia en el Libro de Obras”. De esta manera el ITO tiene amplias prerrogativas: puede solicitar que un subcontratista o trabajador sea apartado de las faenas; solicitar el retiro del lugar de las obras de materiales rechazados; solicitar la reconstrucción de faenas, etc. Imparte instrucciones, las que no constituyen directrices, sino son efectivamente órdenes que de no cumplirse por el contratista acarrea una sanción pecuniaria, la multa.

Por orden debe entenderse todo “mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar”<sup>53</sup>.

Si el contratista desobedece una orden del ITO se arriesga a multa, como ya se ha señalado, e incluso puede arriesgar el término anticipado del contrato, si las circunstancias fácticas son graves.

El ITO imparte sus instrucciones verbalmente, si las bases así lo autorizan, o mediante el libro de obras<sup>54</sup>, destinado a contener las comunicaciones formales entre éste y el contratista, así todas las observaciones, las circunstancias extraordinarias al menos de mediana importancia que detecte el constructor, como también todas las órdenes del ITO, se contienen en el libro de obras.

De esta forma también quedan contenidas las órdenes destinadas a aumentos de obras, obras extraordinarias o uso de materiales no considerados. En este sentido debe existir una aseveración expresa del ITO escrita en el mencionado libro, si la instrucción fuera verbal, y no estuviera contenida en el libro indicado, sin dudas generaría un problema de prueba, no obstante, las bases pueden autorizar directrices del ITO verbales.

---

<sup>53</sup> Definición de la Real Academia Española.

<sup>54</sup> De acuerdo al art. 4 N° 44 RCOP, el Libro de Obras es aquel “Libro que contiene toda comunicación que el inspector fiscal dirija al contratista en relación al cumplimiento del contrato, además de las anotaciones relativas al desarrollo de un contrato de obras, tales como la resolución de adjudicación del contrato, identificación del inspector fiscal, del profesional residente, subcontratistas que participaron en la obra con sus correspondientes autorizaciones, especialistas que participaron en el contrato de obra, prevencionista de riesgos, etc.”.

Si la situación así descrita es tan evidente y tan clara ¿porqué existen tantos problemas?. Porque, en parte, muchas órdenes e instrucciones del inspector fiscal no llegan a escriturarse en un decreto modificatorio del contrato, a pesar de disponer presupuestariamente para ello, dentro de los límites que impone el contrato.

Si la modificación se formaliza a través del decreto que modifica el contrato, determinándose las cuantías de obras, los ítems, las circunstancias técnicas, los montos relativos a costos directos, indirectos, gastos generales y utilidades, existe excepcionalidad a la suma alzada, el problema desaparece y también la razón de este trabajo.

Pero la realidad se impone, muchos borradores de modificaciones contractuales quedan en el intermedio entre la instrucción fiscal y la escrituración del decreto; los procesos generalmente son más complejos que una simple advertencia de circunstancias extraordinarias, comunicadas al ITO por el constructor, muchas veces genera estudios técnicos de procedencia y presupuestarios, muy posiblemente existan documentos oficiales como consultas al mandante, o instancias menos formales como reuniones técnicas. Al existir una respuesta positiva de parte del mandante y del ITO en la procedencia de las aumentos de obras; obras extraordinarias o uso de materiales no considerados, aun cuando esté en vías de escrituración, ello otorga certeza al constructor para proceder en mayores desembolsos económicos.

Esperar la formalidad del decreto modificatorio, con plazos vigentes de ejecución de obras, acotados, sin posibilidad de suspender las obras, porque el contratista no está autorizado para ello, si lo hiciera sería a riesgo de multas hasta término anticipado del contrato, con costos desembolsándose diariamente: pago de personal, de materiales, de subcontratistas; el proceso administrativo del decreto que modifica el contrato -de hacerse- es un trámite generalmente lento, salvo que se trate de situaciones de emergencia.

Aquí es donde surge la conflictividad: o los aumentos de obras; obras extraordinarias o uso de materiales no considerados, se dieron curso a través de una orden del ITO, excepcionando la suma alzada, y posteriormente se estimó por la Administración que los indicados precedentemente son parte del valor de suma alzada, sin escriturar el decreto modificatorio, en algunos casos cuando

las obras están terminadas o muy avanzadas<sup>55</sup>; o, desde un comienzo la orden del ITO da lugar a excepcionar la suma alzada, pero estimando que forman parte del valor de suma alzada, posición que no es compartida por el constructor.

