

# La mayor onerosidad fortuita en el contrato de obra pública\*\*-\*\*\*

## Fortuitous Hardship in Public Construction Contracts

### RESUMEN

Este trabajo procura responder la pregunta acerca de qué parte del contrato de obra pública debe asumir la mayor onerosidad sobreviniente causada por un hecho fortuito. Para ese efecto es preciso determinar la modalidad específica de restauración del equilibrio perdido por ese evento, lo que obliga a distinguir si la normativa específica o el contrato han regulado un régimen de compensación de tales sobrecostos. En tal caso, como es obvio, deberá estarse a lo suscrito. Sin embargo, ante la omisión normativa o consensual sobre el particular, corresponde analizar la aplicación de la doctrina de la imprevisión. Al respecto, la jurisprudencia administrativa chilena ha rechazado la aplicación de la teoría de la imprevisión por falta de normas legales y reglamentarias que la prevean. Este trabajo es crítico de esa doctrina porque el silencio legal determina la vigencia directa de la norma constitucional sobre igualdad distributiva y, por tanto, del deber social de compensar cualquier desequilibrio económico inimputable al constructor.

### PALABRAS CLAVE

Onerosidad fortuita, contrato, obra pública, desequilibrio financiero.

\* Profesor investigador de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Cambridge (Inglaterra); abogado, licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Contacto: jarancibia@uandes.cl ORCID ID: 0000-0001-5495-5716.

\*\* Recibido el 6 de junio de 2021, aprobado el 31 de enero de 2023.

Para citar el artículo: Arancibia Mattar, J. *La mayor onerosidad fortuita en el contrato de obra pública*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 56, mayo-agosto de 2023, 335-362.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n56.12>

\*\*\* Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular n.º 1150634 (2015-2017), sobre “Revisión crítica y homologación de modelos estandarizados internacionales de contratos de construcción en el Derecho chileno público y privado”, en el que el autor es coinvestigador.

## ABSTRACT

This paper seeks to answer the question as to which party must assume the hardship caused by fortuitous events in public construction contracts. For this purpose, it is necessary to determine the mechanism for the restoration of the equilibrium lost due to this event, which makes it necessary to distinguish whether the specific regulations or the contract have regulated a compensation regime for such cost overruns. In such a case, as it is obvious, the contract must be followed. However, in the event of a normative or consensual omission on the matter, the doctrine of unforeseeability must be considered. In regard to this, Chilean administrative case law has rejected the application of that theory on the ground that it lacks statutory laws that provide for it. This paper is critical of that doctrine because such silence should be directly filled by the constitutional rule on distributive equality and, therefore, by the social duty to compensate any economic imbalance that cannot be imputed to the builder.

## KEYWORDS

Onerousness fortuitous, contract, public works, financial imbalance.

## SUMARIO

Introducción. 1. Mayor onerosidad fortuita en obra pública. 2. Mayor onerosidad regulada en la normativa específica o en el contrato. 2.1. Contrato a suma alzada, fija, forfataria o por presupuesto. 2.2. Suma alzada y regulación de hechos extraordinarios e imprevisibles en el Reglamento. 2.3. Suma alzada y distribución de riesgos. 2.4. Suma alzada y cláusulas revisoras de precio. 2.5. Contrato a serie de precios unitarios. 3. Mayor onerosidad no regulada en la normativa específica ni en el contrato. 3.1. Deberes compensatorios del Estado en hipótesis de onerosidad fortuita e imprevista. 3.2. Mecanismos de restauración del equilibrio contractual en hipótesis de onerosidad fortuita. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo procura responder la pregunta acerca de qué parte debe asumir la mayor onerosidad sobreviniente y fortuita en un contrato de obra pública, en especial, aquel regido en Chile por el Reglamento para Contratos de Obra Pública<sup>1</sup> (en adelante “el Reglamento”). En esta hipótesis, la sobrecarga

1 Decreto Supremo n.º 75, de Obras Públicas, de 2 de febrero de 2004. *Diario Oficial*, 1 de diciembre de 2004.

financiera es causada por un hecho o circunstancia extraordinaria o fuera de los límites extremos de lo esperado al momento de contratar (*extra consuetudinem*), y ajena al obrar de las partes (*vis extraria*). Distinguimos entre hecho y circunstancia porque la mayor onerosidad casual puede producirse respecto de hechos cuya ocurrencia es previsible, pero no así su magnitud, duración o efectos. En este sentido, el carácter fortuito del desequilibrio admite también una dimensión cuantitativa y temporal.

Dado que la asimetría prestacional es inimputable a las partes, el contratista no tiene la obligación de asumirla del todo sino solo como un contribuyente más. Así se asegura la justicia distributiva de cargas públicas<sup>2</sup>. De lo contrario, el contratista se vería injustamente gravado con una sobrecarga de interés público que debía ser soportada por todos los integrantes de la comunidad<sup>3</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el carácter fortuito del desequilibrio determina que la compensación deba ser siempre menor a la que corresponde en casos de responsabilidad culposa de la Administración. En concreto, solo debería cubrir el déficit, pérdida efectiva o daño emergente del constructor con el fin de restaurar las condiciones o bases originales de ejecución del contrato.

Sin embargo, un sector de la doctrina afirma que tal desequilibrio no produce una desigualdad ante las cargas públicas. Benavides, por ejemplo, sostiene dos argumentos: “la entidad contratante no se encuentra en una posición más sacrificada que otros contratistas u otros ciudadanos” y “el evento sobreviniente no proviene ni lícita ni ilícitamente de la entidad contratante”<sup>4</sup>.

No compartimos esta posición. En relación con el primer argumento, la desigualdad ante las cargas públicas no depende de si el alea extraordinario afecta también al resto de los sujetos de derecho, sino de si el mayor gravamen sufrido por el contratista debe ser soportado por todos. Si la respuesta es positiva, porque la superación del riesgo beneficia a todos, entonces el agente debe ser compensado. Con respecto al segundo, cabe precisar que la inimputabilidad del Estado no incide en la desigualdad sino en su arbitrariedad. Cuando el evento sobreviniente proviene del Estado, la desigualdad es arbitraria porque el contratista sufre de su mandante la expropiación de derechos adquiridos, la frustración de confianzas legítimas, el incumplimiento de obligaciones o el empobrecimiento sin causa. En cambio, cuando el alea

2 Cfr. Granillo Ocampo, R., *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990, 61; Flores Rivas, J. C. *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Santiago: Thomson Reuters, 2021, 236, 237 y 241.

3 De ahí que no compartimos la opinión doctrinal que funda la imprevisión de los contratos administrativos en la justicia conmutativa. Véase, por ejemplo, Barra, R. *La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública*. En *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile. 19/20, 1976, 334.

4 Benavides, J. L. *Incertidumbre sobre la jurisprudencia contractual sobre la imprevisión*. En *Economía Colombiana*, Contraloría General de la República. 332, 2011, 38-39.

es ajeno al obrar estatal la desigualdad es arbitraria simplemente porque el gravamen aleatorio debería ser soportado por todos.

Para efectos de determinar la modalidad precisa de restauración del equilibrio perdido, es necesario distinguir si la normativa específica o el contrato han regulado un régimen de compensación del sobre costo causado por hechos fortuitos. En tal caso, como es obvio, deberá estarse a lo suscrito. Sin embargo, ante la omisión normativa o consensual sobre el particular, corresponde analizar la aplicación de la doctrina de la imprevisión. Los acápites que estructuran este trabajo obedecen, precisamente, a esta distinción.

#### 1. MAYOR ONEROSIDAD FORTUITA EN OBRA PÚBLICA

Si bien el caso fortuito o fuerza mayor está definido en el Código Civil (art. 45), la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha identificado sus elementos en obra pública con ocasión de la pandemia originada por el virus Covid-19: “a) inimputabilidad del hecho, esto es, que provenga de una causa totalmente ajena a la voluntad del afectado, quien no debe haber contribuido en forma alguna a su ocurrencia; b) imprevisibilidad del hecho, es decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes[,] y c) irresistibilidad del hecho, vale decir, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal finalidad”<sup>5</sup>.

Es importante enfatizar que, para ser fortuito, el desequilibrio debe tener su origen en una contingencia inimputable a las partes y no en un acto administrativo que modifica el contrato en interés de la Administración ante hechos ajenos al obrar de las partes. En tal caso, el desequilibrio se produce más bien por *potestas variandi* “de interés público”. Jèze califica estas órdenes como “servidumbres excepcionales” ante hechos imprevistos, precisando que “no es éste exactamente el caso de la teoría de la imprevisión”<sup>6</sup>. Por lo mismo, una orden de colocar kilómetros de desagüe por debajo del nivel inferior de una mampostería, a fin de permitir la construcción de un acueducto ante el hallazgo imprevisible de napas de agua, fue calificada por el Consejo de Estado francés como hecho de la Administración<sup>7</sup>.

En relación con la dimensión cuantitativa y temporal del hecho fortuito o de sus efectos, la doctrina ha enfatizado su carácter transitorio<sup>8</sup>, pues si fuera permanente podría causar un déficit fiscal insostenible y alejado de las condiciones originales del contrato<sup>9</sup>. Sin embargo, el problema verdadero no

5 Dictamen de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) n.º 123.163 de 2021.

6 Jèze, G. *Principios generales del derecho administrativo*. T. V, *Teoría general de los contratos de la Administración*. 2.ª parte. Buenos Aires: De Palma, 1950, 40-41.

