

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**

Resumen

Uno de los temas que se presentan en forma recurrente en los conflictos relacionados a contratos de construcción, dice relación con el valor que

* Abogado de la Universidad de Chile con estudios de Magíster en Derecho en la misma Universidad. Diplomado en las Escuelas de Ingeniería Industrial de la Universidad de Santiago y de la Universidad de Chile. Cuenta con 20 años de experiencia en Derecho de la Construcción. Desde el año 2012 imparte clases para diversos Diplomados y en el Magíster en Administración de la Construcción, todos pertenecientes a la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Consejero Nacional y Presidente del Grupo de Trabajo de Relaciones Contractuales en la Cámara Chilena de la Construcción a partir del año 2012. Actualmente es Director de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción, socio principal en Wagemann y Cía. y ha colaborado, además, en el grupo de International Construction Law de la IBA.

** Abogada de la Universidad Federal Báltica de Immanuel Kant, Rusia. Magíster y Doctora en Derecho de la Georg-August Universität de Göttingen, Alemania. Profesora de cursos de derecho internacional privado y arbitraje internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, trabajó en la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) y en el grupo de Litigios y Arbitraje del estudio Bofill Mir & Álvarez Jana. Actualmente, se desempeña en Wagemann y Cía.-Abogados e Ingenieros, un estudio boutique especializado en el derecho de la construcción. Árbitro del CAM Santiago y de la Cámara de Comercio de Lima. En el marco del ITA, asimismo, es Co-Managing Editor del ITA Board of Reporters para KluwerArbitration.com.

las partes le asignan a la información entregada por el propietario al contratista oferente durante el proceso de contratación o licitación. En general, todo proceso de contratación de una obra de construcción cuenta con la etapa en la cual el mandante o propietario entrega bases o términos de referencia que los potenciales proponentes estudian durante un periodo antes de hacer su propuesta. Debido a la complejidad que usualmente importa este tipo de servicios, se abre una instancia intermedia en donde los potenciales proponentes tienen la opción de formular sus preguntas. Éstas son respondidas por el mandante antes de que los proponentes formulen sus respectivas ofertas.

Este artículo analiza el carácter vinculante de las llamadas aclaraciones y respuestas a consultas y su rol en la formación del consentimiento. En particular, indaga en las situaciones en las cuales las partes, con posterioridad a la emisión de las aclaraciones y consultas, firman un contrato que no las incluye como un documento integrante del mismo. Se plantea que es necesario distinguir entre el documento propiamente tal y su contenido; que resulta irrelevante si el documento es o no identificado como uno de aquellos integrantes del contrato, en la medida que la información contenida en el mismo haya tenido incidencia para la formación del consentimiento. Finalmente, el artículo concluye con algunas sugerencias de buenas prácticas tendientes a reducir la inseguridad jurídica frente a el uso de las aclaraciones y respuestas a consultas.

1.1. Introducción

Una de las discusiones que se ha ido presentando con mayor frecuencia en la práctica de los abogados y especialistas dedicados a los proyectos de infraestructura, consiste en la determinación del valor contractual de la información entregada por el propietario o mandante al contratista o proveedor oferente, durante el proceso de licitación. La problemática surge, en particular, con respecto a aquella información entregada por medio de las instancias de aclaraciones y de respuestas a consultas (en adelante, "AyRC") y su valor como una fuente generadora de obligaciones.

En efecto, mientras que, por una parte, se espera que dichos antecedentes sean analizados por los proponentes y reflejados en sus respectivas propuestas, se ha vuelto más frecuente que, al momento de formalizar la relación contractual, los documentos que contienen la información de esta

instancia, no sean incluidos como documentos integrantes del contrato finalmente suscrito.

Posteriormente, al momento de surgir una controversia, sea durante el proyecto de construcción o a su término, ocurre que mayormente el contratista o proveedor quiere invocar aspectos tratados en AyRC, pero se encuentra con la negativa de la parte contraria.

El presente trabajo concluye que la información entregada en la etapa de AyRC por el propietario es esencial para la formación del consentimiento entre las partes. Asimismo, sostiene que dichos antecedentes no deben confundirse con el instrumento que contiene la AyRC. Más bien, se hace necesario distinguir entre el contenido (antecedentes) y el continente (documento que los refleja), entendiendo que el contenido, aun cuando no aparezca en la versión final del contrato, debe ser respetado. Por lo tanto, cuenta con un valor contractual, cuya fuerza surge del contrato mismo y se sustenta tanto en la ley, como también en algunos principios generales del Derecho.

