

LOS GASTOS GENERALES EN EL CONTRATO DE OBRA:
UNA REFLEXIÓN CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA EN CHILE

*OVERHEAD COSTS IN THE CONSTRUCTION CONTRACT: A
REFLECTION ON THE OCCASION OF THE PANDEMIC IN CHILE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2348-2373



Álex ZÚÑIGA
TEJOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Este trabajo revisa el tratamiento de los Gastos Generales en el contrato de obra, como una categoría jurídica distinta e independiente de los costes directos. En este sentido, se evidencia que atendiendo a su finalidad deben ser sufragados con la periodicidad convenida, porque solventan expensas diferenciadas de los estados de avance en una obra.

PALABRAS CLAVE: Gastos Generales; costes directos; contrato de obra.

ABSTRACT: *This work reviews the treatment of Overhead Costs in the construction contract, as a distinct legal category independent of direct costs. In this sense, according to their purpose, they must be paid with the agreed periodicity, because they cover expenses differentiated from the stages of progress in a work.*

KEY WORDS: *Overhead Costs; Direct Costs; Construction Contract.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS GASTOS GENERALES Y SU TRATAMIENTO.- I. El precio y sus diversas partidas.- 2.- La naturaleza de los Gastos Generales y su tratamiento en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Derecho histórico.- III. ARGUMENTOS PARA SOSTENER QUE LOS GASTOS GENERALES SE DEBEN CUMPLIR PERIÓDICAMENTE, CON INDEPENDENCIA DEL ESTADO DE AVANCE DE LAS FAENAS, PORQUE SU PAGO SE RIGE POR REGLAS ESPECIALES.- 1. Porque las cláusulas contractuales hay que entenderlas y dar el sentido que les permita producir efectos.- 2. Porque los Gastos Generales tienen una “causa” o motivo jurídico distinto para su pago, que no debe confundirse con la causa o motivo de los costes directos.- 3. Por la doctrina de los actos propios, porque si las partes han expuesto de forma separada los Gastos Generales en los contratos, es porque reconocen que tienen una naturaleza diversa, que amerita darles un tratamiento distinto.- 4. Porque en el moderno Derecho de Contratos las partes buscan que se garanticen ciertos resultados que satisfagan el interés del acreedor.- 5. Porque en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo.- 6. Porque los contratos son instrumentos de distribución de riesgos y, mediante la estructura de los “Gastos Generales”, las partes establecen una regla distinta.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

“Ofrecemos con gusto este artículo como muestra de reconocimiento al Prof. Cesare Massimo Bianca (Q.E.P.D.), jurista ejemplar del Derecho Civil italiano y comparado”

I. INTRODUCCIÓN.

En la Responsabilidad contractual, se ha asentado tanto en el Derecho nacional como comparado una diferencia elemental entre la excusa liberatoria que puede invocar un contratante para, por una parte, no cumplir con la “prestación misma que nace del contrato”, y por otra, las causas que pueden alegarse para “eximir de responsabilidad” frente a dicho incumplimiento. A esta distinción se le ha denominado con distintas expresiones, a saber: algunos la han designado como la diferencia entre la “pretensión de cumplimiento” y la “pretensión indemnizatoria”; otros como “cumplimiento específico” en oposición a la “acción por daños”², y particularmente en Chile, como la diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable”³. Esta precisión resulta esencial, puesto que la única excusa que legítimamente puede invocar un contratante para no cumplir la obligación emanada del contrato “es que exista una imposibilidad absoluta para llevar a cabo

1 MORALES MORENO, A.: *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 55 y ss.

2 ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. Esther Arroyo i Amayuelas), Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pp. 46 y ss.

3 BARROS BOURIE, E.: “La diferencia entre ‘estar obligado’ y ‘ser responsable’ en el derecho de los contratos”, en *Estudios de Derecho Civil II* (Coord. por H. Corral Talciani y Rodríguez Pinto), Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 721 y ss.

• Alex Zúñiga Tejos

Profesor de Derecho Civil y Líder académico de Derecho Privado, Universidad de Las Américas. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Talca. Correo electrónico: azunigat@udla.cl alexzunigatejos@gmail.com

la prestación debida"⁴. Asimismo, la jurisprudencia chilena ha puesto de relieve que no se debe confundir la "imposibilidad absoluta" con la "imposibilidad relativa", por lo que los efectos del caso fortuito pueden y deben superarse en algunos casos, lo que dependerá de la diligencia y cuidado que responda el deudor"⁵.

Con ocasión de la pandemia, se generó una interesante discusión en torno a si algunas obligaciones contractuales debían cumplirse igualmente en conformidad a lo pactado o, por el contrario, se configuraba una imposibilidad absoluta. Es cierto que resulta particularmente difícil entregar una única respuesta para una variedad inconmensurable de supuestos fácticos, especialmente, porque la pandemia afectó de manera excesivamente diferenciada a los distintos agentes del mercado. En efecto, hubo distintas etapas, pues en un comienzo sólo se prohibieron algunos giros comerciales que implicaban aglomeraciones (gimnasios, restaurantes, entre otros); luego se decretaron cuarentenas en algunas circunscripciones; después sólo fueron permitidas actividades esenciales, etc., por lo que la revisión de los riesgos contractuales deben respetar estas distinciones⁶. Asimismo, este análisis es aún más complejo si consideramos que lo que realmente afecta al desarrollo de las actividades productivas son los Actos de Autoridad ("hecho del príncipe") que fueron promulgados para evitar la propagación del COVID-19, por lo que se deberá analizar casuísticamente si esas decisiones gubernamentales afectaron o no la prestación debida, así como las posibles causales que permitirían su inejecución"⁷.

Nuestras reflexiones parten del supuesto que el giro de la construcción no estuvo "prohibido"⁸, sino que muchas empresas mandantes adoptaron medidas preventivas por su cuenta para disminuir posibles contagios –conforme a protocolos generales emanados de la Autoridad-, influyendo en los estados de avance y que pusieron en entredicho el pago de los Gastos Generales.

4 BARAONA GONZÁLEZ, J.: "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 1, 1997, p. 152; BARROS BOURIE, E.: "La diferencia", cit., p. 746. En el Derecho italiano, MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955, p. 227.

5 Corte Suprema, 21 de enero del 2008, Rol N° 5.055-06. En similares términos, Corte Suprema, 22 de enero de 2009, Rol N° 6739-2007; Corte Suprema 18 de diciembre de 2008, Rol N° 6311-2008; Corte Suprema 21 de enero de 2008, Rol N° 5055-2006 y Corte Suprema, 9 septiembre 1992. R., t. 89, N° 3, sec. 5ª, p. 254.