7 Consejo de Estado. Caso *Ville de Paris*. 3 de febrero de 1905, citado *ibid.*, 41, nota 59.

8 Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, cit., 161-164.

9 Benavides. *Incertidumbre sobre la jurisprudencia contractual sobre la imprevisión*, cit., 47.

estriba en la temporalidad del desequilibrio ni en la capacidad fiscal para financiarlo. De hecho, podrían existir desequilibrios permanentes y soportables financieramente, y otros temporales pero imposibles de sustentar desde el primer momento, lo que obliga a disponer el término compensado del contrato por razones de interés público. Lo relevante, a nuestro entender, es el grado de alteración de los términos originales del contrato a que obliga el hecho. Si la modificación requerida es sustancial, el Estado debería ponerle fin aunque cuente con recursos para financiarla, y relucitar las obras nuevas para respetar el principio de igualdad *ex post* de los oferentes<sup>10</sup>.

En materia de obras públicas, las circunstancias extraordinarias e imprevisibles pueden ser materiales o financieras. Las primeras obedecen a aspectos desconocidos del terreno o de la naturaleza circundante. Escola cita como ejemplo “haberse hallado, durante la excavación de los cimientos de un edificio, rocas duras cuya existencia no era dable esperar o capas profundas de poca consistencia, inadecuadas para fundar cimientos; o la aparición imprevista de napas de agua; o incluso obstáculos artificiales, como la existencia de canalizaciones antiguas no conocidas o señalizadas”<sup>11</sup>. La jurisprudencia estadounidense se refiere a las circunstancias no identificables mediante una inspección ordinaria, como el flujo artesiano de agua causado por presión hidrostática de una excavación cercana<sup>12</sup>, o la aparición de arcilla mojada producto de su contacto con arenas percoladas por corrientes de aguas subterráneas que la hacen resbalosa y, por tanto, afectan la pendiente de la excavación<sup>13</sup>. Podríamos incluir también el daño o destrucción de la obra por accidentes fortuitos.

Las contingencias financieras, por su parte, no se deben a variaciones inesperadas del terreno, sino a eventos que alteran notablemente los costos del contrato, como fenómenos inflacionarios o de carestía de insumos para la obra.

## 2. MAYOR ONEROSIDAD REGULADA EN LA NORMATIVA ESPECÍFICA O EN EL CONTRATO

La regulación normativa o contractual de la sobrecarga ruinosa causada por hechos sobrevinientes e inimputables es la solución óptima para asegurar certeza jurídica respecto de la cosa debida y del precio. Esta no es una hipótesis de imprevisión, debido a que los riesgos de sobre costo han sido, valga la redundancia, “previstos” por la normativa o por los contratantes.

10 Cfr. Arancibia Mattar, J. *La discriminación ex post de los oferentes de una licitación pública como infracción administrativa y de libre competencia*. En *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 11, n.º 3, 2021, 311-330.

11 Escola, H. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977, 249.

12 *Hall Constr. Co.*, A.S.B.C.A. No. 7627, 62 B.C.A. ff 3590 (1962).

13 *Paccon, Inc.*, A.S.B.C.A. No. 7643, 62 B.C.A. ff 3546 (1962).

En materia de contratos de construcción, las modalidades más utilizadas son el contrato a suma alzada y el contrato a precios unitarios.

### 2.1. Contrato a suma alzada, fija, forfataria o por presupuesto

En virtud de esta modalidad, el constructor se hace cargo de la sobrecarga económica causada por circunstancias fortuitas a cambio de un precio único fijado al momento de celebrar el contrato. Supone que el contratista asume el riesgo y ventura de mayores costos futuros porque ha estimado su valor y lo ha incluido en su oferta económica. La parte contratante, por su parte, asume el riesgo de pagar un sobreprecio por contingencias que tal vez no se concreten<sup>14</sup>.

Si bien esta definición de suma alzada es aplicable tanto a la construcción privada como pública, cabe precisar que su régimen jurídico varía según el principio fundamental subyacente a cada contrato. La suma alzada del contrato privado suele regirse por el principio *pacta sunt servanda*, propio de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de intereses entre las partes, de modo que la mayor onerosidad causada por circunstancias imprevistas no será compensada, salvo excepción legal o contractual en contrario.

En cambio, en el contrato administrativo, regido por el *rebus sic stantibus* para mantener la igualdad distributiva de bienes y cargas públicas<sup>15</sup>, la suma alzada supone necesariamente una compensación anticipada de riesgos que asegura el equilibrio prestacional como elemento esencial –no accidental o excepcional– del contrato. Por tanto, para que la suma alzada pública tenga la aptitud de impedir la aplicación del *rebus sic stantibus* una vez ocurrido el hecho fortuito, semejante riesgo debe estar expresamente incluido en la oferta económica del contratista administrativo. Solo así se entenderá que su ocurrencia no ha alterado el necesario equilibrio de las prestaciones. De lo contrario, prevalecerá la regla fundamental, esencial y constitucional de la igualdad distributiva, que exige la aplicación *ipso iure* de la doctrina de la imprevisión<sup>16</sup>. La misma lógica rige para los convenios complementarios o *ad referendum*, y para las cláusulas de renuncia de nuevas indemnizaciones<sup>17</sup> relativas a eventos imprevistos en el contrato original, que no impiden

14 Dictamen CGR n.º 4.579 de 1999.

15 Cfr. Arancibia Mattar, J. *Naturaleza y justicia de los contratos administrativos*. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Julio-diciembre, 2019, 27-53.

16 En igual sentido, García de Enterría, E. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En *Revista de Administración Pública*. 2, 1950, 105 y 108.

17 Flores Rivas, ob. cit., 259-266. Señala al respecto que “las renunciaciones efectuadas en cada Convenio se entienden limitadas a las indemnizaciones que ‘con motivo de las modificaciones’ cada Convenio aprueba y se debe interpretar en términos estrictos y en armonía con la causa de cada modificación contractual” (p. 260). Por tanto, continúa este autor, “las renunciaciones efectuadas en términos amplios o imprecisos son parciales y no afectan a los costos o gastos generales

invocar la teoría de la imprevisión ante circunstancias o eventos posteriores no incorporados en el último complemento.

He aquí una diferencia importante entre el contrato de construcción público y el privado que la doctrina y la jurisprudencia suelen soslayar. Mientras que en un contrato privado con influjo voluntarista la imprevisión es excepcional<sup>18</sup>, en el contrato público es la regla general. En consecuencia, mientras el silencio sobre el hecho fortuito en la suma alzada privada excluye la compensación salvo precepto legal o cláusula contractual en contrario, en la suma alzada administrativa la exige salvo cláusula contractual en contrario. Y esta cláusula excluyente debe ser lo suficientemente clara. Jèze sostiene, por ejemplo, que expresiones como “sean cuales fueren las dificultades que surjan para la extracción de los materiales” solo se refieren a contingencias normales que no consideran “las verdaderamente excepcionales e imprevistas”<sup>19</sup>.

En este sentido, no compartimos la fórmula privatista utilizada por parte de la doctrina<sup>20</sup> y la Contraloría General de la República en algunos dictámenes, en cuanto a que los contratos de obra pública “obligan a contratista a ejecutar obra a que se comprometió, sin aumentar su precio por imprevistos surgidos durante realización, a menos que bases lo autoricen expresamente”<sup>21</sup>. También merece reparos la negativa a compensar sobrecostos fortuitos al constructor porque el valor de su oferta incluía “todo gasto que irrogue el cumplimiento del contrato, sea directo, indirecto o causa de él”<sup>22</sup>, o bien alzas de precios causadas “por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato”<sup>23</sup> o en el Reglamento<sup>24</sup>.

Asimismo, resulta objetable la política del Ministerio de Obras Públicas de condicionar la autorización de suspensión excepcional de faenas durante la pandemia de Covid-19 a la renuncia del contratista de las indemnizaciones de

derivados de sobreestadía, costos financieros o capacidad ociosa, que sean consecuencia de los incumplimientos del Ministerio de Obras Públicas” (p. 263).

18 Momberg Uribe, R. *Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 15, 2010, 53.

19 Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, cit., 244 y 270; Laubadère, A. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. T. 1, Paris, 1956, 50 ss.

20 Cfr. Oelckers, O. *Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 4, 1980, 186. El autor sostiene que son de cargo del contratista los “riesgos no ordinarios a la ejecución del contrato de obra pública, y que como tales no han sido previstos por las partes ni éstas tenían la obligación de prever [...] Riesgos todos, que no caen dentro del álea normal del contrato ni tenían por qué ser previstos, de los cuales el cocontratante no tiene culpa, pero que sí constituyen un riesgo creado en su propio beneficio”.

21 Dictámenes CGR n.º 18.119 de 1983 y n.º 31.163 de 2005 en lo referente al mayor costo por aumento del seguro de cesantía.

22 Sentencia de la Corte Suprema (en adelante scs). Rol n.º 9.110-2009.

23 Dictamen CGR n.º E216.675 de 2022.

24 Dictamen CGR n.º E290.155 de 2022.

perjuicios por aumentos de plazo en la reprogramación de las obras<sup>25</sup>. Como ha señalado Loo Gutiérrez, “[c]laro está que pone de cargo del patrimonio del contratista los efectos económicos sobre el contrato de la suspensión de faenas”<sup>26</sup>, lo que, en nuestra opinión, supone incluir en la suma alzada el pago de riesgos excepcionales no acordados entre las partes.