1.2. Marco regulatorio

Los contratos de ejecución de obra de propiedad privada se regulan por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, donde este tipo de convención recibe un tratamiento muy sucinto, primando finalmente las normas generales con respecto a la formación del consentimiento, modificaciones, régimen de responsabilidad y sus causales de terminación, entre otros.¹ Consecuencia inmediata de ello es que, en nuestro sistema jurídico, el contenido normativo detallado del contrato de construcción no se encuentra dado por la ley, como ocurre en el contrato de compraventa o de arrendamiento, sino que se basa esencialmente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes acordar libremente lo que deseen. Dicho acuerdo tiene, según expresa el artículo 1545 del Código Civil chileno, fuerza de ley para los contratantes, y no puede ser dejado sin efecto sino por mutuo acuerdo o por causas legales.

En efecto, el principio de autonomía de la voluntad que informa la regulación de estos contratos, les permite a las partes diseñar también el

¹ MOLINA ZALDÍVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor, *Derecho de la Construcción*, O'Print Impresores, Santiago, 2016, p. 63.

proceso de la formación del consentimiento. Así, el sector privado cuenta con prácticas que, si bien, no se encuentran legalmente estandarizadas, son relativamente uniformes. En general, todo proceso de contratación de una obra de construcción cuenta con un proceso en donde el mandante o propietario hace entrega de bases o términos de referencia que los potenciales proponentes estudian durante un periodo antes de hacer su propuesta. Si el mandante nota la necesidad de complementar la información entregada o rectificar información errónea, antes de la entrega de las respectivas ofertas por los proponentes, genera una "aclaración". Asimismo, debido a la complejidad que usualmente importa este tipo de servicios, se abre una instancia intermedia en donde los potenciales proponentes tienen la opción de formular sus preguntas. Éstas son respondidas por el mandante mediante el proceso denominado de "respuestas a consultas". Ambas instancias, aclaraciones y respuestas a consultas ocurren, en la mayoría de los casos, antes de que los proponentes formulen sus respectivas ofertas.

No obstante, sobre este punto es también importante hacer presente que, tras la primera oferta del contratista o proveedor, es posible que haya un proceso de clarificación de la misma, solicitada por el propietario, hasta llegar a una oferta final. A este respecto y, para efectos del presente trabajo, nos centraremos en la información que ha sido proporcionada por el mandante durante el proceso de licitación y de manera previa a la presentación de la oferta final del contratista.

Por su parte, la construcción de obra pública en nuestro país cuenta con una historia y características bien definidas², historia que, a partir de la dictación del decreto con fuerza de ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, del año 1991³, y sus modificaciones posteriores, ha generado un

2 A modo de reseña: "Las normas que regulan los procedimientos administrativos, mediante los cuales se regulan licitaciones de obras públicas, son básicamente el Decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el "Reglamento para Contratos de Obras Públicas"; el Decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprobó las "Bases Reglamentarias de Contratación para los Servicios de Vivienda y Urbanización"; y la Ley N° 19.886, Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su reglamento". MOLINA ZALDÍVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor, *Derecho de la Construcción*, op. cit., p. 64.

3 Decreto con Fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, del año 1991, que fija las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión.

escenario normativo e institucional relativamente estable en lo que respecta a los procesos de contratación de obras de construcción.

En efecto, desde la perspectiva de los procesos de contratación, la Ley N° 19.886, sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley de Compras Públicas) del año 2003, definió el marco general al que deben someterse los contratistas y proveedores del Estado que desarrollan obras de construcción. Una excepción la constituyen las obras contratadas por el Ministerio de Obras Públicas, que cuentan con una regulación especial, por ejemplo, el Decreto Supremo N° 75, aun cuando el día de hoy se están sometiendo de manera común a la Ley de Compras Públicas.

En lo referente a los procesos de contratación, rige el Capítulo III de la misma Ley de Compras Públicas, pero en éste no se precisa qué etapas debe tener dicho proceso. Sin embargo, el artículo 20 del Capítulo IV, relativo a compras y contrataciones por medios electrónicos y del sistema de información, señala: "*Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento*".

El Decreto Supremo N° 75, por su parte, no regula terminológicamente la instancia de aclaraciones como una etapa para recobrar información del mandante; más bien, las aclaraciones las emite el proponente. En correspondencia con ello, su artículo 85 establece que, una vez adjudicado el contrato, "*la autoridad correspondiente podrá solicitar por escrito a los proponentes, aclaraciones con respecto a sus propuestas. Estas no podrán alterar la esencia de la oferta o el precio de la misma, ni violar el principio de igualdad de los licitantes*". El artículo 89 del mismo decreto establece que formarán parte del contrato "*la oferta del contratista a quien se le adjudica el Contrato, y las aclaraciones solicitadas oficialmente por el MOP, durante el análisis de las ofertas*".