6 Esta explicación la hemos expuesto en una publicación sobre los efectos del COVID-19. V. ZÚÑIGA TEJOS, A.: "Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y el COVID-19", en *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del COVID-19* (Director Cristian Lepin Molina), Editorial Tirant Lo Blanch, 2020, Valencia, pp. 85-94.

7 Realizando importantes distinciones, PEEL, E.; *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2011, pp. 925 ss.

8 Esto es así, toda vez que las reflexiones que aquí presentamos tuvieron por origen la paralización de faenas por parte de empresas que funcionaban en regiones del país que no estaban sujetas a cuarentenas ni a limitación de actividades.

II. LOS GASTOS GENERALES Y SU TRATAMIENTO.

En esta primera parte, conceptualizaremos los Gastos Generales, para posteriormente analizar el tratamiento diferenciado que corresponde dar a esta partida, en mérito a las cláusulas contractuales habituales en los contratos de construcción, así como a los principios y máximas de Derecho.

I. El precio y sus diversas partidas.

Como es bien sabido, en el contrato de obra, el precio debe ser cierto, pero no es necesario que se determine al momento de la celebración del contrato, toda vez que su determinación puede llevarse a cabo por los propios interesados, por un tercero o un perito⁹. En cuanto a la modalidad de esta retribución, las formas más usuales en Chile son la “suma alzada”, “por precios unitarios” (piezas ejecutadas o unidad de medida) o mediante el “sistema de administración”¹⁰. Es también usual que se empleen fórmulas mixtas¹¹. Cualquiera que sea la forma de fijar esta contraprestación, en la mayoría de los contratos se distinguen diversas partidas al momento de singularizar el precio, siendo las más usuales los “Gastos Generales”, los “costes directos”, los “precios unitarios”, etc.

Es respecto a este asunto donde recientemente se ha planteado una discusión jurídica con ocasión de la pandemia, pues una interpretación un tanto apresurada, ha intentado sostener que: “los Gastos Generales son parte del precio, y como tal, al no ejecutar el contratista la obligación de construir de conformidad a lo proyectado, no podrá cobrar tampoco los Gastos Generales, que forman parte del precio”.

Una aseveración como la anterior, dejaría de lado las justificaciones que dan origen a las distinciones existentes en todas las Ciencias¹², que son las que fundamentan y explican que se designen nombres y calificaciones diferenciadas a las diversas partidas que puedan formar parte de una categoría mayor. Si esto lo reflexionamos para las Ciencias Jurídicas, una afirmación en tal sentido intentaría hacer un “totum revolutum”¹³, pues no respetaría criterios diferenciadores lógicos, necesarios y suficientes que son los que las partes acuerdan en este tipo de actos

9 Este criterio es universalmente aceptado, como puede verse en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El contrato de obra”, *Tratado de Contratos* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. III, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 205.

10 CONTRERAS STRAUCH, O. y PRADO PUGA, A.: “El contrato de construcción y sus principales garantías”, *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago, pp. 7-9 y PUELMA ACCORSI, Á.: “Contrato de construcción y la quiebra”, en *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago, pp. 4-5.

11 PUELMA ACCORSI, Á.: “Contrato de”, cit., pp. 4-5.

12 COLEMAN, J.: “Tort Law and Tort Theory. Preliminary reflections on method”, *Philosophy and the Law of Torts* (Editor Gerald J. Postema), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 183.

13 Esta locución latina, según el Diccionario de la Real de la Academia de la Lengua, significa literalmente ‘todo revuelto’, es decir, un revoltijo (conjunto de cosas sin orden).

y que consideraron relevantes al momento de contratar¹⁴. Esto nos obliga a revisar la naturaleza de los Gastos Generales.

2. La naturaleza de los Gastos Generales y su tratamiento en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Derecho histórico.

Las empresas dedicadas al rubro de la construcción están insertas en un mundo de alta complejidad, puesto que para su funcionamiento requieren del financiamiento de dos tipos de gastos; los primeros directamente vinculados con la construcción, que son los denominados “costes directos”, que incluirían “a) la mano de obra, con sus pluses y cargas y seguros sociales, que intervienen directamente en la ejecución de la unidad de la obra; b) los materiales a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución; c) los gastos de personal, energía, combustible, etc. que tengan lugar en el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de la obra, d) los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas”¹⁵. Por otra parte, están los “costes permanentes o indirectos”, que reciben también el nombre de “Gastos Generales”, que son los que no pueden asociarse a una partida de la obra en particular, y por esta razón se establecen bajo una denominación diferente. Por eso se ha explicado que al no poder asignarse estos costes a una partida determinada, son calculados en función al total de trabajos a ejecutar (la magnitud de la construcción) y al plazo de ejecución de la obra¹⁶. Nunca está de más recordar que la singularización de los Gastos Generales es particularmente relevante en los contratos de largo plazo, que implican inversiones de cierta envergadura.

En el mismo orden de cosas, son tan complejos los aspectos a los que da lugar el pago del precio en la construcción, que ha motivado desde antigua data la discusión en el foro y en la academia, sosteniéndose que “hay amplia libertad de contratación para establecer precios alzados, o remuneraciones en base a distintos parámetros, como puede ser tiempo, unidad, etc.”¹⁷. Dicha “amplia libertad” responde a la dificultad práctica que tiene que enfrentar el Derecho de la construcción en la realidad, pues considerando aspectos tan disímiles como los

14 Así las cosas, una afirmación como la que mencionábamos más arriba, es análogicamente tan aberrante como sostener que: “Los hombres son finalmente animales, y por lo tanto, debe dárseles la misma regulación que cualquier otro animal”. Al igual como la frase expuesta anteriormente, esta última desconocería la naturaleza más íntima que tiene el ser humano con el resto de los animales y, por lo tanto, echaría a “tabla rasa” toda la regulación normativa que se le debe dar a las personas, como un Ser muy distinto al de un objeto de derechos.

15 JURISTO SÁNCHEZ, R.: *El Contrato de Obra Pública*, Raíz TG S.L., Madrid, 1997, p. 17.

16 LÓPEZ, M.: “Gastos Generales en Chile y deficiencias del RCOP”, *El Mercurio Legal*, junio de 2019, Santiago, p. 1; y VELÁSQUEZ VELA, V.: “Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública”, en *Derecho & Sociedad* N° 36, Santiago, p. 32.

17 PUELMA ACCORSI, Á.: “Contrato de”, cit., p. 8.

valores relacionados directamente con la obra y, por otra parte, el mantenimiento mismo de la funcionalidad de la empresa, es que las partes establecen fórmulas que permitan la continuidad del contrato y de las partes interesadas.