De estimarse que solo por acordar un precio fijo el empresario de obra pública asume cualquier riesgo de sobre costo ajeno a las partes, en la práctica se estaría sustituyendo el criterio publicista del *rebus sic stantibus* por el privatista de *pacta sunt servanda* respecto de todas las circunstancias imprevistas por las partes al momento de contratar. Semejante resultado sería contrario a la justicia distributiva y a la buena fe en las relaciones público-privadas<sup>27</sup>, pues envuelve una suerte de aprovechamiento del carácter inmodificable del precio del contrato para forzar al contratista a asumir contingencias imprevistas, no consentidas, por las que no cobró anticipadamente. Además, dicho aumento de carga pública carecería de causa<sup>28</sup>.

Ahora bien, reconocemos que esta distinción entre suma alzada pública y privada podría ser objeto de crítica atendido que el derecho privado, pese al *pacta sunt servanda*, también considera antijurídicas las cláusulas contractuales que conlleven una renuncia de la imprevisión o de la asunción de riesgos por hechos imprevisibles en términos generales y absolutos, es decir, de eventos o contingencias cuya existencia se ignora<sup>29</sup>. Como lúcidamente señala Mosset, sostener que se puede asumir un riesgo que no pudo conocerse o anticiparse equivale a admitir la ficción de que “se puede prever lo imprevisible”<sup>30</sup>. En consecuencia, no habría distinción entre el contrato de construcción público y privado para tales efectos.

Sin embargo, esta identidad entre imprevisión privada y pública es aparente, pues sus fundamentos teóricos y normativos son diferentes. En el caso del derecho privado, la imprevisión está fundada en la justicia conmutativa de intercambio equivalente en sentido aristotélico, que se ha visto oscurecida durante siglos por la autonomía de la voluntad como factor determinante de la

25 Dirección General de Obras Públicas. Oficio Ordinario n.º 239, 27 de marzo de 2020.

26 Loo Gutiérrez, M. *Contratación pública y medidas ante el Covid-19*. En Rojas, C.; Ferrada, J. C. y Méndez O., P. (coords.), *Derecho público y emergencia*. Santiago: Thomson Reuters, 2021, 226.

27 Cfr. Arancibia Mattar, J. *La buena fe en la ejecución de obligaciones legales entre el Estado y los particulares*. En *La buena fe en el Derecho. Estudios en homenaje a los 30 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*. Santiago: Tirant lo Blanch, 2020, 31-59.

28 Prado Puga, A. *El contrato general de construcción, en especial la modalidad EPC y sus principales características*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41, n.º 2, 2014, 768.

29 Cfr. Momberg Uribe. *Teoría de la imprevisión*, cit., 53-58.

30 Mosset Iturraspe, J. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994, 295, citado *ibid.*, 54.



justicia contractual entre privados. Para el voluntarismo jurídico<sup>31</sup>, de origen medieval, el contrato es justo en la medida que haya consentimiento libre de las partes al momento de pactarlo, con prescindencia de si el intercambio es equivalente. En cambio, para el ideal aristotélico, la justicia del contrato depende sobre todo de la simetría sinalagmática<sup>32</sup>, razón por la cual rige la imprevisión. En nuestro Derecho positivo, esta idea ha estado presente excepcionalmente en el contrato de construcción entre privados regulado por el Código Civil (art. 2003 n.º 2).

En la construcción pública, en cambio, como dijimos, el fundamento de la imprevisión es la vigencia en el tiempo de la igualdad distributiva de bienes y cargas públicas, cuyo fundamento normativo es el artículo 19 n.º 20 de la Constitución. La doctrina francesa enfatiza también el deber de asegurar la satisfacción regular y continua de las necesidades públicas ante riesgos financieros del prestador privado<sup>33</sup>. Por esta razón, aunque la imprevisión respecto de circunstancias desconocidas sea aplicable tanto a la construcción pública como privada, sus fundamentos dogmáticos y normativos son diferentes.

En lo que importa para efectos de una obra pública, el criterio justo obliga al contratista a asumir únicamente las contingencias fortuitas que han sido previstas o explicitadas en el contrato. De ahí que resulta mucho más acertado el criterio contralor de que “nadie es responsable del caso fortuito, fuerza mayor o del hecho de un tercero, a menos que se asuma expresamente ese riesgo”<sup>34</sup>. Esta idea matiza de suyo los criterios clásicos de distribución de riesgos del Derecho civil, como *res perit dominus*, pues la cosa perecerá realmente para quien haya previsto el contrato de modo expreso. De lo contrario, regirán las reglas de la imprevisión que veremos en la sección siguiente.

En este sentido, por regla general, la normativa sobre contratos a suma alzada suele especificar los riesgos asumidos íntegramente por el constructor<sup>35</sup>. En el caso del contrato de obra pública, el Reglamento es claro en señalar que el empresario asumirá los mayores costos derivados del alza de precio de los insumos y servicios, del empleo de material deficiente aprobado por ambas partes<sup>36</sup>, y de incendios<sup>37</sup>. Recientemente, a propósito de las contingencias provocadas por la pandemia de Covid-19, el Reglamento fue

31 Cfr. Villey, M. *Génesis y decadencia del voluntarismo jurídico*. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*. N.º 2, 1961, 227-241; Soto Kloss, E. *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. T. II, *El principio de juridicidad*. Santiago: Jurídica de Chile, 1996, 251 ss.

32 Aristóteles. *Ética nicomaquea*, libro V, 133a y 133b. Hemos leído la traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid: Gredos, 1985, 252-254. Cfr. Despotopoulos, C. *La noción de synallagma en Aristóteles*. En *Ius Publicum*. N.º 14, 2005, 11-25.

33 Laubadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., t. III, 109 y 119.

34 Dictamen CGR n.º 24.973 de 1987. Véase también el Dictamen CGR n.º 34.332 de 1990.

35 Cfr. art. 2003 n.º 1 CC.

36 Art. 144 inc. final del Reglamento.

37 Art. 150 inc. 2.º del Reglamento.

modificado para introducir “la facultad de incorporar en los contratos que se indica, un mecanismo de reajustabilidad de los estados de pago emitidos en el periodo y condiciones establecidas en el presente acto, a fin de hacer frente a la situación ya descrita”<sup>38</sup>.

Adicionalmente, las cláusulas contractuales suelen incluir la mayor onerosidad por simple aumento de la carga o de los materiales de trabajo respecto de obligaciones preestablecidas<sup>39</sup>, por atrasos en la obtención de certificados de empresas de servicios básicos<sup>40</sup> o por ocurrencia de eventos naturales como lluvias<sup>41</sup>, aumento de caudal de los ríos<sup>42</sup>, filtraciones cerca zonas acuíferas<sup>43</sup> y derrumbes<sup>44</sup>.

Con todo, nada obsta a que un constructor de suma alzada se obligue a asumir todos o parte de los riesgos de sobrecosto extraordinarios e imprevisibles. Solo que tales contingencias deben estar debidamente explicitadas en el contrato, por la vía de cláusulas de imputación o deberes de cooperación expuestos, y cuantificadas de acuerdo con el estado de la ciencia, para que el precio sea serio y justo<sup>45</sup>. Además, como sostiene Momberg, la interpretación de tales cláusulas debe ser estricta, lo que implica, por ejemplo, que lo asumido es el riesgo y sus consecuencias razonablemente previsibles, no las imprevisibles<sup>46</sup>. Con todo, si el postulante ofrece un precio por estos sobrecostos muy por debajo de lo ocurrido posteriormente, carece de derecho a una compensación adicional en virtud de aquello de que no será oído quien alegue su propia torpeza.

Sin embargo, autores como Laubadère niegan validez a las cláusulas de renuncia a la teoría de la imprevisión por tratarse de una exigencia de orden público destinada a asegurar la satisfacción continua de un interés público<sup>47</sup>. No compartimos esta afirmación si la renuncia ha sido precisada y considerada en la oferta económica, pues en ese caso no ha existido verdadera renuncia sino adelantamiento de la compensación por imprevisión. Si, pese a esta ayuda anticipada, el Estado entrega fondos adicionales para asegurar la continuidad de la construcción ante el riesgo previsto, tales fondos deberían

38 Decreto Supremo n.º 177, Ministerio de Obras Públicas, modifica Decreto Supremo MOP n.º 75, de 2004, reglamento para contratos de obras públicas. *Diario Oficial*, 11 de noviembre de 2022. El precepto introducido es el 14 transitorio.

39 Dictamen CGR n.º 31.163 de 2005.

40 Dictamen CGR n.º 32.040 de 1995.

41 Dictamen CGR n.º 56.125 de 2010.

42 Dictamen CGR n.º 945 de 1983.

43 Dictamen CGR n.º 28.261 de 1988.

44 Dictamen CGR n.º 40.740 de 2008.

45 Cfr. Bunni, N. *Risk and Insurance in Construction*. 2.ª ed. Oxford: Spon Press, 2003, 194-195.

46 Momberg Uribe. *Teoría de la imprevisión*, cit., 57.

47 Laubadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, cit., t. III, 109.

ser restituidos cuando corresponda para evitar un privilegio inmerecido o enriquecimiento sin causa del empresario.

Por otro lado, el Reglamento también explicita los riesgos inimputables que son asumidos íntegramente por el Estado. Por ejemplo, el riesgo de pérdida de poder adquisitivo del precio del contrato producto de una variación del valor del dinero en el tiempo. Al respecto, el contrato debe estar afecto a un sistema de reajuste establecido en las bases y, en su defecto, “la obra pagada en los estados de pago, se reajustará en la variación del IPC, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), para el mes inmediatamente anterior al de la fecha del estado de pago, con relación al mes que antecede al de la apertura de la propuesta. En caso de que el mencionado IPC sea reemplazado por el INE, o por la autoridad de quien dependa, por otro tipo de índice, el reajuste se calculará sobre la base del nuevo índice que lo reemplace” (art. 108 inc. 2.º).