A pesar de lo expuesto, en la realidad, el Ministerio entrega información adicional y cuenta con etapas de consultas y respuestas, por lo cual

estas instancias existen, aun cuando, para su regulación, no sean utilizadas las mismas expresiones del sector privado.

No obstante, donde sí existe una diferencia es en la formación del consentimiento, puesto que, a diferencia del sector privado, donde los contratos de construcción son consensuales, los contratos de ejecución de una obra pública son solemnes, *“por lo que sí requiere para su celebración y modificación atenderse a los procedimientos y exigencias legales necesarias para dar validez a dichos contratos”*.⁴

Dada la poca regulación específica que caracteriza la construcción privada, el análisis de este trabajo se centra en ese ámbito. La necesidad de abordarlo se ve reforzada también por la importancia que, en términos estadísticos, tiene este tipo de construcción para el ámbito nacional.⁵

1.3. Contextualización del problema

Desde la perspectiva de la industria, la problemática se ejemplifica de la siguiente manera: *“La fase de licitación es muy importante para el resultado del contrato. Será en esta fase donde se elija la empresa que desarrollará los trabajos, pero también donde se fijen las condiciones para ello. La preparación de una oferta es un trabajo de alto costo y complejidad que requiere de tiempo y comprensión del asunto licitado. ... Las series de preguntas y respuestas y reuniones sobre el proyecto deberán ser las necesarias para un cabal entendimiento del trabajo a cotizar. Todo lo anterior, suponiendo que la documentación técnica y bases administrativas y especiales están claras y completas”*.⁶

Se afirma también que *“las aclaraciones del Dueño y series de preguntas y respuestas complementan las obligaciones de las partes y deberían*

4 MOLINA ZALDIVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor, *Derecho de la Construcción*, op. cit., p. 64.

5 Así, según la información de la Cámara Chilena de la Construcción, la inversión en construcción de infraestructura privada alcanzó en el año 2016, US 6.877 millones, a los que se suman 95,6 miles de viviendas vendidas ese año. JAVIER HURTADO C., *“Situación del sector construcción y perspectivas”*, octubre 2016, <https://www.ccs.cl/eventos/2016/doc/1025-CCHC.pdf>.

6 BACIGALUPO M., Dante, *“Diagnóstico de la Relación Mandante Contratista. Efectos de la Situación Actual”*, Corporación de Desarrollo Tecnológico, Cámara Chilena de la Construcción, 2006, p. 13, <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/18808.pdf>.

prevalecer sobre las bases del contrato en aquellas materias específicas que tratan”.⁷

Por su parte, la etapa de la contratación en la construcción ha sido objeto de estudios también desde una perspectiva psicológica.⁸ Dichos estudios arrojan que, para la prevención de disputas características para la industria, se requiere mejorar las comunicaciones entre las partes, en el entendido que un proceso de contratación que permita una comunicación cercana entre las partes (siendo la negociación directa su máxima expresión) hace menos probable el surgimiento de conflictos, en comparación con la contratación a través de un llamado público a propuesta (nos referimos con esto a una invitación general desarrollada por una empresa del sector privado, no limitada a un cierto número de oferentes y no a una propuesta del sector público). Así, desde la perspectiva comunicacional, sería necesario mejorar los significados de las comunicaciones empleadas en la etapa de formación del consentimiento.

En sintonía con lo anterior, desde la perspectiva de la administración de riesgos, estudios internacionales permiten formular las siguientes pautas: los contratos deben permitir la asignación de riesgos específicos identificados entre las partes; deben incluir incentivos para el control y gestión de riesgos; y los riesgos debieran asignarse solo a las partes que están en mejor situación de controlarlos y/o hacer frente a sus efectos.⁹

Lo anterior significa que el mandante es quien debería entregar mayor información sobre los riesgos del proyecto *“de modo de hacer más expedito el proceso de licitación y asegurar que todos los licitantes tengan una información similar. [...] El no atenderse a ese esquema de distribución de riesgos tiene serias falencias. Así, cuando son asignados sin consulta y acuerdo, la parte que tiene que asumir los riesgos que están fuera de su control, usualmente está muy sub-capitalizada en relación al tamaño de los riesgos. Frente a esa contingencia, muchas veces se verá obligada*

7 BACIGALUPO M., Dante, *Ibíd.*, p. 14.

8 EILENBERG, Ian M., “Escenario Psicológico y Contractual para una Oferta Exitosa”, *Revista Ingeniería de Construcción*, Vol: 15 N° 1, 2000, pp. 36-41; incluye reseña de varios estudios atingentes.