Precisamente, los “Gastos Generales” dicen relación con la continuidad o subsistencia de la empresa constructora, lo que justifica que se rijan por reglas y principios propios, muy distintos a los que dicen relación con los “costes directos”. Como se ha entendido generalmente, los “Gastos Generales” sirven para sueldos, bonificaciones y beneficios sociales que habrá que pagar a los administrativos y personal técnico, traslados del personal y los seguros asociados, gastos de administración en oficina, los servicios de agua, luz, teléfono, internet, etc., cartas de resguardo, boletas de garantías para la ejecución de la obra (garantías de fiel cumplimiento), intereses, leasing, etc.¹⁸. Este alcance de los Gastos Generales también es compartido en el derecho comparado, pues se ha entendido que son “los costos incidentales de la administración del negocio del contratista en su conjunto e incluyen costos indirectos que no pueden asignarse directamente a la producción, en lugar de los costos directos que son los costos de producción. Entre otras cosas, estos gastos generales pueden incluir el alquiler, las tasas, los salarios de los directores, las contribuciones de los fondos de pensiones y los honorarios de los auditores. En términos contables, los gastos generales de la oficina central generalmente se denominan gastos administrativos, mientras que los costos directos de producción se denominan costos de ventas”¹⁹.

Con todo lo anterior, debemos detenernos y analizar cada una de estas partidas, para demostrar la distinta naturaleza que tienen los Gastos Generales, y por lo tanto, que deben tener un tratamiento muy diferente a los costes directos. En efecto, todos los conceptos que hemos dado hasta el momento, coinciden en que los Gastos Generales son para solventar importes totalmente desvinculados a cuánto se haya avanzado en las obras. Así, puede constatarse que las “remuneraciones de administrativos, de honorarios de auditores y de los distintos órganos de dirección de la empresa” son expensas permanentes y estables, que tendrán que cumplirse indefectiblemente durante toda la vida del contrato y que no dependen directamente del estado de avance. Lo mismo ocurre con el pago de “seguros, garantías, mantenimiento de instalaciones, financiamiento y cargos de la oficina central”, pues todos estos ítems están vinculados con entidades con las que se han suscrito contratos a plazos determinados, devengándose sus respectivos cumplimientos mes a mes, no admitiéndose como justificación válida ni razonable que “no deban cumplirse porque por orden de la mandante se han paralizado

18 Así lo entiende la Corporación de Desarrollo Tecnológico, de Corporación de Derecho Privado creada por la Cámara Chilena de la Construcción, en su “Glosario Técnico de la Construcción”, en <http://glosario.registrocdt.cl/word/gastos-generales>. Fecha de consulta 29 de agosto del 2021. En idénticos términos, VELÁSQUEZ VELA, V.: “Variación de”, cit., p. 32.

19 SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW, *Delay and disruption Protocol*, SCL, 2nd edition, February 2017, p.64.

las obras". Como constituye regla general de Derecho, al tratarse todas estas glosas de "obligaciones de dinero", el hecho que el contratante tenga o no la capacidad financiera para cumplir en tiempo y forma es un riesgo contractual que depende exclusivamente de su esfera de control, por lo que no puede invocar "caso fortuito" o incumplimiento de terceros que impiden que él, a su vez, pueda cumplir, pues el género no perece (y el dinero es de este tipo)²⁰, como porque no existe un nexo causal que permita justificarlo²¹.

En virtud de estas consideraciones, en el mundo de la construcción se establecen los "Gastos Generales", que tienen por finalidad hacer frente a esas deudas permanentes y que, por tal carácter, se pagarán de forma invariable. Bajo estos respectos, el contratista hace sus estimaciones y acepta los términos contractuales. Están relacionados con lo que se denomina en el derecho comparado la "base del negocio", representado por todas aquellas circunstancias que se consideran fundantes de la relación contractual, y que en caso de no concurrir o de ser modificadas, permitirían poner término al vínculo o a una revisión del mismo, y si es imputable, a la reparación integral de los daños²². Esto tiene por sustento un hecho indesmentible: si no se establecieran dichos pagos mínimos garantizados, la empresa contratista no podría llevar a cabo sus funciones, por lo que, de no existir esas obligaciones, la empresa no celebraría el contrato o lo haría con otro contenido.

Es tan importante lo que venimos revisando, que en la obra clásica del jurista francés ROBERT JOSEPH POTHIER, titulada "*Tratado de la Locación*" -redactado en una época en que la industrialización estaba en ciernes-, el autor exponía un ejemplo que establecía las bases de lo que actualmente conocemos sofisticadamente como "Gastos Generales". El ejemplo era el siguiente: "Uno celebra un contrato con maestros de obras extranjeros para la construcción de un edificio en una heredad suya, y como ellos desconocidos en el país no tienen crédito ni tampoco dinero, el locador se compromete á salir fiador por ellos al panadero para que les facilite todo el pan que necesiten. Si después de este contrato se negase el locador á salir fiador por ellos, no hay duda que los albañiles á quienes el panadero no querría fiar el pan, tendrían contra el locador la *accion ex conducto* para obligarle á cumplir lo convenido, y para pedir en caso de no hacerlo que se declarase rescindido el contrato, siendo el locador condenado además al pago de los daños y perjuicios resultantes de su falta de cumplimiento á lo pactado"²³.

20 Por todos, RAMOS PAZOS, R.: *De las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 49-51.

21 Es el clásico ejemplo propuesto por Pothier para explicar cuáles son daños directos e indirectos. POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliesta, Buenos Aires, 1993, pp. 98-99.

22 En este sentido, lo que regula el actual §313 del BGB, bajo la denominación de "Alteración de la base del negocio".

23 POTHIER, R. J.: *Tratado de la locación*, Imprenta y litografía J. Roger, Barcelona, 1841, p. 187. En la versión original dice "extrangeros" en vez de "extranjeros", el resto idéntico.

Por la relevancia que tuvo este jurista en la codificación francesa y en la chilena, sus enseñanzas son decisivas para la correcta interpretación de los textos legales y su significado dogmático. En ese sentido, este pasaje de la obra dedicada al contrato de construcción demuestra como determinados costes son permanentes, invariables y que por ninguna circunstancia el locador (es decir, el mandante) puede dejar de cumplir, ya que si no lo hace, el contratista tiene en su contra la acción directa emanada del contrato para exigir compulsivamente la prestación a la que se había comprometido, más la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

Si lo llevamos a un lenguaje moderno, el equivalente a los importes para la manutención de los albañiles en el ejemplo del POTHIER, son los Gastos Generales en una empresa constructora: si no tienen el pan los albañiles, éstos no podrán subsistir; y, *mutatis mutandis*, si a una empresa no se le pagan los Gastos Generales, no tendrá el sustento para continuar con sus funciones. Nótese otro aspecto: en ninguna parte se deja sujeta dicha obligación al progreso de las obras; lo que resulta obvio, porque el avance no depende exclusivamente de los jornaleros, sino de múltiples variables; por lo que los costes de mantenimiento son permanentes. Tan manifiesto es lo que venimos tratando, que por tal motivo el jurista francés no dudó en señalar que los contratistas podían solicitar eficazmente el cumplimiento coercitivo de esa prestación, y que si el comitente era contumaz, podían impetrar la terminación del contrato más la indemnización de los perjuicios asociados.