## *2.2. Sumaalzada y regulación de hechos extraordinarios e imprevisibles en el Reglamento*

En este punto, sin embargo, debemos detenernos en aquellos hechos sobrevinientes que, según el Reglamento, deben ser asumidos por el constructor a menos que sean calificados como “extraordinarios y ajenos a toda previsión” por la autoridad administrativa. Nos referimos, específicamente, a los daños a terceros<sup>48</sup>, aquellos que sufran las obras durante el período de construcción<sup>49</sup>, y a los accidentes que ocasionen pérdidas de materiales<sup>50</sup>. ¿Bajo qué causal el constructor asume el sobrecosto en la regla general?: ¿incumplimiento culposo de deberes de cuidado o aceptación previa de riesgos inimputables? A nuestro entender, la respuesta a estas interrogantes se sustenta en la siguiente premisa: la responsabilidad por hecho negligente no requiere consagración normativa, en cambio la distribución de riesgos inimputables sí. Luego, la hipótesis normativa en estos casos no se refiere únicamente a sobrecostos atribuibles al descuido del constructor sino también a aquellos inimputables. La conclusión anterior es confirmada por el texto del artículo 134 inciso final del Reglamento, que establece el deber del contratista de asumir todo daño sufrido por las obras, “incluyendo fuerza mayor o caso fortuito [...] sin perjuicio de la facultad del Director General, de calificar casos como extraordinarios y ajenos a toda previsión”<sup>51</sup>.

Ahora bien, en relación con los sobrecostos inimputables, habría que distinguir entre aquellos que forman parte del alea ordinario, previsible o

48 Art. 134 inc. 1.º del Reglamento.

49 Art. 134 inc. final y art. 150 inc. 1.º del Reglamento.

50 Art. 150 inc. 1.º del Reglamento.

51 Dictamen CGR n.º 5.566 de 1992.

implícito de la construcción y aquellos extraordinarios e imprevisibles. Según el Reglamento, los primeros son asumidos de modo exclusivo por el constructor. Los segundos, en cambio, no son asumidos por el empresario si han sido calificados como extraordinarios e imprevisibles por la Administración. A nuestro entender, esta potestad es reglada porque el órgano competente está obligado a calificar un hecho como tal si reúne los presupuestos antedichos. De lo contrario, el constructor podría impugnar una calificación errónea a través de recursos administrativos y de acciones jurisdiccionales. Por ejemplo, la Corte Suprema ordenó al Estado cubrir los costos extraordinarios en que incurrió un constructor para reparar daños a la obra ocasionados por fuertes precipitaciones que habían sido calificadas simplemente como de “emergencia derivada de fenómenos naturales”<sup>52</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la valoración de daños debe excluir aquellos que se podrían haber evitado con la adopción de medidas oportunas por parte del contratista una vez acaecido el hecho<sup>53</sup>.

Sostener que la potestad calificadora de riesgos extraordinarios e imprevisibles es libérrima o soberana para la Administración sería inconsistente con un adecuado sistema de distribución de riesgos contractuales, pues generaría dos consecuencias nefastas. En primer lugar, los oferentes inflarían subrepticamente su precio para incluir el riesgo de calificación desafortunada de la Administración. En segundo lugar, en caso de que la calificación sea acertada, el constructor recibiría una doble compensación por el mismo riesgo: una *ex ante*, que forma parte del precio original, y otra *ex post*, en razón de la concreción del riesgo.

### 2.3. Sumaalzada y distribución de riesgos

Con todo, siguiendo a Glenn<sup>54</sup>, el Estado debería revisar su política contractual de imputación de riesgos al constructor, pues en casos de obras grandes o sofisticadas parece ser contraproducente a sus intereses. Para tal efecto, es preciso considerar los estudios sobre distribución de riesgos que sean eficientes para la economía del contrato de construcción. Destaca, por ejemplo, el test de Abrahamson<sup>55</sup>. La aplicación de estos criterios demuestra, por ejemplo,

52 scs Rol n.º 38.189-2016.

53 Este criterio fue reconocido en España en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, cláusula 14.ª inc. 2.º.

54 Glenn Beh, H. *Allocating the Risk of the Unforeseen, Subsurface, and Latent Conditions in Construction Contracts, Is there Room for the Common Law?* En *Kansas Law Review*. 46, 1997, 115-154.

55 Abrahamson, M. *Risk Management*. En *The International Construction Law Review*. 2, 1984, 241. De acuerdo con este test, cada parte debería asumir aquellos riesgos: a) que estén bajo su control; b) que pueda transferir, *v.gr.*, a una aseguradora, y que sea económicamente beneficioso hacerlo de este modo; c) cuyo control le signifique un beneficio económico preponderante; d) cuya asunción satisfaga intereses comunes de eficiencia, incluyendo planificación,

que la atribución de riesgos del terreno al constructor es ineficiente porque eleva artificialmente los precios del contrato y, en consecuencia, el costo para el erario. Se ofertan precios con “cojines” o “rellenos” por incidencias que tal vez nunca ocurran<sup>56</sup>.

Es por esta razón que los estándares internacionales de contratos de construcción exigen que algunos imprevistos sean de cargo del mandante o compartidos por las partes. El modelo contractual FIDIC, por ejemplo, atribuye al Estado el riesgo de atraso en el acceso a los terrenos<sup>57</sup> y en la obtención de permisos correspondientes<sup>58</sup>. Así también, la regulación federal de los contratos de obra pública en Estados Unidos establece una distribución equitativa de los mismos bajo la fórmula de las *changed conditions* (“condiciones cambiadas”)<sup>59</sup>, distinguiendo entre alteraciones del terreno Tipo I y Tipo II. Las primeras son aquellas subterráneas o latentes que difieren materialmente de aquellas indicadas en el contrato, mientras que las segundas son de una naturaleza inusual que difiere materialmente de aquellas normalmente encontradas y generalmente reconocidas como inherentes en el tipo de trabajo requerido por el contrato. La jurisprudencia ha delineado los elementos que el constructor debe acreditar en los tipos I<sup>60</sup> y II<sup>61</sup> para obtener una distribución equitativa de los costos.

incentivos e innovación, o e) que de concretarse, la pérdida es asumida por esa parte en primer lugar, porque causar gastos e incertidumbre intentando transferir la pérdida a la contraparte sería impracticable o injustificado bajo los criterios señalados. Véase también Mead, P. *Current Trends in Risk Allocation in Construction Projects and Their Implications for Industry Participants*. En *Construction Law Journal*. 23, 2007, 23-45.

56 Glenn. *Allocating the Risk of the Unforeseen, Subsurface, and Latent Conditions in Construction Contracts, Is there Room for the Common Law?* cit., 132-139.

57 Cfr. International Federation of Consulting Engineers. *Condiciones de contratación para la construcción*. Ginebra, 1999, acápite 2.1 en relación con los acápites 8.1-8.12.

58 *Ibid.*, acápite 2.2.

59 Cfr. Code of Federal Regulations, Title 48, Chapter 1, Subchapter H, Part 52, Subpart 52.2, Section 52.236-2 Different Site Conditions.

60 El constructor requiere probar que: a) los documentos del contrato indicaron afirmativamente las condiciones subterráneas en las que basa su reclamo; b) actuó de modo razonablemente prudente al interpretar tales documentos; c) confió razonablemente en las indicaciones sobre las condiciones subterráneas señaladas en el contrato; d) las condiciones subterráneas efectivamente encontradas diferían materialmente de aquellas indicadas en el contrato; e) tales condiciones eran razonablemente imprevistas, y f) los sobrecostos reclamados son solo atribuibles a las condiciones subterráneas materialmente diferentes. Cfr. *P.J. Maffei Bldg. Wrecking Corp. v. United States*, 3 Cl. Ct. 482, 484 (1983); *Servidone Construction Corp. v. United States* 4719 Cl. Ct. 346 (1990), *affd.*, 931 F.2d 860 (Fed. Cir. 1991); *Youngdale & Sons Constr. Co. v. United States*, 27 Fed. Cl. 516, 528 (1993); *All Power, Inc. v. U.S.*, 60 Fed.Cl. 679, 684 (Fed.Cl. 2004); *Weston/Bean Joint Venture v. United States*, 115 Fed.Cl. 215, 218 (Fed.Cl. 2014).

61 El constructor requiere probar que la alteración del terreno le era: a) desconocida; b) inusual, y c) materialmente diferente a trabajos similares. *All Power, Inc. v. U.S.*, cit. Según señaló el Panel de Apelación en contratos de obra pública para las fuerzas armadas, el Tipo II es más difícil de probar porque se trata de alteraciones que ni siquiera fueron detectadas en la fase de aclaraciones o inspecciones al terreno durante la licitación. Véase *Totem Construction*, ASBCA

Según Glenn<sup>62</sup>, este reparto equitativo ofrece múltiples ventajas para ambas partes. En primer lugar, la promesa estatal de precio fijo es sustituida por la de precio justo o *quantum meruit*, la oferta que hace el constructor es más precisa, la exploración previa del terreno es menos costosa porque se concentra en contingencias razonables, el Estado solo paga por el trabajo realmente realizado, y se reduce la litigación entre las partes, favoreciendo así relaciones de largo plazo. Además, se evita la quiebra de constructoras para asegurar licitaciones competitivas en el futuro, y se libera al oferente de una “opción de Hobson”, esto es, de decidir entre una exploración ingente para una licitación que podría perder, e incluir las contingencias en un sobreprecio que lo lleve a perder el concurso por oferta poco atractiva.