Para efectos de este análisis, para hacer procedente la excepción a la suma alzada se debe:

- 1.- Impartir una orden;
- 2.- Debe ser expresa;
- 3.- Debe detallarse de modo que no induzca error sobre la materia;
- 4.- La orden debe estar contenida en el libro de obras o expresada verbalmente si las bases lo autorizan;
- 5.- La orden debe provenir del ITO o quien lo represente en su cargo en subsidio.

Frente a la instrucción fiscal, que reúna las características precedentes, un último aspecto será la determinación de la responsabilidad, ¿las instrucciones del ITO vinculan a la Administración?, la pregunta desborda este trabajo, no obstante se ha determinado, cuando se han acogido las pretensiones del contratista, que tanto la Administración o la persona natural del ITO pueden ser responsables, con diferencias patrimoniales importantes.

He anotado aquellos aspectos importantes referidos a la orden o instrucción fiscal positiva, en relación a ejecutar adicionales al proyecto adjudicado, sin embargo, ¿si el ITO no ordena aumentar las obras; hacer obras extraordinarias o emplear materiales no considerados, será factible para el juez o el órgano contralor dar lugar a a excepcionar la suma alzada y ordenar el pago adicional a la Administración?.

La interrogante plantea casi una especie de caso de laboratorio, suponiendo que para efectuar partidas de obra -que forman parte del proyecto técnico- es necesario obras adicionales no autorizadas por el ITO, desde luego habrá que analizar si las nuevas obras fueron previsibles o no, si se hicieron consultas en el periodo de licitación, si las obras nuevas requerían de contexto técnico por parte de la Administración, etc.

---

<sup>55</sup> Corte Suprema, 07.06.2017, rol 52960-2016.

Pero, de ser consideradas procedentes cualquier adición al proyecto adjudicado al contratista, como excepción a la suma alzada, el juez o el órgano contralor podrá prescindir de la orden del ITO, de esta forma, el requisito de la instrucción fiscal no es sine qua non para dar lugar al pago de sobrecostos por la Administración, no obstante las importantes facultades del ITO, entenderlo en el sentido inverso, sería entregar al ITO no sólo las prerrogativas de fiscalizar la obra, sino estaríamos entregando facultades jurisdiccionales que no son de su competencia.

Al concluir estas anotaciones, es posible observar las facultades exorbitantes de la Administración frente al constructor: el termino anticipado y unilateral del contrato; la disminución de las cantidades de obras por falta de presupuesto, en circunstancias que el presupuesto debe estar autorizado antes del comienzo de las obras, son algunos ejemplos de estas facultades, cada vez más anacrónicas frente a los modelos modernos de contratación, a nivel internacional, como los contratos de construcción Fidic<sup>56</sup>.

### **3.- CONCLUSIONES**

1.- El contrato de obra pública a suma alzada es un contrato administrativo, de adhesión, en que la oferta está constituida por un precio fijo de las cantidades o cubicaciones de obras que se entienden inamovibles. Se encuentra regido por el principio de riesgo o ventura que implica que es el contratista el responsable del aumento en la onerosidad del contrato, pero ello no es absoluto.

2.- En apariencia el contrato a suma alzada aparece como una convención pétrea, cuyo acto jurídico una vez nacido a la vida del derecho es imposible de cambiar; sin embargo existen 3 fuentes

---

<sup>56</sup> “Los modelos de contratos de construcción de la FIDIC (Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils, en francés, o International Federation of Consulting Engineers, en inglés), gozan en la actualidad de una amplia aceptación y reconocido prestigio en el contexto internacional, por lo que resulta de especial interés determinar si resultan aplicables para contratos de obras que se celebren y ejecuten en Chile, especialmente si en ellos participan partes extranjeras o existe un financiamiento internacional, habiéndose pactado como ley de fondo aplicable la ley chilena”. FIGUEROA, Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno.



de conflicto: aumentos de obras, obras extraordinarias y uso de materiales no considerados que conforman la excepcionalidad a la suma alzada, cumpliéndose los requisitos.

3.- La CGR se ha pronunciado señalando 2 conceptos capaces de modificar contratos a suma alzada: cada vez que exista riesgo creado por la Administración, o cuando el contrato se ha desarrollado bajo condiciones anormales.

4.- La incidencia en la praxis de esta clase de conflictos ha ido en permanente aumento, de esta forma, en estudio elaborado por la CCHC de 2015, el 34% de los contratos presentó algún tipo de divergencia, situándose esta cifra entre el 40% y 45% en los contratos a suma alzada, como es el caso de esta síntesis.