Por otra parte, la expresión "Gastos Generales" es un concepto técnico, por lo que cabe aplicar por analogía las reglas de interpretación de la ley consagradas en el Código Civil, dentro de las que está el artículo 21 que dispone: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dan los que profesan la misma ciencia o arte". Así, debemos necesariamente acudir al sentido y alcance que le dan aquellos que desempeñan dicha actividad. En efecto, la Excm. Corte Suprema ha recurrido al mismo criterio en una sentencia que sentó jurisprudencia sobre la materia, pues utilizó al informe pericial ordenado en la causa para conceptualizar los Gastos Generales, sosteniendo: "Décimo cuarto: Que según precisa el informe pericial, los gastos generales corresponden a aquellos costos indirectos (equipo profesional, maquinaria y dependencias, entre otros) en que incurre la Constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción. Así, los ítems pertenecientes al gasto general corresponden a aquellos costos que no pueden ser asignados exclusivamente a una partida específica, y que, a su vez, no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora. Para determinar el monto total del gasto general, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra. Es por ello que si se

producen cambios en dichas variables, se producen variaciones en el desembolso real que realiza la Constructora por este concepto"²⁴.

Esta sentencia del Máximo Tribunal, concuerda con todos nuestros planteamientos, reconociendo tres aspectos que resultan determinantes para el estudio de los Gastos Generales, a saber: a) son aquellos "en que incurre la Constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción"; b) "no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora" y c) "Para determinar el monto total del gasto general, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra. Es por ello que, si se producen cambios en dichas variables, se producen variaciones en el desembolso real que realiza la Constructora por este concepto".

En primer lugar, como bien razona la sentencia, los Gastos Generales se devengan para una empresa por el solo hecho de estar presente en la construcción, no habiendo vinculación alguna entre dicho concepto y los aspectos referentes a la progresión de las obras. Diciéndolo de forma positiva: mientras esté un contratista disponible para realizar una faena, los Gastos Generales se producen, porque son los costes que acaecen por el solo hecho de estar dispuesta una compañía en la realización de una construcción. Por consiguiente, se generan invariablemente, con independencia de cualquier otra actividad.

En segundo lugar, coincidente con lo anterior, como los Gastos Generales se generan con total independencia de los importes directos de las obras respectivas, deben ser calculados diferenciadamente, porque obedecen a formas de cuantificación disímiles. Los Gastos Generales son permanentes, a diferencia de los costes directos que son variables, pues dependerán de cuánto material, cuántos trabajadores se necesiten en las faenas, etc.

Y, en tercer lugar, el monto al que ascienden dependerá de dos factores: el plazo y la magnitud de la obra. En lo que dice relación con el plazo, dos asuntos deben ser considerados: si aumenta el plazo de permanencia en la obra, necesariamente deberá aumentar el monto por concepto de Gastos Generales, pues en ellos "incurre la constructora por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción", como ha dicho la sentencia referida y que profundizaremos más adelante. Pero, además, durante todo ese plazo se deberán respetar las sumas que contractualmente se habían comprometido de forma periódica, más allá de cualquier avance.

24 Corte Suprema, Sentencia de reemplazo, 30 de agosto de 2016, Rol N° 33.634-2015.

Sobre esto último, nuevamente conviene recurrir a lo expresado por los que ejercen dicha profesión. Así, en el “Manual de Control de Presupuestos para la Construcción”, se señala que “Los gastos generales de una empresa constructora son los gastos producidos por ella y necesarios para que la empresa se pueda mantener. Está formado por los gastos de estructura de la empresa y por los propios derivados del contrato de ejecución de la obra”²⁵, esto quiere decir que si no se cumplen mensualmente, la compañía no podrá subsistir, lo que es refrendado por los criterios profesionales de la construcción: “Los gastos generales deben ser pagados de forma permanente durante el transcurso de la obra, con independencia de que la empresa tenga un volumen alto o bajo de actividad y se cargan en cada estado de pago porcentualmente. Son importantes para determinar la cantidad que una empresa debe cobrar por sus productos o servicios para obtener un reembolso por ejecución, formando parte así de los costos fijos”²⁶.

Por consiguiente, el cumplimiento de los Gastos Generales va por cuerda separada de los estados de avance de las obras, lo que se ve refrendado por el Derecho histórico, la jurisprudencia y los que profesan esta ciencia o arte. La particularidad de los Gastos Generales es que deben pagarse con periodicidad, con independencia del estado de avance de las obras. Dicha periodicidad será la convenida por las partes, o la que corresponda conforme a la ejecución que han hecho de ella, por aplicación del efecto práctico de los contratos. Por tanto, si los Gastos Generales son solucionados mensualmente, deberán cumplirse inexorablemente durante todo el tiempo que dure el contrato, con independencia del avance de las obras, especialmente, si se debe a hechos ajenos e inconexos con la empresa constructora.

III. ARGUMENTOS PARA SOSTENER QUE LOS GASTOS GENERALES SE DEBEN CUMPLIR PERIÓDICAMENTE, CON INDEPENDENCIA DEL ESTADO DE AVANCE DE LAS FAENAS, PORQUE SU PAGO SE RIGE POR REGLAS ESPECIALES.

Los Gastos Generales se rigen por reglas especiales, que obligan a que deban ser pagados mensualmente conforme a la periodicidad convenida, con independencia del estado de avance de las obras. Lo anterior conforme a los siguientes argumentos:

25 Metodología de trabajo con Arquímedes en la gestión de la construcción, p. 4. Disponible en http://www.cype.net/manuales/arquimedes/Cype_arquim_c3_2_conceptos_control_presupuestario.pdf. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

26 <https://www.chilecubica.com/estudio-costos/g-g-gastos-generales/>. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

I. Porque las cláusulas contractuales hay que entenderlas y dar el sentido que les permita producir efectos.

Si en un contrato se desglosa cada uno de los ítems o partidas que componen el precio total, es porque tienen un sentido y alcance diferente y se quiso dar esa significación, lo que también explica que deban regirse por reglas distintas. Así, los Gastos Generales tienen por finalidad pagar “costes” que dicen relación con el mantenimiento de la empresa, para que ésta pueda seguir funcionando o subsistiendo, y que por lo mismo, no dependen de las incertidumbres que puedan derivar de la aprobación, o no, de los estados de avance que, *a contrario sensu*, son aquellas “Partidas a costo directo” que sí dependen del proceso de construcción.