Desaparecen también los incentivos perversos o malas prácticas de ambas partes en contratos a suma alzada. La entrega de información insuficiente o “meramente referencial” sobre el terreno no produciría réditos sino perjuicios al Estado, y el contratista dejaría de hacer ofertas con precios inflados o de recuperar sobrecostos mediante métodos impropios como la disminución inadvertida de la calidad o cantidad de los materiales<sup>63</sup>.

Lo anterior no obsta, sin embargo, al surgimiento de conflictos interpretativos en torno a las contingencias que se entienden incluidas en el contrato a precio fijo o en los convenios complementarios a que haya lugar<sup>64</sup>. En algunos casos, estas diferencias obedecen a lecturas “literalistas” de las bases por parte del empresario, que excluyen riesgos razonablemente implícitos o acostumbrados en la descripción del trabajo a realizar<sup>65</sup>. En otros, en cambio, la desavenencia se debe a la falta de claridad de las cláusulas contractuales, lo que podría generar un incentivo perverso para que el contratista aumente el precio ofertado con el fin de cubrir los riesgos oscuros y dudosos.

Un ejemplo de lo anterior es la interpretación que se ha dado a la declaración del contratista de “haber visitado y conocido la topografía del terreno y demás características que incidan directamente en la ejecución de la obra, que sean apreciables en una inspección visual cuidadosa” (art. 76 n.º 1, lit. b, n.º 2 del Reglamento). En la práctica, esta declaración ha servido para atribuir al constructor el sobrecosto no solo de las contingencias del terreno, que debió haber previsto con la debida diligencia, sino también de algunas imprevisibles e inimputables. No compartimos este postulado, pues el tenor de

35985, 1990 WL 224243 (1990). Sin embargo, si logra acreditar una condición tan extraña, tiene derecho al pago de los sobrecostos aunque haya obrado de modo negligente en el cumplimiento de sus deberes de revisión del terreno. Así lo dispuso la Corte en *Servidone*, cit., pues de lo contrario el gobierno habría recibido una ganancia inesperada injusta “*unfair windfall*”.

62 Glenn. *Allocating the Risk of the Unforeseen, Subsurface, and Latent Conditions in Construction Contracts. Is there Room for the Common Law?*, cit., 130-141.

63 *Ibid.*, 144-146.

64 Cfr. scs Rol n.º 29.915-2017.

65 Cfr. dictámenes CGR n.º 5.962 de 1986, n.º 13.487 de 1986 y n.º 19.982 de 2012.

la declaración solo implica la asunción de riesgos previsibles. El resto debería estar regido por la doctrina de la imprevisión en su variante de “sujeciones imprevistas”, relativas a riesgos materiales o del terreno desconocidos<sup>66</sup>, para diferenciarlos de los vaivenes estrictamente financieros.

Para evitar estos problemas, los ordenamientos de países desarrollados han optado por diseñar sus contratos conforme a los estándares FIDIC, que tienen la ventaja de reconocer la mayoría de las contingencias de modo claro y expreso, con el fin de reducir el precio ofertado y evitar la litigación entre las partes, con la consiguiente disminución del costo de transacción social<sup>67</sup>. Siguiendo un criterio similar, la Contraloría ha introducido una frase tipo en sus últimos dictámenes para que la autoridad “suministre proyectos totalmente afinados, de manera tal que permitan precisar en forma suficiente las obras a realizar”<sup>68</sup>.

Una lógica similar debería regir los términos de convenios complementarios u órdenes de modificación de obras, tanto en lo relativo a las obras mismas como en cuanto a los precios a pagar por cambios o atrasos. De lo contrario, el contratista podría realizar una reserva de derechos por aquellos puntos dudosos u oscuros, práctica que ha sido reconocida por la jurisprudencia en demandas de indemnización de perjuicios<sup>69</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, puesto que el estatuto contractual administrativo, a diferencia del privado, tiene su origen en un acto jurídico unilateral, la exégesis de sus términos vagos u oscuros se sujeta al principio *ambiguitas contra stipulatorem est* (“la ambigüedad perjudica al estipulante”<sup>70</sup>). En otras palabras, ante la duda debe preferirse el significado menos favorable al autor de la norma, pues pudo haberla redactado en términos claros y precisos<sup>71</sup>. Esta doctrina fue acuñada por la jurisprudencia chilena en materia de contratos administrativos ya en 1844<sup>72</sup>.

Aplicando un criterio similar, la jurisprudencia de Estados Unidos ha sostenido que, cuando los requerimientos del contrato admiten interpretaciones razonables, prevalece aquella del constructor y cualquier insistencia en una

66 Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, cit., 243-247.

67 Posner, R. *The Law and Economics of Contract Interpretation*. En *Texas Law Review*. 83, 2005, 1583.

68 Cfr. Dictamen CGR n.º 3.105 de 2015 y n.º 93.128 de 2016, entre otros.

69 SCS Rol n.º 16.489-2018, fallo de reemplazo, c. 4.º.

70 Domingo, R. y Rodríguez Antolín, B. *Reglas jurídicas y aforismos*. Madrid: Aranzadi, 2000, 26. Cfr. Clemente, A. I. *Algunas consideraciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica*. En *Revista Internacional de Derecho Romano*. Octubre, 2008, 48-77. La regla es reconocida posteriormente en las Siete Partidas, Ley II, Título XXIII. En materia de obra pública, véase SCS n.º 28.353-2018, c. 9.º.

71 Dictamen CGR n.º 18.567 de 1991.

72 Véase caso *Juan Domingo Dávila*, SCA de Santiago, 8 de enero de 1844, c. 9.º. *Gaceta de los Tribunales*. N.º 106, 3; y caso *José Tomás Olmedo*, SCA de Santiago, 18 de diciembre de 1860, c. 3.º y 4.º. *Gaceta de los Tribunales*. N.º 964, 1860, 1233.

interpretación distinta debe ser tratada como exigencia de obra adicional<sup>73</sup>. Para determinar si el sentido dado a la norma por el contratista es razonable, es preciso considerar la aplicación de la norma en otros proyectos, y los usos y costumbres de construcción<sup>74</sup>. Así, por ejemplo, “cuando el contrato no especifica una fecha particular para la entrega del material [por parte del Estado], la obligación implícita referida es una obligación de no fallar dolosa o negligentemente en la entrega de los materiales a tiempo de ser instalados en el curso ordinario y económico de ejecución del contrato”<sup>75</sup>.

#### 2.4. Suma alzada y cláusulas revisoras de precio

Otra fórmula que permite compatibilizar la certidumbre del precio a suma alzada con el equilibrio de las prestaciones ante circunstancias sobrevinientes y fortuitas es la cláusula revisora o estabilizadora de precios. Esta modalidad constituye una excepción expresa y parcial de la suma alzada, en cuanto a que el riesgo de oscilación de ciertos costos no se entiende incluido en el precio original del contrato sino en un cálculo posterior. Así como la suma alzada es una suerte de adelantamiento del *rebus sic stantibus*, la cláusula revisora de precios posterga la aplicación de dicho principio a la fase de ejecución contractual. De esta forma, la oferta económica del constructor suele ser más baja y el costo del contrato más acorde a sus contingencias reales.

Algunos autores han calificado la cláusula revisora como figura paradójica o contradictoria, en cuanto pretende prever riesgos imprevisibles<sup>76</sup>. No compartimos esta apreciación. Pensamos que la cláusula no busca prever contingencias arcanas sino simplemente reaccionar oportunamente ante su ocurrencia. Lo previsto, si se quiere, no es un riesgo específico sino la ocurrencia de hechos fortuitos que puedan alterar un ítem específico del contrato.

Naturalmente, la cláusula de revisión no comprende todos los valores del contrato, porque este dejaría de ser a suma alzada, sino solo aquellos indicados expresamente. Nuevamente, lo indicado no es el riesgo sino el valor que será revisado ante posibles variaciones por eventos imprevisibles. Estos valores suelen estar más asociados a materiales básicos o insumos energéticos que a costos de mano de obra.

Ahora bien, ¿qué sucedería con el valor de esos ítems si no existiera una cláusula revisora? Habría que distinguir. Si el riesgo fortuito que causa el trastorno prestacional ha sido expresamente incorporado en la suma alzada, su

73 Los criterios han sido sistematizados en GREENBERG, M. *Problems Relating to Changes and Changed Conditions on Public Contracts*. En *Public Contract Law Journal*. 3, 1970, 148 ss.

74 *Ibid.*, 149.

75 *Peter Kiewit Son's Co. v. United States*, (1957) 151 F. Supp. 726 (Fed. Cl. 1957). Trad. libre.

76 Moreno Gil, O. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Madrid: Civitas, 1980, 48.



ocurrencia es asumida según lo regulado. En cambio, si el contrato no menciona dicho riesgo, su ocurrencia se regirá por las normas de la imprevisión.

Finalmente, es preciso no confundir estas cláusulas con los valores pro forma relativos a ítems esenciales del proyecto, cuyo costo corresponde al monto efectivamente pagado por el contratista más el recargo eventual que fijen las bases administrativas (art. 4 n.º 40 del Reglamento). En consecuencia, estos valores no son valores determinados sujetos a revisión por riesgo sino valores indeterminados hasta el momento del pago por el particular.