5.- La CGR ha reiterado en copiosos dictámenes que la convención posee el carácter de ley para los contratantes, las decisiones que se adopten por los órganos públicos deben ampararse en la buena fe, tendiendo a un correcto cumplimiento, sin causar daño a las partes, evitando el enriquecimiento sin causa por parte de la Administración, así ésta se obliga al pago de las obras que hayan sido ejecutadas, a fin de conservar el equilibrio económico de las prestaciones.

6.- Se advierten 2 posturas sobre el presente estudio, la primera indica que la suma alzada es inamovible, atendido que la contingencia de ganancia o pérdida la absorbe el contratista, quien está a cargo de determinar las cubicaciones de obras, esta postura se encuentra en franco retroceso, tanto la jurisprudencia judicial como administrativa aceptan la excepcionalidad a la suma alzada, cuando los hechos probados la hacen procedente; la segunda, señala que el contrato a suma alzada es posible modificarlo cada vez que existan riesgos en el contrato provocados por la administración o éste se desarrolle bajo condiciones anormales.

7.- Al analizar en esta síntesis los requisitos para la procedencia de los sobrecostos que excepcionan la suma alzada, éstos se dividen en 3 grupos: a) la trascendencia y afectación de la conmutatividad del contrato; b) la simetría de la información; c) la instrucción fiscal.

8.- La trascendencia y afectación de la conmutatividad del contrato, implica necesariamente un desequilibrio en las prestaciones mutuas, que origina el conflicto, por la naturaleza del contrato a suma alzada, siendo las cubicaciones de cargo del constructor o contratista, en este sentido, los posibles desajustes menores entre la oferta técnica, la oferta económica y la ejecución de la obra, incluso si provienen de una instrucción u orden del ITO, quedan absorbidas por la suma alzada, no siendo motivo de debate, y siendo necesario, en mi concepto el tratamiento de este primer aspecto, sólo por la naturaleza del contrato.

9.- La simetría de la información, implica que ésta debe ser equitativa desde la Administración al contratista y viceversa, bajo este acápite se desarrolla: a) el proyecto técnico; b) la ponderación de la información por el constructor o contratista; c) la información desde el contratista en el contexto de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias.

10.- El proyecto técnico, es decir, las EETT, planos generales y de detalle y los estudios que deben agregarse y sustentarlo, constituyen la obra a ejecutar, la razón del contrato administrativo de obra pública, desde un prisma general también se identifica como proyecto al conjunto de bases administrativas generales, especiales en conjunto con los documentos técnicos, el presente trabajo se circunscribe a la primera acepción.

11.- El proyecto técnico debe cumplir con ciertos requisitos, según se aborda en esta síntesis: a) debe ser completo; b) debe ser suficiente; c) debe ser elaborado conforme la *lex artis*; d) el proyecto técnico no debe sufrir alteraciones durante la ejecución de la obra.

12.- Un proyecto técnico completo implica un acabado plan de construcción, estando a disposición del constructor todos los antecedentes relativos a éste, incluso los estudios que lo sustentan, de hecho, así se ha instruido por la CGR al indicar que deben entregarse todos los estudios y antecedentes de los proyectos para una mejor comprensión por el contratista. En el mismo sentido, que el proyecto esté completo concierne también la actualidad de la información, existiendo divergencias cuando ha transcurrido un importante lapso de tiempo entre los estudios y la ejecución de las obras. Si el proyecto no está completo origina costos adicionales de cargo de la Administración.

13.- Un proyecto técnico suficiente significa que debe bastarse a sí mismo, no es preciso recurrir a otros cuerpos normativos, reglamentarios, o de técnica de ingeniería o arquitectura.

14.- En este mismo orden de ideas, el proyecto técnico debe ser elaborado conforme la *lex artis*, que en materia de construcción, consistirá en el conjunto de principios, directrices, prescripciones y protocolos técnicos de ingeniería o arquitectura, conforme los conocimientos actuales de su ciencia, aplicables al lugar de ejecución de la obra. Los errores técnicos del proyecto son de cargo de la Administración siempre que el contratista o constructor haya informado de éstos durante la ejecución de las obras.

15.- Finalmente, respecto el proyecto técnico, éste debe mantenerse inalterado durante la ejecución de las obras, incluso, una vez que el constructor haya postulado su oferta técnica y económica, cualquier cambio podrá implicar un desbalance a las prestaciones mutuas, que excepcionen la suma alzada.

