

ediciones
DER



Universidad de
los Andes

Coordinador

Juan Eduardo Figueroa Valdés

Derecho de Construcción: Análisis dogmático y práctico

CoEdiciones

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras Prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.dericiones.com

Derecho de Construcción: Análisis Dogmático y Práctico

© Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y
Sociedad Chilena de Derecho de Construcción

2017 DER EDICIONES LIMITADA

Santa Magdalena 10, oficina 26, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 906 00 02

www.dericiones.com

Registro de Propiedad Intelectual: N° 283261

ISBN: 978-956-9959-06-6

Primera edición, septiembre de 2017 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

Derecho de Construcción:
Análisis Dogmático y Práctico

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA PRIVADA: EL ROL DE LAS ACLARACIONES Y RESPUESTAS A CONSULTAS, ALEX WAGEMANN FARFAN- ELINA MEREMINSKAYA	7
1.1. Introducción	8
1.2. Marco regulatorio.....	9
1.3. Contextualización del problema	12
1.4. Desarrollo y análisis del problema.....	14
1.5. Conclusiones	23
2. CARGAS DE COLABORACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO.....	25
2.1. Introducción	26
2.2. El contexto de las cargas de colaboración en el contrato de construcción.....	27
2.3. Derechos y cargas de colaboración de las partes en el contrato de construcción.....	35
2.4. La distribución de riesgos en el contrato y la recíproca colaboración	39
2.5. Conclusiones	44
3. EL USO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN: UTILIDAD, PROBLEMAS Y SOLUCIONES, JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS	47
3.1. Introducción	48

3.2.	Generalidades: origen y utilidad de las cláusulas escalonadas	49
3.3.	Problemas de las cláusulas escalonadas: su obligatoriedad y ejecutabilidad.	53
3.4.	Efectos del incumplimiento de las cláusulas escalonadas obligatorias	61
3.5.	Conclusiones: Recomendaciones sobre cómo deben redactarse las cláusulas escalonadas	68
4.	¿ES EL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES UN REAL EJEMPLO DE “DISPUTE BOARDS” EN CHILE?, MARCELA RADOVIC CÓRDOVA	73
4.1.	Introducción	74
4.2.	Contratos de Construcción y la necesidad de implementar <i>Dispute Boards</i> en Chile	74
4.3.	¿Es el Panel Técnico de Concesiones una expresión de los “ <i>Dispute Boards</i> ” en Chile?	79
4.4.	Conclusión	87
5.	EL PROGRAMA DE TRABAJO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, HERNÁN FLEISCHMANN CHADWICK - JUAN IGNACIO LEÓN LIRA.....	93
5.1.	Algunas generalidades sobre el contrato de construcción.....	94
5.2.	El programa de trabajo como mecanismo de control y como fuente de obligaciones para las partes.....	98
5.3.	Al contratista le asiste el derecho a ser íntegramente compensado cuando el mandante ha actuado interfiriendo con el programa de trabajos.....	105
5.4.	Las alteraciones provocadas por el mandante al programa de trabajo contractual dan derecho al contratista a ser compensado, entre otros, por los menores rendimientos de la mano de obra directa y de los equipos y maquinarias	108
5.5.	Conclusión	114
6.	DESARROLLO DE UN PROYECTO, ALAN FRASER FRITIS	117
6.1.	Objetivos	118
6.2.	Programación de actividades	119
6.3.	Inicio de un proyecto.....	119
6.4.	Etapas de un proyecto	121
6.5.	Etapas de desarrollo de un proyecto	122
6.6.	Potenciales áreas de conflicto	123
6.7.	Control de costos.....	124
6.8.	Caso real.....	130