### 2.5. Contrato a serie de precios unitarios

A su vez, la modalidad de precios unitarios asume el criterio del *rebus sic stantibus* mediante el pago por unidades de obra previamente cotizadas y efectivamente construidas en un período de tiempo. Esta flexibilidad en el modo de pago permite al comitente adaptarse a las contingencias que vayan surgiendo en el contrato sin afectar los intereses del constructor, pues este se verá compensado por cada unidad que produzca para la obra. Por tanto, a diferencia de la suma alzada, el precio no incluye *ex ante* riesgos sino solo la construcción por unidades, y las circunstancias sobrevinientes que generan mayor onerosidad son asumidas por las partes *ex post* mediante la negociación de nuevas condiciones o bajo la fórmula de reajuste polinómico, una ecuación que integra precios cambiantes como coeficiente porcentual<sup>77</sup>.

### 3. MAYOR ONEROSIDAD NO REGULADA EN LA NORMATIVA ESPECÍFICA NI EN EL CONTRATO

El problema más importante en esta materia se produce ante la hipótesis de mayor onerosidad por un hecho extraordinario, ajeno al obrar o previsibilidad de las partes, e imprevisto en la ley y en el contrato. Este dilema surge particularmente en los contratos a suma alzada. Como vimos, la sujeción de las partes a un precio fijo suele plantear conflictos con respecto a qué contingencias se entienden cubiertas por el mismo. La imprevisión en la modalidad de precios unitarios, en cambio, conlleva una adaptación dinámica o *ex post* de la obra y del precio del contrato mediante nuevas negociaciones o corrección automática de polinomios que no presenta mayores dificultades<sup>78</sup>.

Puesto que el problema surge ante el silencio de la normativa o del contrato respecto de circunstancias sobrevinientes que alteran la equivalencia de las prestaciones, cabe preguntarse si el contrato de obra pública regulado en Chile aborda todos los riesgos fortuitos. Al respecto, el Reglamento de Obra

77 Cfr. art. 108 inc. 2.º del Reglamento.

78 Dictamen CGR n.º 36.724 de 2008.

Pública no contempla una cláusula supletoria de distribución de riesgos, sino que se limita a indicar algunos, como el aumento de las cubriciones de la obra<sup>79</sup>. Por tanto, las contingencias omitidas deben regirse por las soluciones planteadas en este acápite. Específicamente, este cambio de circunstancias ha sido objeto de dos soluciones dogmáticas.

La primera, más bien anglosajona<sup>80</sup> y basada en la buena fe, propone atribuir el riesgo aleatorio a aquella parte que, de haberse previsto el hecho sobreviniente en el contrato, seguramente estaría a cargo de asumirlo conforme lo indica la lógica económica subyacente o la mayor capacidad para controlar el riesgo. Así, por ejemplo, en el caso *Davis*<sup>81</sup>, sobre construcción de viviendas públicas en Gran Bretaña, el juez de la Cámara de los Lores, lord Radcliffe, sostuvo que “cuando el evento ocurre, el significado del contrato no debe ser el que las partes pretendieron (porque ellas no tenían pensamiento ni intención al respecto), sino aquel que las partes, como hombres justos y razonables, habrían acordado presumiblemente si, teniendo esa posibilidad a la vista, hubieran hecho expresa reserva de sus variados derechos y responsabilidades en el evento de su ocurrencia”<sup>82</sup>. Sin embargo, este proceder ha sido criticado debido a la dificultad de identificar objetivamente la lógica de distribución de riesgos del contrato, y a que no toda asignación de contingencias obedece a criterios de eficiencia económica<sup>83</sup>.

La segunda solución, acuñada en el Derecho administrativo francés como teoría de la imprevisión<sup>84</sup>, consiste en atribuir al Estado el pago de todo o parte de la mayor onerosidad sufrida por el contratista por razones de equidad y buena fe. Para tal efecto, el alea extraordinario debe ser de una intensidad o proporción suficiente como para justificar una revisión de los términos contractuales. En palabras de Jèze, se trata de un evento que “frustra todos los cálculos que las partes han podido hacer en el momento del contrato, y excede todos los límites extremos que aquellas han podido tener en cuenta al celebrar el contrato, la circunstancia que trastorna su economía”<sup>85</sup>. Laubadère, por su parte, explica que el desequilibrio económico debe superar el “umbral

79 Art. 4 n.º 30 del Reglamento. Dictámenes CGR n.º 11.840 de 1978, n.º 8.151 de 1981, n.º 13.044 de 1982, n.º 175 de 1983, 18.119 de 1983, n.º 42.821 de 1994 y n.º 3.735 de 1996.

80 Posner, R. y Rosenfield, A. *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*. En *Journal of Legal Studies*. 6, 1977, 83; Triantis, G. *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*. En *U. Toronto Law Journal*. 42, 1992, 450-483.

81 *Davis Contractors v. Fareham Urban DC* [1956] A.C. 696.

82 *Ibid.*, 728, trad. libre.

83 Trimarchi, P. *Commercial Impracticability in Contract Law*. En *Internacional Review of Law & Economics*. 1991, 63 ss.

84 *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Decisión del 30 de marzo de 1916, Rol n.º 59.928, *Recueil Lebon*, p. 125.

85 Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, t. v, cit., 44.

de lo inesperado”, “el precio límite” o “margen de incremento” razonable previsible o predecible al aceptar el contrato<sup>86</sup>.

No obstante lo anterior, la Contraloría ha rechazado la aplicación de la teoría de la imprevisión en Chile por falta de normas legales y reglamentarias que la prevean<sup>87</sup>. Además, suele atribuir a la regulación expresa de indemnizaciones el efecto de excluir aquellas que no son mencionadas<sup>88</sup>.

No compartimos este criterio porque el silencio normativo en tales circunstancias determina la vigencia directa de la norma constitucional sobre igualdad distributiva (art. 19 n.º 20) y, por tanto, del deber social de compensar cualquier desequilibrio económico imputable al constructor.

En este sentido, la Corte Suprema ha declarado que la indemnización prevista en la normativa del contrato corresponde a “una valuación convencional anticipada de perjuicios, no en el sentido de cláusula penal, regulada en el artículo 1535 y siguientes del Código Civil, que supone un incumplimiento de una de las partes, sino como un medio convencional y reglamentario de valorar los perjuicios”<sup>89</sup>. Por lo mismo, los sobrecostos de igual naturaleza no incluidos en aquella valuación deben ser asimismo compensados en la medida que sean acreditados por el actor<sup>90</sup>.

Esta solución fue confirmada por el máximo tribunal en un caso de desequilibrio por fenómenos naturales imprevisibles, respecto de los cuales la sentencia declaró que “aparece de toda justicia que sea el mandante quien asuma el costo de los trabajos necesarios para superar acontecimientos de tal significación, cuyos costos podrían incluso poner en riesgo el patrimonio de quien, en definitiva, no es más que un simple encargado de la construcción de obras que interesan a su mandante y a la comunidad, pero no a él por sí mismo”<sup>91</sup>.

En consecuencia, en nuestra opinión, el Estado solo queda eximido de compensar los desequilibrios prestacionales del contrato de obra pública por hechos fortuitos y sobrevinientes, conforme al deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales<sup>92</sup>, cuando estos han sido excluidos de modo explícito en el contrato. De no ser esto posible, correspondería poner término anticipado al contrato por razones de interés público, con las indemnizaciones a que haya lugar.

86 Laubadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. III, cit., 107.

87 Dictamen CGR n.º 36.724 de 2008 y n.º 80.657 de 2011.

88 Cfr. Dictamen CGR n.º 33.656 de 2020: “la indemnización por mayores gastos generales solo resulta procedente tratándose de aumentos de plazo que deriven de modificaciones del programa de trabajo dispuestas mediante una orden del servicio en las condiciones que se señalan, de modo que las prórrogas derivadas de otras circunstancias no dan derecho a esa compensación”.

89 scs Rol n.º 9.110-2009, c. 10.º.

90 *Ibid.*, c. 19.º.

91 scs Rol n.º 38.189-2016, c. 15.º. Véase también scs Rol n.º 4.168-2019, c. 12.º.

92 Cfr. Arancibia Mattar, J. *El deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales*. En *Revista de Derecho Político*, UNED. N.º 115, 2022, 289-310.

### 3.1. *Deberes compensatorios del Estado en hipótesis de onerosidad fortuita e imprevista*

A la hora de determinar la compensación correspondiente, la doctrina europeo continental suele distinguir entre el alea material y el económico. El primero, relativo a las variaciones imprevisibles del terreno, exige la compensación total de los sobrecostos asumidos por el empresario. La doctrina francesa denomina esta solución como sujeciones imprevistas, inesperadas, extracontractuales o excepcionales<sup>93</sup>. Esta solución se funda en que el alea material consiste en un vicio o contingencia del terreno que solo perjudica el interés público en la construcción de la obra. El empresario no está obligado a construir conforme a un proyecto diferente que se haga cargo del factor extracontractual. La Administración tiene entonces dos alternativas: revocar el contrato por imposibilidad económica de continuarlo o adaptar las prestaciones para superar el alea material. Esta modificación solo beneficia el interés público en la realización de la obra, razón por la cual sus costos no pueden ser asumidos por el contratista salvo provisión en contrario.