En efecto, si se analiza con mayor detenimiento este aspecto, es tan manifiesta esta realidad, que los “Gastos Generales” tienen por finalidad que la empresa constructora realice aquellos pagos sometidos a plazos fatales impostergables, cuyo cumplimiento no puede retrasarse, como son las remuneraciones de ingenieros, supervisores, funcionarios administrativos, etc., así como el pago de las rentas de arrendamiento de las oficinas en que funciona la empresa, los leasing de las maquinarias y vehículos, entre tantos otros rubros (incluso que guardan relación con Leyes Previsionales y de Seguridad Social), y cuyos incumplimientos pueden provocar la insolvencia o liquidación de la empresa constructora. Por todas estas razones, resulta obvio que deben cumplirse de forma paralela e independiente de los estados de avance –que corresponde a otra glosa también perfectamente definida-, puesto que responden a conceptos y lógicas de cumplimiento distintos.

Todo lo anterior tiene un amplio reconocimiento en el Derecho y corresponde a un principio interpretativo universalmente aceptado²⁷ que está contenido en nuestro Código sustantivo en el artículo 1562: “El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Esta norma de interpretación tiene una raigambre histórica de la mayor autoridad, puesto que fue extraída por don Andrés Bello de la obra del jurista francés ROBERT JOSEPH POTHIER que la explicaba en los siguientes términos: “Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna”²⁸. El fundamento de esta regla es claro, como explica el profesor ARTURO ALESSANDRI R.: “Como es razonable suponer que los contratantes son personas cuerdas que están en su sano juicio –ya que de otra manera el acto sería nulo por incapacidad de los contratantes-, y como los actos de las personas sensatas persiguen siempre un

27 MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, p. 115; En el Marco Común de Referencia (DCFR), el artículo II.- 8:106; y LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los Contratos*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 458.

28 POTHIER, R. J.: “Tratado de”, cit., p. 60.

objetivo práctico, dispone el artículo 1562...²⁹. Es decir, hay que darle un sentido “útil” a las disposiciones, pues lo contrario conduciría al absurdo de considerar que las partes se esmeraron en redactar cláusulas que no producirán efectos. El sentido económico de la eficiencia más elemental es plenamente concordante con estas ideas³⁰.

Conducir a un absurdo es lo que precisamente busca evitar la norma del artículo 1562, pues no puede asignársele la misma interpretación a aquellos casos en que se establece un monto único y total -como ocurre con algunos contratos a suma alzada o en otros actos jurídicos como la compraventa-, que a aquellos en que se establecen montos definidos y por separado, porque si ello significara exactamente lo mismo conduciría a la mera reiteración, como si las personas actuaran de forma irracional, lo que repugnaría con el sentido jurídico universalmente aceptado³¹.

Entonces, el sentido útil, eficaz y lógico que se le puede dar a que se establezcan de forma singularizada los “Gastos Generales” en los contratos de construcción, es que los pagos que deban realizarse por dicho concepto se sujeten a los períodos de cumplimiento que contractualmente se habían fijado, de forma invariable y con independencia del estado de avance en las obras, pues estas últimas, se sujetarán al procedimiento establecido para Precios Unitarios o Costes directos, que tienen su propia glosa en los contratos.

Todos estos planteamientos están contestes con los principios y máximas interpretativas del Derecho comparado, pues las cláusulas hay que entenderlas de forma tal que produzcan efectos; así el Marco Común de Referencias (DCFR) en su Art. II.- 8:106 dispone: “Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de las cláusulas del contrato será preferida frente a la interpretación contraria”³².

2. Porque los Gastos Generales tienen una “causa” o motivo jurídico distinto para su pago, que no debe confundirse con la causa o motivo de los costes directos.

En Derecho, pueden confluir distintas concepciones para entender la “causa” que puede tener una obligación, tanto si lo analizamos desde la perspectiva que en una misma obligación puedan concurrir varias personas con distinta “causa” para

29 ALESSANDRI RODRIGUEZ., A.: *De los Contratos*, Editorial Jurídica, Santiago p. 66.

30 SHAVELL, S.; *Fundamentos del análisis económico del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 665-667 y POSNER, R.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, 2007, pp. 36-39.

31 En efecto, el Marco Común de Referencia (DCFR), que es uno de los instrumentos de unificación del Derecho Civil –cuyo origen está en la Comisión Europea- dice en sus comentarios oficiales del Art. II.- 8:106: “Las partes se deberán considerar personas con juicio cuya intención es que el contrato resulte plenamente eficaz (magis ut res valeat quam pereat)”.

32 En el mismo sentido, MESSINEO, F.: “Doctrina general”, cit., p. 115 ss.

su cumplimiento, o bien, que en un mismo contrato las diversas obligaciones que nacen puedan tener múltiples causas jurídicas para cada una de ellas.

Así lo ha entendido siempre la más selecta doctrina nacional, que al explicar –a modo de ejemplo- la solidaridad pasiva, señala que todas las personas que se obligan como codeudores a una misma prestación, pueden obligarse por diferentes causas. Expone el tratadista MANUEL SOMARRIVA: “Los deudores pueden obligarse por causa distintas. Se confirma esta apreciación con el artículo 1522, que se pone en el caso de la obligación solidaria sólo interese a uno o algunos de los deudores. Así por ejemplo, si a una persona le facilitan una cantidad de dinero en mutuo y otra se constituye responsable de su devolución, obligándose solidariamente con aquella, la causa de su obligación para la primera es la entrega del dinero, y para la segunda, la mera liberalidad...”³³. Lo anterior demuestra que, si incluso una misma obligación puede tener distintas causas para cada uno de los obligados, con mayor razón si se trata de obligaciones que las partes se preocuparon de designar por partidas distintas, reconociéndose expresamente que responden a criterios jurídicos de diferente tipo.

Por lo tanto, si las partes han dado un tratamiento distintivo a los Gastos Generales, diferenciándolo de los “costes directos” de Construcción, con programas de pago propio –que son independientes de los estados de avance que requieren de “aprobaciones”-, es porque las partes contractuales siempre comprendieron que su cumplimiento debía efectuarse más allá de cualquier adelanto en el programa de construcción, porque los gastos que están destinados a solventar –tales como arriendos, leasing, seguros, etc.- no admiten estar sometidos a “asentimientos para su pago” (como sí ocurre con los costes directos por Precios Unitarios); a tal punto, que de no haberse entendido y acordado expresamente de esta forma, las empresas constructoras no hubiesen contratado, o lo hubiesen hecho en forma más onerosa (porque se hubiesen visto en la necesidad de buscar financiamiento por otras vías, y que por cierto, encarecerían los proyectos). En consecuencia, al responder los Gastos Generales a una causa distinta a la de los costos directos, justifica que se deban cumplir durante toda la vigencia del contrato, conforme a los planes de pagos acordados contractualmente.