7. “CONCURRENT DELAY”: TIEMPO Y DINERO, JANE DAVIES-EVANS	135
7.1. Introduction	136
7.2. The UK Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol Approach to ‘Concurrent Delay’	137
7.3. Conclusion	161
8. DEMORA CONCURRENTENTE: PROPUESTA DE SOLUCIÓN A UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA, JOSÉ ANDRÉS LAMA BUSTINZA	163
8.1. Introducción	164
8.2. Marco conceptual	167
8.3. La demora concurrente en la experiencia internacional.....	169
8.4. Conclusiones	213
9. LA FUERZA MAYOR EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN, VÍCTOR RÍOS SALAS	215
9.1. Antecedentes generales	216
9.2. La fuerza mayor en el contexto del contrato de construcción.....	219
9.3. Conclusiones	227
10. DEBER DE INDEMNIZAR POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS EN CASO DE PLURALIDAD DE DEMANDADOS. A PROPÓSITO DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE 20 DE ABRIL DE 2016 Y DE 28 DE ABRIL DE 2017, HERNÁN CORRAL TALCIANI.....	231
10.1. Planteamiento general	231
10.2. Primera alternativa de solución: responsabilidad solidaria.....	237
10.3. Segunda Alternativa: Obligación Simplemente Conjunta	246
10.4. Una tercera alternativa: obligaciones concurrentes o <i>in solidum</i>	248
10.5. ¿Cómo debiera sentenciar el juez en caso de obligaciones no solidarias pero concurrentes?	253
10.6. La solución de los fallos de Corte Suprema de 20 de abril de 2016 y 28 de abril de 2017.....	254
11. ASPECTOS GENERALES DE LOS CONVENIOS MANDATOS EN OBRAS PÚBLICAS, JUAN CARLOS FLORES RIVAS.....	261
11.1. Introducción	262
11.2. Los convenios mandatos en la contratación pública.....	262
11.3. Conclusiones	275
BIBLIOGRAFÍA	277

INTRODUCCIÓN

Esta obra nace del esfuerzo conjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de la Sociedad Chilena de Temas de Derecho de Construcción, en el marco del curso impartido sobre especialización en derecho de construcción, ya en su tercera versión, que ha reunido a un grupo destacado de profesores y profesionales que se desempeñan en la industria de la construcción.

Mediante esta publicación hemos perseguido contribuir con un aporte al desarrollo del derecho de construcción en Chile, disciplina poco tratada en nuestro país y cuya regulación no se encuentra acorde con los estándares internacionales, en beneficio no solo de la comunidad jurídica, sino, también, de todos los actores que se desempeñan en el área de la construcción, analizando, en particular, tanto de la perspectiva de nuestro derecho interno como de algunas experiencias en el derecho comparado, diversos temas específicos de relevante interés práctico que, usualmente, se presentan frente a desarrollo de los proyectos de obra.

En primer lugar, los profesores Alex WAGEMANN FARFAN y Elina MEREMINSKAYA analizan la formación del consentimiento en el contrato de construcción de obra privada y el rol que cumplen las aclaraciones y respuestas a consultas durante el proceso de contratación o licitación; explican que constituyen una oportunidad relevante para distribuir adecuadamente los riesgos del contrato, creando los fundamentos para la administración eficiente del proyecto; agregan que las aclaraciones y respuestas a consultas forman parte integrante de la licitación, etapa que constituye una invitación a contratar, que emite el mandante, y que es respondida por el contratista interesado a través de una oferta; concluyen que, si el texto

final del contrato omite referirse a las aclaraciones y respuestas a consultas como parte integrante del mismo, ello no puede tener la consecuencia de eliminar su contenido del consentimiento originalmente logrado.

Luego, la profesora María Sara RODRÍGUEZ PINTO trata las cargas de colaboración y distribución de los riesgos en el contrato de construcción, a partir de establecer el carácter colaborativo o relacional del mismo, entendiendo que la colaboración es una carga de cada una de las partes en el contrato, que tiene su fuente en la convención o la ley. Cada obligación (imperativo absoluto del deudor) tiene un derecho correlativo, cuya eficacia depende de la colaboración de la otra parte en el contrato (imperativo condicional del acreedor). La omisión o incumplimiento de cargas de colaboración podría modificar la distribución convencional o legal de los riesgos en el contrato, afectando la eficacia del interés de cada una de las partes; concluye, en todo caso, que: “Los contratistas son conscientes de que “el marco contractual no garantiza el éxito de un proyecto”; y que “los problemas para clientes inexpertos no mejoran con las formas contractuales más recientes”.