16.- Aparte del proyecto técnico analizo en esta síntesis la ponderación del contratista, conocidos los antecedentes expuestos precedentemente es preciso analizar si el constructor pudo prever un cambio en las condiciones contractuales dentro de aquello esperable, que implique sobre costos, en este caso estimo que debe aplicarse el criterio del hombre medio diligente.

17.- Terminando la simetría de la información, cuando ésta se efectúa desde el contratista, quien debe advertir de circunstancias extraordinarias, cuando el proyecto técnico, por muy completo que se haya elaborado, no haya podido abordar imprevistos ya sean públicos o notorios o de advertencia específica por parte del constructor.

18.- Si el proyecto no está completo; adolece de insuficiencias; o presenta falencias técnicas conforme la *lex artis* de ingeniería o arquitectura, es factible excepcionar la suma alzada dependiendo de las circunstancias fácticas. En este caso nos encontramos frente a riesgos creados desde la Administración, como se ha indicado genéricamente por la CGR.

19.- Si el constructor o contratista no a podido preveer circunstancias extraordinarias, comunicadas oportunamente mediante el libro de obras, aplicando el criterio del hombre medio, en ése caso nos encontramos frente a circunstancias anormales del contrato, como señala el órgano contralor, que no han podido preverse por ninguna de las partes.

20.- En los últimos 2 números precedentes habrá lugar a la procedencia de sobrecostos pagados por la Administración, excepcionando la suma alzada.

21.- Finalmente la instrucción fiscal, como tercer requisito a la excepcionalidad de la suma alzada, será relevante cada vez que exista una orden o instrucción por parte del ITO en el sentido de adicionar obras, o cambiar materiales no indicados en el proyecto técnico, la que debe estar revestida de requisitos mínimos: se debe impartir una orden; la que debe ser expresa; debe detallarse de modo que no induzca error sobre la materia; la orden debe estar contenida en el libro de obras o, verbal en su caso; la orden debe provenir del ITO o quien lo represente en su cargo en subsidio, sin embargo, el problema que se advierte es la falta de escrituración del decreto modificatorio, cuando a pesar de la orden del ITO de proceder conforme a la excepción a la suma alzada, la Administración no concuerda, o en el sentido de entender los adicionales bajo el concepto de suma alzada sin pretender pagar los sobrecostos, hecho que el constructor rechaza.

22.- Si el ITO no imparte la orden para dar curso a aumento de obras, obras adicionales o uso de materiales no considerados, tanto el juez como el órgano contralor pueden dar lugar a éstas, de manera que la orden fiscal no es requisito sine qua non para excepcionar la suma alzada.

23.- De esta forma que un contrato sea a suma alzada no significa que necesariamente sea inmodificable, ningún contratista razonable desembolsará en construcciones adicionales o nuevos materiales, sin que exista al menos la instrucción fiscal al respecto, difícilmente el constructor querrá entrar en conflictos: dirimir los desaveniencias en materia civil supone años de espera; sumado a la eventual sanción frente a un presunto “incumplimiento” por parte del contratista, el mandante podrá borrarlo del registro pertinente, impidiendo sus nuevas ofertas; hasta imponer sendas multas; todo conforme a las facultades exorbitantes de la Administración, cada vez más

anacrónicas frente a los modelos modernos de contratación, a nivel internacional, como los contratos de construcción Fidic.

24.- Finalmente, concluida la presente síntesis, se valida las hipótesis central y particular: no existen criterios objetivos para dar lugar a la excepción a la regla del riesgo del contratista, como también se advierte dispersidad de principios o juicios, que la jurisprudencia administrativa y judicial han elaborado, morigerando la invariabilidad del precio en el contrato de obras públicas a suma alzada, de importante presencia dentro de las relaciones contractuales de la Administración, y con altos niveles de conflictividad, precisamente, como muchos aspectos del derecho administrativo, es necesario proponer y sistematizar la materia de este estudio, a fin de otorgar mayores certezas a la contratación pública estudiada.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Alarcón, Luis Fernando; Wegmann, Adolfo; Calahorra, María, 2017: “Oportunidades para el mejoramiento de la gestión de proyectos de infraestructura pública en Chile”, en Irrázaval, Ignacio; Piña, Elisa; Letelier, Magdalena; Jeldes, María Ignacia (editores), Propuestas para Chile, pp. 199-239. Disponible en <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/CAP-VII-Propuestas-para-Chile-2017.pdf> [Fecha de consulta: 02.08.2021].

Araya Ibáñez, Álvaro, 2018: “El contrato de construcción en Chile. Análisis económico y jurisprudencial”, Revista Chilena de Derecho Privado, número 31, pp. 221-276. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722018000200221](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000200221) [Fecha de consulta: 27.07.2021].