En el mismo orden de ideas, dentro de las normas de interpretación de los contratos, encontramos aquella que señala que los negocios jurídicos hay que entenderlos teleológicamente, esto quiere decir, conforme a los fines que las partes buscaban de acuerdo al contrato que celebraban. Como ha señalado la Excm. Corte Suprema: “...de manera que en materia de hermenéutica contractual, es preciso intentar más una interpretación finalista que una exégesis de la convención...”, para luego continuar: “afirmación que es concordante con

33 SOMARRIVA, M.: *Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943, p. 48.

otra de las normas de hermenéutica legal, específicamente con el artículo 1563 del Código Sustantivo Civil, en el sentido de que en materia de convenciones generadoras de obligaciones debe buscarse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”³⁴.

Para desentrañar la naturaleza de un contrato, se atiende a los efectos que las partes buscaron con su celebración, tomando en cuenta los fines perseguidos por ellas. De esta manera, la naturaleza de las obligaciones permite sustentar que los Gastos Generales deban cumplirse conforme al objeto que las partes pretendían con cada una de esas partidas: los “costos directos” para solventar los estados de avance; los “Gastos Generales”, para todas aquellas obligaciones que deban cumplirse indefectiblemente de forma periódica, con prescindencia de los adelantos en las obras.

3. Por la doctrina de los actos propios, porque si las partes han expuesto de forma separada los Gastos Generales en los contratos, es porque reconocen que tienen una naturaleza diversa, que amerita darles un tratamiento distinto.

El ordenamiento jurídico tiene como una de sus máximas la protección de la buena fe, que se materializa en un deber de lealtad y rectitud que debe prevalecer en las relaciones humanas en todas las esferas de la vida³⁵. La doctrina ha desarrollado este principio, analizando instituciones y brocardos que tienen su sustento dogmático en la buena fe, siendo una de sus principales manifestaciones el desarrollo de la denominada “doctrina de los actos propios”³⁶. Esta doctrina consiste en que “no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de un sujeto jurídico que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior”³⁷. Tanto la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional³⁸, requieren los siguientes requisitos para su procedencia: “1.- Una conducta anterior que revela una determinada posición jurídica de parte de un ente jurídico a quien se trata de aplicar este principio; 2.- Una conducta posterior de parte del mismo sujeto contradictoria con la anterior. La contradicción entre las conductas del mismo órgano en quien incide el acto propio es lo que caracteriza a la institución; 3.- Que el derecho o pretensión que hace valer la persona en quien incide el acto propio perjudique a la contraparte jurídica”³⁹.

34 Corte Suprema, 29 de octubre del 2003, Rol: 4523-2002.

35 PEÑAILLO AREVALO, D.: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 49 y ss. y ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, p. 470 y ss.

36 DIEZ- PICAZO, L.: *Doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 142 y 143; PEÑAILLO, D.: “Obligaciones”, cit., p. 65; y en ABELIUK M., R.: *Las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 154 y ss.

37 CORRAL TALCIANI, H., “La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, Santiago, 2010, p. 19

38 V. ABELIUK M., R.: “Las Obligaciones”, cit., p. 154 ss.

39 *Ibid.*, p. 155 ss.

En lo que dice relación con los Gastos Generales, no respetar el pago convenido de manera independiente de los “costes directos” resulta contrario a los “actos propios”, en el sentido que si se ha exigido que sean expuestos separadamente en los contratos que contemplan este rubro, es porque las partes reconocen que tienen una naturaleza diversa, y que por justicia debe dárseles un tratamiento distinto. Para lo anterior, cabe recordar que la inmensa mayoría de estos actos jurídicos son “contratos de adhesión”⁴⁰, en que los términos han sido impuestos por una de las partes (el mandante) no permitiendo a la contraparte (la empresa constructora) nada más que aceptar o rechazar (en bloque); esto es, o dan su aquiescencia tal cual como vienen propuestas las condiciones contractuales, o simplemente, no se suscribe el contrato. Entonces, plantear separadamente las distintas partidas que conformaban el precio es reflejo de la aceptación que se trata necesariamente de conceptos diferentes y, por sus “propios actos”, el mandante manifiesta que desde la elaboración de este tipo de instrumentos siempre estuvo presente que no pueden someterse a las mismas reglas que las referentes a los costes directos. Como explica el jurista CESARE MASSIMO BIANCA: “Con referencia al tema de la interpretación del contrato, la buena fe exige que se preserve la *confianza razonable* de cada una de las partes sobre el significado del acuerdo. La confianza razonable de una parte se determina según lo que la otra parte haya hecho entender, por medio de declaraciones y el comportamiento propios, valorados según el parámetro de la diligencia normal⁴¹.”

Por aplicación natural y obvia de la “doctrina de los actos propios”, el trato separado y definido con precisión de los Gastos Generales confirma que éstos deben ser cumplidos con total independencia de los Precios Unitarios (que cuenta con otro proceso de facturación) y, por lo tanto, debe cumplirse conforme a la periodicidad convenida contractualmente.

4. Porque en el moderno Derecho de Contratos las partes buscan que se garanticen ciertos resultados que satisfagan el interés del acreedor.

La doctrina moderna, hace hincapié en entender que la vinculación contractual garantice un interés que esté protegido por el contrato. Como explica la doctrina comparada: “Los estados de realidad (hechos) pueden formar parte del contenido del vínculo contractual. Aunque el deudor no esté obligado a transformar la realidad por medio de la prestación, por ser imposible, sí puede estar obligado a garantizar al otro contratante la satisfacción del interés que tiene en que la realidad sea tal y como la ha presupuestado el contrato; en la medida en que, conforme al contrato, ese riesgo incumba al deudor (se trate de una presuposición

40 LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: “Los contratos”, cit., p. 148 ss.

41 BIANCA, C. M.: *Derecho Civil. El contrato*, T.III (trad. Fernando Hinestroza y Edgar Cortés) Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011, p. 445.

garantizada)⁴². Esto quiere decir que, en el moderno derecho contractual, las partes pueden garantizar que determinados hechos, circunstancias u obligaciones se verificarán, y que en el evento que aquello no suceda la otra parte tendrá derecho a pedir las indemnizaciones que correspondan y los remedios que el legislador provee para su satisfacción. Esta forma de concebir los contratos hoy en día está aceptado universalmente, como puede observarse en el derecho inglés⁴³, y los *Principios Europeos de los Contratos* al tratar las declaraciones como garantías de las que nacen obligaciones contractuales⁴⁴.

