

URZÚA | MATUTE
ABOGADOS

SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

EN LOS CONTRATOS de construcción se regulan detalladamente las formas de terminar anticipadamente el contrato. Así, suele existir una cláusula de término por conveniencia; una por mutuo acuerdo; otra por fuerza mayor; una a consecuencia de la suspensión del contrato; y, finalmente, una por incumplimiento.

Estas cláusulas revisten especial transcendencia tanto en la etapa de prefactibilidad como de factibilidad (en los casos en que hayan sido objeto de contrato), como en la etapa de construcción propiamente tal y, asimismo, en la etapa de operación de aquellas obras que hayan sido construidas con el objetivo de ser explotadas por la empresa que las construyó, sea en modalidad *BOT* o *BOOT*, u otras.

Me abocaré a la terminación por incumplimiento. Para este caso, suelen regularse las causales que dan derecho a poner término inmediato al contrato (sea con un listado "corto" de causales omnicomprensivas de muchas otras, sea con un "largo" listado, destinado a dar mayor certeza a las partes).

Dentro de las causales de terminación anticipada por incumplimiento, existen aquellas imposibles de subsanar y, de otro lado, aquellas que el contratista sí puede subsanar, dentro del plazo y condiciones pactadas o fijadas por el mandante, en el aviso de terminación. Dentro de las regulaciones posibles, hay dos muy marcadas: (i) casos en que el mandante tiene el derecho a decidir autónomamente si terminar inmediatamente el contrato o, en cambio, darle la "oportunidad" al contratista de subsanar el incumplimiento; y, (ii) casos en que el contratista tiene directa-

mente y a todo evento el "derecho" a subsanar el incumplimiento, en el caso en que el mandante notifique un incumplimiento que dé término al contrato.

Cabe recordar que la posibilidad de subsanación recogería la regla de *Conservación* del Contrato. Y, en el campo de sustrato del negocio (en cuanto realidad económica), se ha concluido que sería concordante con la circunstancia de que una fracción o toda la inversión se recupera en la etapa de operación. Por ello, se dice que existen intereses y expectativas bien marcadas del contratista de perseverar en el contrato y, por cierto, que se le dé esa posibilidad. En los casos en que la operación de lo construido no es parte del negocio pactado, la subsanación tiene como base que, muchas veces, el contratista obtiene sus mayores utilidades en la etapa intermedia o final del contrato, dado que en la etapa inicial los gastos son mucho más intensos.

En la práctica, estos sistemas de subsanación del incumplimiento a veces generan ciertos problemas de aplicación y/o interpretación contractual. Por ejemplo, (a) que en la cláusula de terminación por incumplimiento no se incluyen todas las obligaciones que materialmente son relevantes en el marco contractual, las que, además, no están expresamente calificadas como "esenciales" o *material obligations* en el contrato; y, de otro lado, (b) algunas obligaciones que, si bien sí están calificadas de "esenciales" en el contrato, no se reguló expresamente que su incumplimiento da lugar a la terminación anticipada.

Las circunstancias descritas, despiertan, al menos, preguntas como: (1) cuando nada se ha pactado de modo expreso ¿a favor de cuál parte está puesta este tipo

de cláusulas de subsanación (del deudor -léase, en este caso, contratista- o del acreedor -léase, en este caso, propietario-)? (2) ¿O estas cláusulas están puestas a favor de ambos, según las circunstancias y los bienes jurídicos cautelados? ¿Por qué la respuesta es relevante? (3) ¿Qué pasa si se incumple repetidamente una obligación, pero siempre es subsanada por el Contratista y nada se ha pactado para ese caso? (4) En las cláusulas en que el mandante es el que decide si permite o no al contratista subsanar el incumplimiento, ¿puede dejar sin efecto su decisión, durante el lapso que se dio para subsanar? ¿En qué casos sí, en qué casos no? (5) ¿Cuál es el límite del derecho a subsanar? (6) Respecto de las obligaciones que fueron calificadas de esenciales en el contrato, pero que las partes no las incluyeron en el listado de obligaciones que dan lugar a la terminación por incumplimiento: ¿puede alegarse la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral y, en ese mérito, pedirse la terminación? (7) La respuesta que alcancemos en la pregunta inmediatamente anterior, ¿será aplicable a las obligaciones relevantes o esenciales para el contrato concreto, pero no calificadas de ese modo por las partes?

Dejo las preguntas abiertas, pero estableciendo que, en todo caso, de uno u otro modo, las respuestas dependerán de cómo se aplicará al concreto marco contractual en análisis los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, en sintonía con sus artículos 1545 y 1546; todo ello, en concordancia con el "ambiente" del contrato y la consecuencia que se le dé a la circunstancia de que serían las partes las llamadas a tener en cuenta y velar por sus propios intereses, en este caso, los grandes actores del mercado de proyectos. ■