9 BAJAJ, Deepak, “Estrategias de Gestión orientados al manejo de riesgos al inicio y en la implementación de proyectos complejos”, *Revista Ingeniería de Construcción*, Vol. 17 N° 3, 2011, pp. 124-131.

a adoptar estrategias que varían entre la imposición de cargos de contingencia en forma explícita o a través de precios unitarios inflados, y una judicialización del conflicto (o su sumisión al arbitraje), aunque no siempre esté justificado".¹⁰ En ese sentido, resulta importante la comunicación clara en la etapa de la negociación del contrato, optando algunas de las más importantes compañías por la licitación negociada en lugar de la licitación competitiva, puesto que la primera permite incorporar "una discusión abierta, la que debiera ser utilizada por cada parte para identificar los riesgos".¹¹

Para resumir, la necesidad de determinar el rol de las AyRC se hace evidente al considerar la importancia que tiene la etapa de licitación y formación del consentimiento para un exitoso desarrollo del proyecto, la seguridad jurídica y la prevención de disputas.

1.4. Desarrollo y análisis del problema

A) Formación del consentimiento

Según hemos visto previamente, la negociación de un contrato de ejecución de obra conlleva varias etapas y corresponde a un proceso de contratación dinámico, siendo el contrato, en cambio, "una simbología estática" de los acuerdos alcanzados.¹² Sin embargo, los artículos 97 a 108 del Código de Comercio, que regulan la formación del consentimiento en el ordenamiento jurídico chileno (con la excepción que ya hemos hecho sobre el sector público), no se refieren a una negociación de esas características, siendo necesario operar con conceptos más simples, pero que se encuentran definidos, como son la oferta y la aceptación.¹³

10 BAJAJ, Deepak, *Ibid.*, pp. 124-131.

11 BAJAJ, Deepak, *Ibid.*, pp. 124-131.

12 MONTERO IGLESIAS, Marcelo, "Notas sobre el impacto de la formación del consentimiento en la interpretación del contrato", *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 115-130, p. 120.

13 VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 63: "De las citadas disposiciones se desprende, en primer término, que para la formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales se requiere la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación".

Como primer paso hacia la celebración del contrato de construcción, figura la emisión de las bases de licitación. Al publicar las bases para la licitación, el propietario y futuro mandante realiza una invitación a hacer oferta. La oferta propiamente tal, en cambio, es emitida por el contratista o proveedor.¹⁴ La licitación constituye un claro ejemplo de una invitación a hacer oferta y se diferencia de esta última, dado que por sí sola no contiene las condiciones completas de una oferta; por ejemplo, no indica el precio.¹⁵

Para llegar a formular una oferta precisa, y tratándose de materias sumamente técnicas y complejas, el contratista o proveedor requiere contar con la mayor cantidad de información posible acerca del proyecto. Es justamente en esta etapa, previa a la formulación de la oferta, donde suelen emitirse las aclaraciones por parte del mandante, como también los potenciales oferentes pueden formular sus consultas y recibir las respuestas de parte del propietario.

Una vez presentadas las propuestas de los distintos contratistas, éstas son evaluadas por el mandante o por quien éste designe en su nombre. De acuerdo a los resultados de la evaluación, el proyecto se adjudicará a un determinado contratista o proveedor, usualmente a través de una comunicación por escrito.

Al respecto, recordemos que, de acuerdo al artículo 101 del Código de Comercio, el contrato se perfecciona en el momento en que se dé una contestación pura y simple a la propuesta.¹⁶ Se estima que, para que se forme el consentimiento, la oferta debe ser seria y completa, lo que se da "cuando se formula en términos tales que basta con la simple aquiescencia de la persona a quien la oferta se ha dirigido para que la convención propuesta

14 MOLINA ZALDIVAR, Carlos y RÍOS SALAS, Víctor, *Derecho de la Construcción*, op. cit., p. 97.

15 SEGURA RIVEIRO, Francisco, "Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación", *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 23-60, p. 49.