Por estas razones, “la doctrina tiende a entender que las obligaciones de garantía dan lugar a una responsabilidad contractual estricta en sentido puro, pues por su intermedio el deudor toma a su cargo incluso la eventual ocurrencia de casos fortuitos⁴⁵. Es decir, atendiendo al contenido de una obligación, resulta entendible que existan prestaciones que una de las partes deba cumplir porque se comprometió a ello, especialmente, si ha servido de sustento fundamental para que se haya llegado a dicho acuerdo. Por eso las obligaciones de garantía se asimilan a obligaciones de resultado, puesto que suponen la promesa que el declarante hace al acreedor de que una determinada situación está garantizada, no pudiendo ser otra⁴⁶.

Si aplicamos todos estos conceptos a la situación en estudio, debemos aseverar que los Gastos Generales son concebidos como pagos que se garantizan y que se deben cumplir invariablemente (conforme al Plan de Pagos) durante toda la vigencia del contrato, que “por su naturaleza y fines perseguidos” se cumplirán a todo evento, haciéndose responsable el mandante –incluso- del “caso fortuito”. Esto es así porque, como hemos revisado, es la única manera para que un proyecto constructivo pueda mantenerse en funcionamiento, toda vez que viene a solventar compromisos financieros que van en paralelo de cualquier estado de avance. En consecuencia, su inobservancia daría lugar a un plexo de remedios contractuales en favor del contratista.

5. Porque en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo.

Un principio de amplio reconocimiento en la doctrina y en la jurisprudencia, es que debe rechazarse todo tipo de interpretación que sea contraria a la lógica

42 MORALES MORENO, A.: “Claves de la modernización del Derecho de Contratos” *Estudios de Derecho de Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 79.

43 Así lo explica CARRASCO PERERA, Á.: “Adquisición de empresas, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 281-286.

44 Art. 6.101 [I] de los PECL.

45 BARROS BURIE, E. Y ROJAS, N.: “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 395.

46 *Ibidem*.

jurídica⁴⁷. Debemos entender que el Derecho tiene que conducir a soluciones que permitan una armonía de las distintas cláusulas contractuales en conformidad a las manifestaciones de voluntad de los contratantes, toda vez que las personas no actúan “porque sí”, sino que las conductas realizadas por ellas -en particular al celebrar un contrato- son meditadas y racionales, por lo que siguiendo las enseñanzas de Aristóteles: “el modo de obrar sigue al modo de ser”⁴⁸; por tanto, si las personas son seres racionales, entonces, debemos interpretar sus contratos de forma lógica y racional.

En el mismo orden de ideas, no hay que pasar por alto otro aspecto decisivo para una correcta solución: en muchas ocasiones el mandante es un contratante “experto”, que por su carácter de “profesional” sabe, conoce y entiende los términos de cada una de las partidas y cuál es la función que tiene cada una de ellas, particularmente, su finalidad en la estructura y lógica de un contrato –máxime si las ha definido-, por lo que conoce perfectamente que los “Gastos Generales” son para pagar todo tipo de gastos mensuales permanentes y necesarios para la subsistencia de la empresa constructora, con total independencia de la progresión en las obras.

Si no fuera así, ¿qué sentido tendría que se exigiera en los contratos de construcción una perfecta individualización de los “Gastos Generales”, diferenciándolos de los Precios Unitarios y de las Utilidades? Creemos que la interpretación que más respeta esa diferenciación y que no conduce a una interpretación absurda es que se hace de esa forma porque dicha partida -al obedecer a otros criterios para su cumplimiento- no puede mezclarse o confundirse con aquellos pagos que sí dependen de los avances. Por lo tanto, como el pago de los “Gastos Generales” están asegurados durante toda la vigencia del contrato, merecen ser designados apartadamente. El Derecho no ampara a quien sabiendo o debiendo saber los alcances de lo que realiza o celebra, después pretenda sustraerse de ello arbitrariamente⁴⁹. Si se le diera el mismo sentido a haber hecho, o no, una individualización detallada de cada uno de los conceptos, conduciría a entender que las personas celebran contratos y estipulan cláusulas sin ninguna finalidad, lo que conduce a una interpretación absurda que no es posible admitir.

47 ALESSANDRI, A; SOMARRIVA M.; Y VODANOVIC, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 199.

48 ARISTÓTELES.: *Physica*, (Traducción Carlos García Gual) Editorial Gredos S.A., Madrid 198b 5-9.

49 Analizado latamente, la máxima: “nadie puede aprovecharse de su propia torpeza” sería plenamente aplicable. Esta máxima está presente en diversas disposiciones: así en el artículo 1683 del C.C., como lo confirman las sentencias que pueden consultarse de la Excm. Corte Suprema, 15 de noviembre de 1935, G. 1935, 2º sem., n° 45, p. 161. R. T. 33, secc. 1º, p. 91; Corte Suprema, 4 de junio de 1959, R. T. 56, secc. 1º, p. 180, Corte de Valparaíso, 29 de Abril de 1933, G. 1934, 1º sem., n° 19, p. 119, RDJ, T. 31, secc. 1º, p. 337; o en el artículo 1858 N° 3, que no puede alegar vicios redhibitorios aquel que por su profesión u oficio debió conocerlos.

6. Porque los contratos son instrumentos de distribución de riesgos y, mediante la estructura de los “Gastos Generales”, las partes establecen una regla distinta.

Constituye doctrina asentada que los contratos son mecanismos de distribución de riesgos⁵⁰ en que los contratantes determinan *a priori* quién deberá sufrir los costos de alguna partida si durante su vigencia ocurren determinadas circunstancias. Así por ejemplo, la regla de distribución de riesgos en la compraventa es que si celebrado el contrato (pero antes de entregarse la cosa) se llegare a destruir el bien específico por fuerza mayor, el comprador deberá soportar el riesgo de la pérdida (conforme al artículo 1550 del Código Civil).