Celis Danzinger, Gabriel, 2019: Los contratos de obra pública, Santiago: Thomson Reuters.

Contador, Patricio y Torres, Alejandro: 2019, Manual de Contratación y Ejecución de Obras Públicas. DS MOP N° 75 de 2004, (edición abril 2019), Santiago: Editorial Metropolitana.

Correa Ferrer, Pablo y García Mekis, Benjamín, 2016: “Incumplimiento en el contrato de construcción a suma alzada en Chile. Criterios jurisprudenciales en relación al aumento del costo y la extensión del plazo de las obras”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, número 42, pp.53-62. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4965/documento/art05.pdf?id=6214> [Fecha de consulta: 21.07.2021].

Dirección de Vialidad, 1997: “Evaluación de proyectos viales interurbanos”, Manual de Carreteras (Santiago), Volumen 1, Tomo 2. Disponible en [https://portal.ondac.com/601/articles-59870\\_doc.pdf](https://portal.ondac.com/601/articles-59870_doc.pdf) [Fecha de consulta: 16.08.2021].

Figuerola Valdés, Juan Eduardo: “Los contratos de construcción FIDIC frente al derecho chileno”. Recuperado el 01.09.2021 de Sociedad Chilena del Derecho de la Construcción: <https://www.schdc.cl/los-contratos-de-construccion-fidic-frente-al-derecho-chileno/>

Flores Rivas, Juan Carlos, 2016: “Responsabilidad contractual del Estado: recepción del Principio de Reparación Integral”, Sentencias destacadas 2016, Anuario de doctrina y jurisprudencia, Ediciones LyD, pp. 177-193. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/01/pp-177-194-RESPONSABILIDAD-CONTRACTUAL.pdf> [Fecha de consulta: 03.08.2021].

Pizarro Wilson, Carlos, 2010: “Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, número 43, pp. 161-176. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a04.pdf> [Fecha de consulta: 30.07.2021].

Prado Puga, Arturo, 2014: “El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características”, Revista Chilena de Derecho, volumen 41, número 2, pp. 765-783. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art17.pdf> [Fecha de consulta: 26.07.2021].

Real Academia Española. Recuperado el 01.08.2021 del.rae.es: <https://dle.rae.es/orden>.

Rodríguez Pinto, María Sara, 2020: “La variabilidad del precio en el contrato de construcción”, Revista de Derecho (Valdivia), volumen 33, número 2, pp. 79-99. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v33n2/0718-0950-revider-33-02-79.pdf> [Fecha de consulta: 04.08.2021]

Sutherland Borja, Thomas, 2014: “Condiciones imprevistas en los contratos de construcción a suma alzada y su aplicación al sitio de las obras”, Revista Chilena de Derecho Privado, número 22, pp.161-195. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n22/art04.pdf> [Fecha de consulta: 04.08.2021]

Torres, Luis Felipe (7 de noviembre de 2018). Oportunidades de mejora en proceso de licitación según directrices FIDIC, VIII Encuentro Relación Mandante Contratista, Gestión contractual para prevenir claims en contratos. Recuperado el 23.08.2021 de <http://docplayer.es/151684378-Viii-encuentro-relacion-mandante-contratista-gestion-contractual-para-prevenir-claims-en-contratos.html>

## **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

Decreto 75, Deroga Decreto N° 15, de 1992, y sus modificaciones posteriores, aprueba reglamento para contratos de obras públicas, publicado con fecha 01 de diciembre de 2004.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 06 de marzo de 2006, dictamen N° 010624N06.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 01 de agosto de 2006, dictamen N° 035471N06.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 13 de agosto de 2012, dictamen N° 049409N12.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 24 de septiembre de 2013, dictamen N° 060909N13.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 07 de octubre 2016, dictamen N° 074108N16.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 11 de octubre de 2016, dictamen N° 074431N16.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 16 de junio de 2017, dictamen N° 022172N17.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 30 de julio de 2019, dictamen N° 020270N19.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2006, rol 6912-2001.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de fecha 04 de diciembre de 2013.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 05 de octubre de 2020, rol 197-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2009, rol 1504-2008.

Corte Suprema, sentencia de fecha 16 de mayo de 2013, rol 2508-2012.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de mayo de 2015, rol 24710-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de agosto de 2015, rol 900-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 07 de junio de 2017, rol 52960-2016.

3° Juzgado Civil de Concepción, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2015, rol C-8927-2013.

28° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 04 de septiembre de 2019, rol C-17309-2015.