16 La situación puede ser distinta en el caso de contratos solemnes, donde, en palabras de la Corte Suprema, citando la doctrina, "al existir un consentimiento formado pero ineficaz para perfeccionar el contrato, subsiste el derecho de retracto para ambas partes, hasta el momento en que se cumpla la solemnidad o haga entrega de la cosa, pero la parte que se desiste podrá incurrir en responsabilidad precontractual por los daños y perjuicios que dicho retracto causa al otro pre-contratante". Rol N° 3647-2012, 31 de agosto de 2012.

se perfeccione".¹⁷ Así, en la medida que la propuesta del contratista contiene la información requerida por las bases de licitación, claramente corresponde a una oferta completa, y, por cierto, considerando el esfuerzo que requiere su preparación, constituye una propuesta seria. De esta manera resulta forzoso concluir que, cuando se emite la comunicación de adjudicación del proyecto, el mandante acepta la oferta del contratista, con lo cual el contrato se perfecciona.¹⁸

De hecho, si se trata de un contrato nominado, bastaría que la oferta contuviera los elementos esenciales del contrato propuesto.¹⁹ Desde el derecho romano se estima que el encargo de ejecución de obra puede dar lugar, alternativamente, a dos contratos típicos: (i) arrendamiento o (ii) compraventa, conforme se cumplan determinadas condiciones y circunstancias.²⁰

En derecho nacional, el artículo 1915 del Código Civil reconoce que el arrendamiento puede tener por objeto la ejecución de una obra, siendo el contrato para la confección de una obra material aquel en que las partes

17 VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, op. cit., p. 64: "De las citadas disposiciones se desprende, en primer término, que para la formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales se requiere la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación".

18 Es particularmente relevante, en este punto, no confundir el nacimiento del contrato perfeccionado con la suscripción posterior del documento denominado "contrato", que debiera ser un reflejo escrito del acuerdo al que han llegado las partes mediante la aceptación de la oferta. En la industria de la construcción no es inusual que el contratista o proveedor ya haya avanzado de manera importante en la ejecución del servicio contratado, cuando recibe el documento de contrato para su firma, lo cual evidentemente no significa que el contrato no exista previamente desde el momento de la adjudicación de la oferta, oportunidad en que surge la responsabilidad contractual para ambas partes. Esta práctica de suscribir el documento de contrato una vez avanzadas las obras de construcción, trae en sí una multiplicidad de problemas, en particular, cuando dicho documento ya no refleja la realidad de la obra, o lo convenido por las partes al adjudicar la oferta.

19 VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, op. cit., p. 64: "De las citadas disposiciones se desprende, en primer término, que para la formación del consentimiento en los actos jurídicos bilaterales se requiere la concurrencia de dos actos sucesivos: la oferta y la aceptación".

20 SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., "Contrato para la confección de obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2, 2016, pp. 145-179, p. 147; PRADO PUGA, Arturo, "El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, 2014, pp. 765-783, pp. 765-767.

se obligan mutuamente, una a ejecutar una obra material y la otra a pagar por ella un precio determinado. Por su parte, el artículo 1996 del Código Civil hace una distinción entre el arrendamiento y la venta, dependiendo de quien aporta "*la materia principal*".

En el ámbito de la construcción, la principal interrogante dice relación con determinar si el inmueble podría ser considerado como "materia principal", existiendo buenas razones históricas y dogmáticas que permiten sostener que "*si el terreno en que se ha de levantar la construcción lo proporciona el mandante, el contrato constituye siempre arrendamiento, independientemente de quien aporte los materiales de construcción*".²¹

De esta manera, el contrato de construcción suele ser normalmente asimilable a un arrendamiento de servicios, aun cuando esta condición pudiera ser discutible o sujeta a reinterpretación en modalidades de contratación más complejas y que no consideran únicamente la construcción, como sería el caso de los contratos Llave en Mano (donde el contratista o proveedor desarrolla la ingeniería, proporciona los equipos y luego construye o instala) o bien, los contratos de concesión o BOOT (donde el contratista o proveedor financia, desarrolla, construye y opera, haciendo una transferencia final al mandante al concluir el periodo, lo que lleva a preguntarse la real similitud de esta figura con la del arrendatario, quien no cuenta con un título traslativo de dominio).

Sin embargo, y más allá de estas disquisiciones, ambos son contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y consensuales para los efectos del presente estudio. Por lo demás, sus elementos centrales también seguirán siendo el consentimiento, el objeto y la causa. En consecuencia, bajo el entendido de que el contrato de ejecución de obra, visto en sí mismo y sin servicios adicionales, se trataría de un contrato de arrendamiento, éste se reputará perfecto con el solo consentimiento de las partes una vez fijado el precio (renta) y la cosa objeto del arriendo.

De esta manera, concluimos que, como regla general, un contrato de construcción se perfecciona a través de la comunicación de adjudicación del proyecto. Por lo tanto, cualquier negociación posterior en la que entren las partes para definir los términos del contrato que se firme, constituye una

21 SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., "Contrato para la confección de obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos", op. cit., pp. 152-154.

negociación para modificar el contrato previamente acordado. En la práctica y, como ya se ha visto, ocurre con frecuencia que las obras avancen sin que exista un documento firmado titulado "contrato". En ese escenario, la intención de las partes de ejecutar dicho contrato sigue siendo evidente y sus términos se rigen por la oferta del contratista -integrada por la información entregada durante la licitación, especialmente, las bases- vista en conjunto con la comunicación de adjudicación.