Enseguida, el profesor Juan Eduardo FIGUEROA VALDÉS se ocupa del uso de las cláusulas escalonadas de solución alternativa de conflictos en los contratos de construcción: utilidad, problemas y soluciones. Se trata de un tema de inminente interés práctico, ya que permite que las diferencias o conflictos que se susciten entre las partes puedan ser resueltos a medida que se van presentando, para evitar que escalen y retrasen el proyecto, por lo cual las cláusulas escalonadas cumplen un rol fundamental, ya sea a través de la mediación, de un *dispute boards* o de cualquier método de negociación extra arbitral, en forma previa a un juicio o un arbitraje. Se analizan, en particular, ciertos problemas que se presentan en cuanto a su obligatoriedad, ejecutabilidad y las consecuencias de su incumplimiento; concluye destacando la importancia que reviste la forma de cómo debe redactarse este tipo de cláusulas y formulando algunas recomendaciones para hacerlas más eficaces.

Luego, la profesora Marcela RADOVIC CÓRDOVA se refiere a si el panel técnico de concesiones, creado por la Ley 20.410, es un real ejemplo de *Dispute Boards* en Chile, para lo cual se contrastan ambos mecanismos en relación con aquellos aspectos clave que le han permitido a los *Dispute Boards* erigirse como el mecanismo más efectivo en materia de prevención y resolución temprana de disputas en contratos de construcción, a nivel internacional; la autora postula que el Panel Técnico de Concesiones

aparece como un claro avance en el camino para la implementación de los *Dispute Boards* en Chile, sin embargo, también expresa que queda de manifiesto la necesidad de modificar ciertos aspectos en los que el Panel Técnico de Concesiones parece alejarse de la figura de los *Dispute Boards* y que han sido precisamente aquellos que le han impedido, hasta ahora, ejercer una mayor y más efectiva influencia en los actores del sector de las concesiones, para poder proteger de manera más efectiva a los proyectos de los nocivos impactos derivados de los altos niveles de conflictividad que actualmente presentan.

Por su parte, los profesores Hernán FLEISCHMANN CHADWICK y Juan Ignacio LEÓN LIRA estudian la importancia del programa de trabajo como fuente de obligaciones en el contrato de construcción; postulan que constituye el instrumento utilizado por excelencia para controlar la ejecución del contrato de construcción, reportándole, para estos efectos, herramientas no solo al contratista, sino que también al mandante. Ello resulta particularmente relevante en un contrato de ejecución diferida en el tiempo y cuyo objeto es complejo, como ciertamente lo es el de construcción; concluyen que el incumplimiento de obligaciones plasmadas en el programa de trabajo por parte del mandante supone -en tanto alteración de lo planificado- el reconocimiento del derecho del contratista para ser íntegramente compensado de todo daño derivado de tal infracción.

Dentro de la misma línea, a continuación, el profesor Alan FRASER FRITIS, desde una perspectiva empírica de un proyecto minero, mirado de cómo deben administrarse los contratos de construcción, analiza las variables de control de costos y programación, las que, generalmente, en la ejecución de los servicios, son las más expuestas a visibilidad, obviamente, ya que están los costos y los plazos de entrega del proyecto construido para que entre en operación. Explica este autor, en particular, que la programación de las obras es la asignación de todas las actividades para la ejecución de un proyecto, las que tienen una secuencia con una lógica para la ingeniería, compras de equipos y materiales y construcción y montaje. Estas actividades están asociadas a horas de trabajo de personal de las diferentes empresas involucradas en el proyecto. Por su parte, también se ocupa de los alcances del Control de Costos en un proyecto, que regula los cobros y pagos que, generalmente, son generados mensualmente.