A mayor abundamiento, esta solución está basada en el principio *commodum incommodum*, de raigambre romana, según el cual “[e]s conforme a naturaleza, que las comodidades de cualquiera cosa correspondan al que le correspondieren las incomodidades”<sup>94</sup>. Se dice que esta fórmula es más coherente con los postulados de buena fe y equidad en las relaciones de prestaciones recíprocas, pues asegura una distribución equilibrada de los beneficios y cargas de las partes ante los riesgos de la cosa debida<sup>95</sup>. Dado que el interés público es el único beneficiado con la adaptación favorable de la obra, su titular debe asumir también la incomodidad de pagar por la mayor onerosidad causada al constructor. Igualmente, puesto que el interés público es el destinatario de la obra construida, corresponde por naturaleza que absorba su daño, destrucción o pérdida por causa extraña. La aplicación de este criterio ha sido formulada históricamente en los siguientes términos: *res perit domino, damnum domini o periculum est debitoris*. Podríamos acuñar también el brocardo *periculum est fiscis*.

Como es de suponer, la doctrina de las sujeciones imprevistas se desarrolla en el intersticio entre el incumplimiento culposo del Estado y el del constructor en cuanto a la obligación de prever oportunamente la contingencia material. En otras palabras, solo será aplicable en la medida que ninguna

93 Jèze. *Principios generales del derecho administrativo*, t. v, cit., 243-247; Laubadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. III, cit., 9 ss.

94 Paulo. *Comentarios a Sabino*, libro III, en Justiniano. *Digesto*, libro 50, título 17, n.º 10. I. García del Corral (trad.). Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897, 945.

95 Cfr. Neme Villarreal, M. L. *Los principios generales del Derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 15, 2008, 59-108.

de las partes haya incurrido en semejante falta. Para tal efecto, además de la cuestión fáctica, la precisión con que hayan sido redactadas las cláusulas contractuales y la labor interpretativa del juez jugarán un papel preponderante.

Al respecto, cabe destacar el caso de aparición fortuita de gredas, tierras gruesas y conglomerados en la construcción del ferrocarril de Angol a Traiguén y de Renaico a Fuerte Victoria en 1883<sup>96</sup>. El contrato establecía que “en cuanto a lo que deba abonarse a los empresarios por los vicios en el terreno o por otras causas parecidas, no apreciadas en la formación del presupuesto y que les impone un gasto imprevisto, debían acudir dichos empresarios a los tribunales de justicia”. El gobierno se allanó a la demanda por estimar “justos y equitativos” los pagos adicionales por alteraciones del terreno que “no fueron previstas en el estudio especial que sirvió de base al contrato i tampoco pudieron serlo por los contratistas”. Sobre esta base, la Corte Suprema declaró que “es indudable que el mandante está sujeto al mayor costo proveniente de los trabajos no especificados en las bases del contrato, desde que habría quedado obligado a ese recargo, aun cuando dicho contrato hubiera sido celebrado por el mismo”<sup>97</sup>.

Sin embargo, esta solución es distinta a la planteada para el alea financiero, en que, ante el silencio del estatuto contractual, los sobrecostos deberían ser asumidos por ambas partes. La doctrina francesa califica esta solución como teoría de la imprevisión propiamente tal<sup>98</sup>, para diferenciarla de la doctrina de las sujeciones imprevistas. El fundamento de la prorrata aquí es que el empresario continúa obligado a construir la obra en los términos originales pese al alea económico. Luego, la corrección del sobrecosto va en su directo beneficio. Con todo, la contribución del Estado no debería ser total porque el riesgo debe ser asumido de forma equitativa entre partes igualmente inimputables.

Por regla general, la simetría prestacional es restaurada por un esfuerzo compartido de reducción en equidad del sobrecosto del constructor (*reductio ad aequitatem*<sup>99</sup>). Así lo formuló de modo pionero Pequignot en la doctrina francesa:

Cuando circunstancias imprevistas en el momento del mismo [contrato] son de tal gravedad que lo hacen, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit, sobrepasando los límites del riesgo normal, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el

96 Caso *Mayers y Hillman con Fisco*, Sentencia de la Corte Suprema, 23 de junio de 1885, *Gaceta de los Tribunales*. N.º XLIV, Santiago, 1886, 1501-1502.

97 *Ibid.*, c. 12.

98 *Ibid.*

99 Cfr. Chamie, J. F. *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. 22, 2012, 219-275.

contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit que le compense de parte del mismo<sup>100</sup>.

Este reparto de la carga económica entre las partes, “razonablemente equitativo” en palabras de Muñoz Machado, debe realizarse “de una forma acorde con las obligaciones que contrajeron”<sup>101</sup>.

Si bien compartimos la necesidad de que el Estado acuda en ayuda del constructor, no estamos de acuerdo en que la asunción del riesgo deba ser compartida. Esa conclusión es natural a la imprevisión en las relaciones privadas conmutativas pero ajena a las públicas distributivas. En una relación conmutativa o entre partes con intereses equivalentes, la mayor onerosidad por un hecho imprevisto e inimputable a las partes debe ser compartida porque la continuidad del contrato va en beneficio de ambos intereses particulares. En cambio, en una relación distributiva, la mayor onerosidad inimputable al agente de intereses públicos debe ser necesariamente distribuida a prorrata entre todos aquellos beneficiados con la continuidad de la obra. En consecuencia, en estricto rigor, el constructor debería concurrir a dicha prorrata únicamente como contribuyente tributario.

Para efectos de calcular el monto preciso de la sobrecarga sufrida por el contratista, la doctrina recomienda realizar un balance general de la economía del contrato mediante la comparación de todos sus gastos, ingresos y créditos<sup>102</sup>. En consecuencia, no basta con estimar las pérdidas imprevisibles en componentes aislados del contrato, pues, si dicho déficit se ve compensado globalmente por circunstancias financieras beneficiosas (*v.gr.*, reducción de otros costos, valorización de la moneda, etc.), no existe desequilibrio que corregir. Como explica Benavides, “[a]sí como el estadio inicial del contrato, con sus beneficios y cargas para las partes, determina el equilibrio pactado, será necesario establecer que el análisis financiero del conjunto de beneficios y cargas deja un resultado negativo para el contratista”<sup>103</sup>.

### *3.2. Mecanismos de restauración del equilibrio contractual en hipótesis de onerosidad fortuita*

Según sostiene Gabrielli, el restablecimiento de la equivalencia recíproca no consiste necesariamente en el pago de una suma de dinero, sino en cual-

100 Pequignot, G. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: Pédone, 1945. Hemos recurrido a la traducción presente en Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. T. xiii, *Contratos del sector público*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, 197-198.

101 *Ibid.*, 202.

102 Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de mayo de 2003, citada por Benavides. *Incertidumbre sobre la jurisprudencia contractual sobre la imprevisión*, cit., 46.

103 *Ibid.*, 46-47.

quier cambio de la relación de valores entre las prestaciones o modalidades de ejecución<sup>104</sup>. Así, por ejemplo, la sobrevalorización o desvalorización de la moneda con que se paga el contrato por factores inflacionarios obliga a reajustar el importe mediante su aumento o disminución para mantener el intercambio justo de prestaciones<sup>105</sup>. Asimismo, el mayor costo de transporte causado por la instalación de un puente mecano para vehículos de tonelaje menor en reemplazo de otro destruido por un terremoto obligaría simplemente a reajustar el precio.

En otros casos, sin embargo, el reembolso en dinero es necesario. Por ejemplo, los sobrecostos causados por condiciones climáticas, filtraciones o inundaciones imprevistas, paro de funcionarios, catástrofes y calamidad pública dan derecho al reembolso de los costos financieros asociados<sup>106</sup> y al aumento<sup>107</sup> o suspensión del plazo<sup>108</sup>. Ahora bien, si, pese a la necesidad de extender los plazos de la obra, la autoridad requiere que sea terminada en el plazo original previsto en el contrato, semejante exigencia constituiría una *potestas variandi* de “aceleración” sujeta a compensación<sup>109</sup>.

En el plano potestativo, la adaptación de los términos contractuales puede ser ordenada por la Administración, en ejercicio de su *potestas variandi* de “imprevisión”, o por el juez. La primera consiste en un acto administrativo que dispone la restauración del equilibrio prestacional sujeta a la aceptación del particular beneficiado, por obedecer a una circunstancia extracontractual. En el caso de alea material, el ajuste incluye una alteración de la obra que se hace cargo de la variación del terreno. Esta variación no es expropiatoria de derechos adquiridos porque surge de un nuevo acto jurídico o nuevo trato aceptado por el contratista. Esta modificación de “imprevisión” se diferencia, por tanto, de la *potestas variandi* “de interés público”, que causa el desequilibrio por interés puramente administrativo, en el marco del contrato, por vía de expropiación compensada, sin necesidad de aceptación por el constructor, pues se entiende que esta fue otorgada al momento de aceptar el encargo público cuyo estatuto legal contempla la posibilidad de modificación.

A falta de ejercicio de esta potestad o de aceptación del contratista, el empresario podría recurrir al juez para que resuelva conforme a criterios de equidad. Resulta ilustrativo el fallo que condenó al Serviu Metropolitano por enriquecimiento injusto, pues había obligado a la constructora a asumir

104 Gabrielli, E. *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016, 169.

105 Dictámenes CGR n.º 9.739 de 1988, n.º 16.458 de 1988 y n.º 18.173 de 1988.

106 Art. 161 inc. 3.º. Dictámenes CGR n.º 17.521 de 1982, n.º 29.119 de 2006 y n.º 35.248 de 2010.

107 Dictamen CGR n.º 9.301 de 1990.

108 Dictamen CGR n.º 10.575 de 1995.

109 Greenberg, *Problems Relating to Changes and Changed Conditions on Public Contracts*, cit., 151.

todos los costos causados por un hecho fortuito que determinó un cambio en el método constructivo<sup>110</sup>.