Por último, cabe señalar que, dentro de las posibilidades, puede ocurrir que las bases de licitación indiquen que el contrato no se considerará perfeccionado sino hasta la firma del mismo. En ese escenario, la carta de adjudicación del proyecto no podría ser considerada como aceptación, sino, más bien, debiera significar la apertura de una etapa adicional de negociación, donde el mandante podrá hacerle al contratista una contraoferta en los términos del artículo 102 del Código de Comercio, no existiendo contrato hasta que se aclaren todos los elementos en discusión. Sin embargo, esta conclusión podría verse modificada por los hechos de un caso en particular. Por ejemplo, si el mandante entrega el terreno y requiere al contratista iniciar la ejecución de las obras, podría deducirse que modificó la condición expresada previamente en las bases y aceptó la oferta del contratista.²²

B) El rol de las aclaraciones y respuestas a consultas en la formación del consentimiento

En este capítulo analizaremos la interrelación entre las AyRC -como parte de la información que predetermina el alcance de la oferta del contratista- y el texto del contrato escriturado que se celebra con posterioridad.

En primer lugar, en la gran mayoría de los casos el contrato hace referencia a los AyRC, por lo que su incorporación es normalmente pacífica en la industria. Así, la jurisprudencia ha señalado, aunque en el ámbito de

22 También puede ocurrir que, en la carta de aceptación, se anuncia la negociación de algunos aspectos pendientes de la oferta mientras el contratista inicia las obras. En este caso deberíamos entender que, en la medida que haya acuerdo sobre sus elementos esenciales, el contrato igualmente se perfecciona. Sin embargo, se abre un período de negociación paralelo, donde habrá un intercambio de oferta y contraoferta (artículo 102 del Código de Comercio), para complementar el acuerdo base ya alcanzado.

contratación pública, que: "*las obras aludidas se definieron en las bases administrativas generales, bases administrativas especiales, especificaciones técnicas, aclaraciones, respuestas a consultas y otras, todas las cuales conformaron los documentos de la licitación que forman parte del contrato*".²³ En otro caso se resolvió que: "*en la especie los interesados formularon consultas y pidieron aclaraciones al texto, sentido y alcance de las bases de licitación, cuyas respuestas pasaron a formar parte integrante de las mismas, quedando incorporada en su contenido aquella cláusula que facultaba a la Administración para poner término al contrato antes de su ejecución y que la obligaba a pagar un monto indemnizatorio previamente determinado*".²⁴

Sin embargo, ¿qué pasa cuando se omite la referencia a las AyRC dentro de los documentos integrantes del contrato?²⁵ Esta situación se torna más grave aún cuando el contratista recibe el documento de contrato para firmarlo y ya se encuentra ejecutando las obras.

Para responder a esa pregunta hay que entender que, más que los documentos mismos que recogen las AyRC, importa su *contenido*. En efecto, la información que contienen es relevante para comprender los aspectos técnicos de la obra, como también el alcance de las cláusulas de las bases de licitación. En otras palabras, la información que contienen las AyRC está intrínsecamente ligada con las bases de licitación y resulta predeterminante para la oferta del contratista. Así, no es irrelevante si en las AyRC se aclara que estimativamente los puntos a instalar son 10.000, resultando que en la realidad eran 1.500, o que la profundidad promedio de la perforación es de 500 metros y no de 100.

De conformidad con lo anterior, en el caso en que el contrato no hace referencia a las AyRC, hay que determinar, primero, si la información contenida en las AyRC eventualmente pudo haber sido transferida a algún

23 Corte Suprema, Rol N° 4886-2015, 4 de enero de 2016.

24 Corte Suprema, Rol N° 3261-2012, 8 de abril de 2013.

25 Es importante subrayar en este punto que la hipótesis de este trabajo es la *omisión* de las AyRC en el documento de contrato, no la *exclusión expresa* de las mismas, puesto que, en tal caso, si el contratista o proveedor está dispuesto a suscribir el contrato bajo estas condiciones, lo está haciendo en el ejercicio mismo de la autonomía de su voluntad, por lo cual no existe discusión alguna al efecto, salvo que el contratista o proveedor demuestre haber suscrito el documento bajo algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

documento integrante del contrato (por ejemplo, el contrato mismo, o una versión refundida de las bases). En este caso, la omisión de AyRC no tiene consecuencias, dado que su contenido igualmente pasa a integrar los términos del acuerdo entre las partes.