A continuación, la obra contiene dos interesantes trabajos referidos a la misma temática, en primer lugar “*concurrent delay: time and*

money, de la destacada abogada inglesa, con amplia experiencia en arbitrajes internacionales de construcción Jane DAVIES-EVANS y, en seguida, el artículo “*Demora Concurrente: Propuesta de Solución a una Responsabilidad Compartida*”, del distinguido abogado del Perú, José Andrés LAMA BUSTINZA, quien se ha abocado especialmente al estudio de este importante tema, que da lugar a conflictos usuales en el desarrollo en los proyectos de construcción. Tratándose del primero de ellos, resulta interesante la experiencia inglesa, a partir de la formulación del protocolo preparado por la Sociedad Inglesa de Derecho de Construcción, denominado “*protocol of concurrent delay and disruptions*”; la autora explica que, a pesar de ser las demoras concurrentes un tema de amplio debate en el derecho de la construcción, conforme a su experiencia -al menos, en los arbitrajes internacionales- es un factor de uso escaso por los tribunales arbitrales al pronunciarse sobre extensiones de plazo reclamadas por contratistas; y tratándose de los reclamos del constructor por pagos adicionales por ampliación de plazos, la práctica de muchos tribunales arbitrales ha sido focalizarse en la causa dominante del retraso crítico y, si ésta no se puede identificar, la forma de distribuir las responsabilidades entre las partes.

Ahora bien, tratándose del trabajo del profesor LAMA sobre la misma materia, a partir de la experiencia desarrollada por el derecho inglés, escocés y norteamericano, acudiendo a la doctrina internacional, postula la aplicación de las demoras concurrentes a un sistema de derecho civil, como es el del Perú, en que el tema no se encuentra expresamente regulado por la legislación del país. Para los efectos indicados, considera inicialmente el uso del método de ruta crítica, para luego examinar el nivel de influencia de ambos eventos concurrentes en lo que se refiere a la aplicación del evento dominante, para, por último, pasar a un análisis de responsabilidad, partiendo del nivel de influencia de los eventos o a partir del factor subjetivo de responsabilidad de cada uno de los actores.

Por su parte, el profesor Víctor RÍOS SALAS trata la fuerza mayor en los contratos de construcción de obras públicas y obras privadas, tema también de mucho interés práctico y, tal como expresa el autor, no solo como alegación de eximente de responsabilidad, sino igualmente, y muy especialmente, interesa determinar los efectos de dicha fuerza mayor en el plazo del contrato de construcción y quién es la parte llamada a responder del pago de los consecuentes gastos generales y sobre costos directos por mayor

permanencia en la obra, lo que debe ser analizado a partir de la teoría de los riesgos y experiencias prácticas.

Luego, el profesor Hernán CORRAL TALCIANI se aboca al estudio de las obligaciones concurrentes o *in-solidum* en la responsabilidad civil en la construcción, tema que ha cobrado especial importancia, a partir del reconocimiento del mismo que ha hecho la Excm. Corte Suprema de Chile en las sentencias, en forma reciente. El autor explica que se trata de determinar cómo deben ser condenados a indemnizar cuando hay varios agentes responsables que han intervenido en la realización de la obra, para lo cual propone no solo la forma tradicional, esto es, en forma solidaria o simplemente conjunta, sino también una tercera forma: las obligaciones concurrentes o *in solidum*, que estima debieran ser preferidas, tanto sobre la solidaridad como la mancomunidad.

Por último, el profesor Juan Carlos FLORES RIVAS se refiere a los convenios mandatos o convenios interadministrativos que celebran, conforme a la Ley N° 18.091, dos o más órganos de la Administración del Estado para el diseño, financiamiento y licitación de una obra pública al interior de la Administración, que luego es licitada y adjudicada a un privado por la vía de un contrato de construcción de obra pública o por la concesión de una obra pública, tópico que, asimismo, resulta de especial interés por el uso frecuente que representa esta figura, y los problemas que resultan de su aplicación; es así como analiza, en particular, entre otras cosas, el régimen de responsabilidad entre los entes públicos suscriptores del convenio y el régimen de responsabilidad hacia los contratistas privados.

En suma, se trata de una obra colectiva en que se estudian diversas temáticas que resultan de mucho interés, no solo dogmático, sino especialmente práctico para todos los profesionales que se desempeñan en la industria de la construcción, que esperamos sirva de incentivo para poder seguir profundizando en la disciplina del Derecho de Construcción en nuestro país.

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

Profesor de Derecho

Universidad de los Andes

Vice-Presidente

Sociedad Chilena de Derecho de Construcción.