La pregunta que surge en este punto es si el constructor podría exceptuarse de cumplir sus obligaciones mientras se resuelve su pretensión compensatoria para efectos de mantener el equilibrio financiero. Nuestra respuesta es negativa porque no existe incumplimiento alguno de obligaciones por parte del Estado, como en el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*, ni imposibilidad total de cumplimiento por parte del constructor. Como explica Laubadère, la teoría de la imprevisión se diferencia radicalmente de la fuerza mayor<sup>111</sup>. Ahora bien, ¿podría el constructor tan solo reducir proporcionalmente la ejecución de sus labores por las mismas razones? Pensamos que tampoco, porque el desequilibrio solo existe jurídicamente desde que es reconocido por el Estado contratante o declarado por el juez. Por tanto, cualquier reducción previa a esos pronunciamientos constituiría una especie de autotutela injustificada y, por tanto, antijurídica.

#### CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, es posible destacar las siguientes conclusiones:

1. En materia de obras públicas, las circunstancias extraordinarias e imprevisibles pueden ser de carácter material o simplemente financiero. Las primeras obedecen a aspectos desconocidos del terreno o de la naturaleza circundante. Las contingencias financieras, por su parte, no obedecen a variaciones inesperadas del terreno sino a eventos que alteran notablemente los costos del contrato, como fenómenos inflacionarios o de carestía de insumos para la obra.

2. Puesto que la asimetría prestacional es inimputable a las partes, el constructor no tiene la obligación de asumirla del todo sino solo como un contribuyente más. Así se asegura la justicia distributiva de cargas públicas. De lo contrario, el contratista se vería injustamente gravado con una sobrecarga de interés público que debía ser soportada por todos los integrantes de la comunidad.

3. Para efectos de determinar la modalidad precisa de restauración del equilibrio perdido, es necesario distinguir si la normativa específica o el contrato han regulado un régimen de compensación del sobrecosto causado por hechos fortuitos. En tal caso, como es obvio, deberá estarse a lo suscrito. Sin embargo, ante la omisión normativa o consensual sobre el particular,

110 S.C. Ap. de Santiago Rol n.º 6.812-2001. Comentado por Alcalde Rodríguez, E. *Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria*. En *Revista Chilena de Derecho*. 34, n.º 2, 2007, 361-372.

111 Laubadère. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. III, cit., 115-116.



corresponde analizar la aplicación de la doctrina de la imprevisión o de las sujeciones imprevistas.

4. Cuando el riesgo de mayor onerosidad es regulado en un contrato a suma alzada, el constructor se hace cargo de la sobrecarga económica causada por circunstancias fortuitas a cambio de un precio único fijado al momento de celebrar el contrato. Supone que el contratista asume el riesgo y ventura de mayores costos futuros porque ha estimado su valor y lo ha incluido en su oferta económica.

5. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso tener presente que la suma alzada en el contrato de obra pública supone necesariamente una compensación anticipada de riesgos que asegura el equilibrio prestacional como elemento esencial –no accidental o excepcional– del contrato. Por tanto, para que la suma alzada pública tenga la aptitud de impedir la aplicación del *rebus sic stantibus* una vez ocurrido el hecho fortuito, semejante riesgo debe estar expresamente incluido en la oferta económica del contratista administrativo. Solo así se entenderá que su ocurrencia no ha alterado el necesario equilibrio de las prestaciones y la igualdad ante las cargas públicas.

6. Ante el silencio de la normativa o del contrato respecto de circunstancias sobrevinientes que alteran la equivalencia de las prestaciones, corresponde aplicar los criterios de “sujeciones imprevistas” respecto de contingencias relativas al terreno, y de imprevisión propiamente tal respecto de imprevistos financieros. En el primer caso, el contratista tiene derecho a la compensación total de los sobrecostos debido a que no está obligado a construir conforme a un proyecto diferente que se haga cargo del factor extracontractual. En el segundo caso, a diferencia de lo que sugiere la doctrina francesa, pensamos que el riesgo también debe ser asumido por el Estado. En una relación distributiva, la mayor onerosidad inimputable al agente de intereses públicos debe ser necesariamente distribuida a prorrata entre todos aquellos beneficiados con la continuidad de la obra.

7. No obstante lo anterior, la Contraloría ha rechazado la aplicación de la teoría de la imprevisión en Chile por falta de normas legales y reglamentarias que la prevean. No compartimos este criterio porque el silencio normativo determina la vigencia directa de la norma constitucional sobre igualdad distributiva (art. 19 n.º 20) y, por tanto, del deber social de compensar cualquier desequilibrio económico inimputable al constructor.

#### REFERENCIAS

Abrahamson, M. *Risk Management*. En *The International Construction Law Review*. 2, 1984, 241-244.

Alcalde Rodríguez, E. *Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, n.º 2, 2007, 361-372.

- Arancibia Mattar, J. *El deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales*. En *Revista de Derecho Político*, UNED. N.º 115, 2022, 289-310.
- Arancibia Mattar, J. *La buena fe en la ejecución de obligaciones legales entre el Estado y los particulares*. En *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los 30 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*. Santiago: Tirant lo Blanch, 2020, 31-59.
- Arancibia Mattar, J. *La discriminación ex post de los oferentes de una licitación pública como infracción administrativa y de libre competencia*. En *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 11, n.º 3, 2021, 311-330.
- Arancibia Mattar, J. *Naturaleza y justicia de los contratos administrativos*. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile. Julio-diciembre, 2019, 27-53.
- Aristóteles. *Ética nicomaquea*. J. Pallí Bonet (trad.). Madrid: Gredos, 1985.
- Barra, R. *La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública*. En *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile. 19/20, 1976, 323-335.
- Benavides, J. L. *Incertidumbre sobre la jurisprudencia contractual sobre la imprevisión*. En *Economía Colombiana*, Contraloría General de la República. 332, 2011, 35-50.
- Bunni, N. *Risk and Insurance in Construction*. 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Spon Press, 2003.
- Chamie, J. F. *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. 22, 2012, 219-275.
- Clemente, A. I. *Algunas consideraciones en torno a D.18.1.21 en perspectiva histórica*. En *Revista Internacional de Derecho Romano*. Octubre, 2008, 48-77.
- Despotopoulos, C. *La noción de synallagma en Aristóteles*. En *Ius Publicum*. N.º 14, 2005, 11-25.
- Domingo, R. y Rodríguez Antolín, B. *Reglas jurídicas y aforismos*. Madrid: Aranzadi, 2000.
- Escola, H. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Flores Rivas, J. C. *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Santiago: Thomson Reuters, 2021,
- Gabrielli, E. *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
- García de Enterría, E. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En *Revista de Administración Pública*. 2, 1950, 83-108.
- Glenn Beh, H. *Allocating the Risk of the Unforeseen, Subsurface, and Latent Conditions in Construction Contracts, Is there Room for the Common Law?* En *Kansas Law Review*. 46, 1997, 115 a 154.
- Granillo Ocampo, R. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

- Greenberg, M. *Problems Relating to Changes and Changed Conditions on Public Contracts*. En *Public Contract Law Journal*. 3, 1970, 135-162.
- International Federation of Consulting Engineers. *Condiciones de contratación para la construcción*. Ginebra, 1999.
- Jèze, G. *Principios generales del derecho administrativo*. T. v, *Teoría general de los contratos de la Administración*. 2.<sup>a</sup> parte. Buenos Aires: De Palma, 1950.
- Justiniano. *Digesto*. I. García del Corral (trad.). Barcelona: Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897.
- Laubadère, A. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. T. I. Paris, 1956.
- Loo Gutiérrez, M. *Contratación pública y medidas ante el Covid-19*. En Rojas, C.; Ferrada, J. C. y Méndez O., P. (coords.), *Derecho público y emergencia*. Santiago: Thomson Reuters, 2021.
- Mead, P. *Current Trends in Risk Allocation in Construction Projects and their Implications for Industry Participants*. En *Construction Law Journal*. 23, 2007, 23-45.
- Momberg Uribe, R. *Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 15, 2010, 29-64.
- Moreno Gil, O. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Madrid: Civitas, 1980.
- Mosset Iturraspe, J. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.
- Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*. T. XIII, *Contratos del sector público*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Neme Villarreal, M. L. *Los principios generales del Derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida*. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 15, 2008, 59-108.
- Oelckers, O. *Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 4, 1980, 179-210.
- Pequignot, G. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: Pédone, 1945.
- Posner, R. *The Law and Economics of Contract Interpretation*. En *Texas Law Review*. 83, 2005, 1581-1614.
- Posner, R. y Rosenfield, A. *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*. En *Journal of Legal Studies*. 6, 1977, 83-118.
- Prado Puga, A. *El contrato general de construcción, en especial la modalidad EPC y sus principales características*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41, n.º 2, 2014, 765-783.
- Soto Kloss, E. *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. T. II, *El principio de juridicidad*. Santiago: Jurídica de Chile, 1996.

- Triantis, G. *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*. En *U. Toronto Law Journal*. 42, 1992, 450-483.
- Trimarchi, P. *Commercial Impracticability in Contract Law*. En *Internacional Review of Law & Economics*. 1991, 63-82.
- Villey, M. *Génesis y decadencia del voluntarismo jurídico*. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*. N.º 2, 1961, 227-241.