Por lo tanto, el problema ocurre *cuando la información no es transferida a otro de los documentos integrantes del contrato*. Sobre esta hipótesis, podría sostenerse a primera vista que cuando el contratista firma un contrato, cuyo texto omite la referencia a las AyRC, renuncia a que sean consideradas como parte integrante del contrato. La argumentación anterior parece incorrecta y algo simple. En efecto, las AyRC forman parte de la información entregada por el mandante y, con ello, ha sido información tenida en cuenta por el contratista a la hora de ofertar, por lo cual el descarte no resulta tan sencillo, en particular para el afectado.

Una postura opuesta sería que la omisión corresponde a un error de hecho, acorde al cual el contratista cree que contrató en las condiciones señaladas en las AyRC, mientras que el mandante presume que las AyRC no jugaron ningún papel relevante. De ello resultaría la aplicación del artículo 1454 del Código Civil, que señala, en lo pertinente: *“El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”*.

Haciendo el símil con el ejemplo del legislador, debería entenderse que el error de hecho viciaría el contrato de construcción si una de las partes pensara en contratar la construcción de un edificio de departamentos, mientras que el contratista ofertaba por un hospital. Sin embargo, tal confusión es altamente improbable en términos prácticos en esta industria. Más bien, lo usual es que las AyRC contengan información de detalle que -si bien puede tener impactos económicos significativos- su inclusión o exclusión no conllevaría un cambio de sustancia o calidad esencial distinta del proyecto. De esta manera, no existe un vicio del consentimiento.

Por lo anterior, el sustento para determinar la inclusión del contenido de las AyRC dentro del alcance del contrato, no se encuentra en una

disposición legal expresa, dado que la regulación legal para la construcción en esta materia es particularmente escasa. Más bien se desprende de las normas generales de formación del consentimiento, del principio de la buena fe contractual plasmada en el artículo 1546 del Código Civil, como también de algunos principios generales del Derecho, dentro de los cuales destacan la prohibición de actuar contra los actos propios y la reparación integral del daño causado.²⁶

Actualmente, se encuentra ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se pronuncia en torno al artículo 1546 del Código Civil que *“en dicha disposición se le ha reconocido a la buena fe su potencialidad jurígena, integrando las lagunas contractuales y legales y, sobre todo, creando especiales deberes de conducta para ambas partes de la relación contractual”*.²⁷ Por lo tanto *“la buena fe, al ser un principio general del derecho y en especial de la contratación civil, se debe considerar su aplicación en todo el iter contractual, desde la etapa de tratativas preliminares, la celebración del contrato, ejecución del mismo, interpretación contractual e inclusive el período postcontractual”*.²⁸

La Corte Suprema considera fundamental el rol de la buena fe objetiva, señalando que ésta *“cumple una verdadera función normativa, mutando en aquella buena fe que tiene el carácter y naturaleza de principio general del derecho, que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico y que acorde con ello, constituye uno de los principios rectores, equiparado al principio de equidad, legalidad, orden público, causalidad y seguridad jurídica”*.²⁹

Ilustrativa resulta también la siguiente opinión del máximo tribunal: *“Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte Suprema ha considerado a la buena fe, en su aspecto objetivo, como la conducta que puede esperarse de un hombre correcto, puesto que es un estándar de conducta,*

26 No estamos haciendo especial referencia a la autonomía de la voluntad, puesto que ella ya ha sido tratada en particular para el caso en que las partes acuerdan excluir las AyRC de manera expresa en el documento de contrato. No obstante, es naturalmente el principio rector en la contratación de la construcción.

27 BOETSCH GILLET, Cristián, “Manifestaciones de la Buena Fe en las diversas fases o etapas de la relación contractual”, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 137-156, p. 146.

28 Corte Suprema, Rol N° 1872-2010, 29 de diciembre de 2011.

29 Corte Suprema, Rol N° 527-2010, 21 de julio de 2011.

que al darle contenido es empleado como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad, honorabilidad, de no contradicción del comportamiento observado y o juego limpio, considerando, en su caso, la función económica que tienen los negocios jurídicos, que impone la cooperación, colaboración, asesoramiento e información entre las partes, comportándose de manera activa, pues le asiste la obligación de salvaguardar el interés de la otra parte”.³⁰

En línea con la jurisprudencia citada, un mandante que pretende desconocer la información que entregó a través de las AyRC, no se comporta de manera leal y colaborativa, sino, más bien, actúa alterando la seguridad de los negocios y el interés del contratista. De esta manera, su conducta no es consistente con el principio de la buena fe contractual.

La teoría de actos propios, por su parte, como una derivación del principio de la buena fe contractual, hoy en día encuentra un amplio reconocimiento. Se estima que “la imposibilidad de contrariar las conductas pasadas se deduce del principio general de derecho que obliga a los sujetos a actuar de buena fe, noción que se refiere a la existencia de una conducta leal, honesta, justa y coherente. Una de las facetas de la lealtad que implica el actuar de buena fe se refiere a la imposibilidad de un sujeto para realizar conductas contradictorias. Si un sujeto desarrolla una conducta, ello produce en los terceros que se relacionan con él la expectativa que dicha acción se repita en el futuro y si ello no ocurre se habrá quebrantado el deber de lealtad y consecuencia que importa el actuar de buena fe”.³¹

Finalmente, se encuentra el principio de reparación integral del daño. Cabe recordar al respecto que, en materia de construcción, se dispone de un fallo reciente de la Corte Suprema, en una obra pública, en la que se reconoce el derecho del contratista a ser indemnizado, aun por sobre disposiciones contractuales expresas, basado en este principio. El máximo tribunal sostuvo que “la necesidad de compensar económicamente al contratista en los contratos de obra pública bajo la modalidad a suma alzada cuando concurren determinados eventos, no implica que no rija el

30 Corte Suprema, Rol N° 3965-2011, 2 de mayo de 2012.

31 ALCAÍNO TORRES, Rodrigo “La responsabilidad por el acto propio y su incorporación en el derecho civil chileno”, *Temas de Derecho de la U. Gabriela Mistral*, N° 1 y 2, 2004, pp. 111-125, pp. 123-124.

principio de reparación integral de daño, con los límites a los perjuicios directos y previsibles establecidos en el artículo 1558 del Código Civil en materia de responsabilidad contractual”.³² Si bien, este principio no se encuentra relacionado con la formación del consentimiento propiamente tal, su premisa aporta a la interpretación contractual regulada en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil. Por ello, cuando existe una omisión de las AyRC y no encontramos una exclusión expresa en el documento de contrato, pero la información en ellas contenida fue relevante para definir el alcance del contrato, el mandante no debería poder excusarse con la ausencia que el mismo provocó. Lo anterior, considerando que, prácticamente en la totalidad de los casos de la industria, el contrato de construcción es confeccionado por el propietario.

Así, si en la opinión de la Corte Suprema el principio de la reparación integral del daño resulta aplicable a un caso de las características descritas (un contrato a suma alzada de ejecución de obra pública), sería, aun con mayor razón, aplicable frente a la omisión del contenido de las AyRC, en la medida que la parte afectada logre demostrar que ha sufrido un perjuicio producto de dicha omisión.

1.5. Conclusiones

El análisis anterior se enfocó en el perfeccionamiento del contrato de ejecución de obra en el sector privado, siendo posible llegar a las siguientes conclusiones:

- i. La etapa de licitación constituye una oportunidad relevante para distribuir adecuadamente los riesgos del contrato, creando los fundamentos para la administración eficiente del proyecto.
- ii. En ese contexto, las AyRC 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.
- iii. Por regla general, cuando el mandante emite una comunicación de adjudicación del proyecto, acepta la oferta, con lo cual el contrato se perfecciona.

32 Corte Suprema, Rol N° 33634-2015, 30 de agosto de 2016.

- iv. Las modificaciones posteriores que se hagan a los términos expresados en las bases o en las AyRC, constituyen un proceso de negociación tendiente a modificar el contrato previamente perfeccionado.
- v. Sin embargo, si el texto final del contrato omite referirse a las AyRC como parte integrante del mismo, ello no puede tener la consecuencia de eliminar su contenido del consentimiento originalmente logrado.
- vi. En este contexto, hay que diferenciar entre el documento mismo de aclaraciones y de respuestas a consultas, del contenido de ese documento. Si el documento es agregado o no a los documentos integrantes del contrato no tiene relevancia en la medida que la información contenida en el mismo tenga incidencia para la formación del consentimiento.
- vii. Cualquier intento de excluir las AyRC del alcance del contrato sería contrario al principio de la buena fe contractual y la prohibición de actuar contra los actos propios. Por su parte, la potencial indemnización de los posibles perjuicios que se sufran por ello, estaría fundamentalmente basada en el principio de reparación integral del daño.
- viii. Lo anterior no debe confundirse con el acuerdo expreso de eliminar las AyRC del contrato, caso en el cual las partes están haciendo un legítimo ejercicio de su autonomía contractual y el acto será entonces perfectamente válido, a menos que una de ellas demuestre que existe un vicio del consentimiento que anule dicho acuerdo.