Contrariamente, tratándose de los demás contratos, la ley establece que el riesgo es de cargo del deudor, como se desprendería de los artículos 1950 N°1 (en el contrato de arrendamiento), 1996 y 2000 (en el contrato de confección de obra material), 1486 (sobre las obligaciones condicionales) y 2101 (contrato de sociedad), como también lo han entendido tradicionalmente los autores⁵¹. Es decir, la ley establece ciertas reglas que determinan quién será el que debe cumplir con sus obligaciones, pese a que el otro no tenga el deber de dar lugar a la suya. No obstante, las normas que entrega la ley son supletorias de la voluntad de los contratantes, por lo que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad pueden perfectamente alterarlas y, haciendo uso de esa facultad, distribuyen riesgos conforme a sus estipulaciones. Por ello, tratándose de los Gastos Generales todo esto es aún más inamovible, toda vez que al reconocerse que se trata de una “partida” totalmente distinta, “cuyos fines son expresamente reconocidos para el mantenimiento de una empresa constructora”, lo que se ve refrendado con una conceptualización que demuestra que estos costes no tienen relación alguna con el desarrollo de las construcciones en sí mismas (tal como lo entiende la unanimidad de los técnicos especializados, según vimos, que aceptan que tienen objetivos totalmente independientes de la progresión de obras) es que las reglas contractuales dejarían en claro que los Gastos Generales son de riesgo del mandante, en virtud de su tratamiento separado, con una nomenclatura propia y con una connotación distinta, y eso justifica que tengan un desglose específico en los mismos contratos. Dicho de otra forma, obedece a un concepto distinto que al de “costes directos” (estos últimos sí dependientes del avance), por lo que los Gastos Generales son trasladados en su cumplimiento a la esfera de riesgos del comitente.

Por lo anterior, la regla de distribución del riesgo para este tipo de pagos es por una explicación también diferente: tendrá que pagarse a todo evento, con total

50 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 929-930 y LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: “Los contratos”, cit., p. 35.

51 ALESSANDRI, A.: *Teoría de las obligaciones*, Librerías Zamorano y Caperán, Santiago, 1934. p. 213 y ABELIUK, R.: “Las obligaciones”, cit., pp. 1396-1397.

independencia de cuánto se haya avanzado, porque no dependen del aumento en las edificaciones, sino que responden a aquellos gastos que son *esenciales* para que pueda subsistir o seguir funcionando una empresa. En efecto, es tan manifiesta esta realidad, que los Gastos Generales tienen por finalidad que una empresa constructora realice aquellos pagos que dependen de plazos fatales, que no pueden retrasarse, y cuyos incumplimientos pueden provocar la insolvencia o liquidación de una compañía.

Entender de otra manera los Gastos Generales generaría un *desequilibrio* en el contrato, pues como dice el catedrático LUIS DIEZ-PICAZO es "un contrato conmutativo en el que la obra se intercambia por un precio establecido entre las condiciones contractuales"⁵², y ese precio que debe pagarse conservará dicha conmutatividad si y sólo si se respeten las condiciones establecidas en el acto jurídico -como dice el citado jurista-, cumpliéndose las reglas y principios diferenciadores que rigen cada una de dichas partidas que sirvieron de base para configurar el valor total. Por ello, los Gastos Generales deben pagarse periódicamente, de forma invariable, porque tienen por objeto cumplir obligaciones impostergables y que se devengarán durante todo el tiempo que esté la constructora a disposición de prestar sus servicios.

Por ello, es que el pago por Gastos Generales no está ni puede estar nunca sujeto íntegramente a las aprobaciones o a los estados de avance, que muchas veces -por el carácter técnico que revisten estos últimos- deben someterse a dilaciones o a esperar resultados que retardan los pagos a los que están sujetos los "Precios Unitarios". Por lo mismo, los Gastos Generales tienen una glosa y tratamiento diferente. El reconocimiento de esta realidad obliga a que la mandante deba pagar los Gastos Generales contractualmente proyectados, en paralelo y por separado de lo que se deba abonar por "Precios Unitarios". A mayor abundamiento, si analizamos los Gastos Generales desde la perspectiva de los arriendos de maquinarias, leasing, etc., con mayor razón deben cumplirse rigurosamente conforme a lo convenido, pues como es de conocimiento público y atendiendo a un mínimo de razonabilidad del mundo de los negocios, bien es sabido que todos estos actos jurídicos están sometidos a obligaciones que no pueden dejarse sin efecto de forma unilateral -aplicación de la más básica concepción del *pacta sunt servanda*- y que, en caso de incumplimiento, podrían generar una inminente insolvencia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I.- Los "Gastos Generales" corresponden a todos aquellos costos que una empresa contratista estima como necesarios y suficientes para dar cumplimiento

52 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. V, Thomson Civitas, Pamplona, 2010, p. 381.

a los contratos en materia de administración de servicios, seguros, garantías, mantenimiento de instalaciones, financiamiento, cargos de la oficina central, entre otros, y que no corresponden a costos directos ni a utilidades. De esta forma, tienen por finalidad hacer frente a esas deudas permanentes y que, por el carácter de tal, se deberán pagar invariablemente. Bajo estos respectos, el contratista hace sus estimaciones y acepta los términos contractuales. Si no se establecieran Gastos Generales que obedecieran a pagos mínimos garantizados, el contratista no podría llevar a cabo sus funciones, por lo que no contrataría o lo haría en términos más onerosos.

2.- Como el término “Gastos Generales” es un concepto técnico, debemos concebirlo y darle el alcance de los que profesan dicha ciencia o arte, aplicando por analogía las reglas de interpretación de las leyes, de conformidad al artículo 21 del Código Civil. En este sentido, es posible constatar que los especialistas están contestes en que, habida consideración que estos costes tienen por finalidad sufragar pagos para el mantenimiento de una empresa constructora, los Gastos Generales deben ser cumplidos de forma permanente durante todo el transcurso de la obra, con independencia que la empresa tenga un volumen alto o bajo de actividad.

3.- La jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema de Chile ha fallado en este mismo orden de ideas, concluyendo que una empresa constructora incurre en Gastos Generales “por el mero hecho de estar presente en la obra durante el transcurso de la construcción”; que por su naturaleza “no han sido considerados para determinar los costos directos de cada una de las partidas del presupuesto de la Constructora”; y que “para determinar el monto total del Gasto General, se consideran principalmente dos variables: el plazo y la magnitud de la obra”. Esto último tiene una doble importancia, toda vez que si aumenta el plazo de permanencia en la obra, necesariamente deberá aumentar el monto por concepto de Gastos Generales; y además, durante todo el tiempo del contrato, se deberán respetar las sumas contractualmente comprometidas.

4.- En consecuencia, la particularidad de los Gastos Generales es que deben pagarse periódicamente, con independencia del estado de avance de las obras. Dicha periodicidad será la convenida por las partes, o la que emane del efecto práctico del contrato. Diversos fundamentos confirman estas conclusiones. En efecto, ya desde el Derecho histórico, la obra del jurista POTHIER —que influyó decisivamente en la legislación francesa y chilena— entrega sólidas bases para justificar el pago constante y regularizado de lo que modernamente conocemos como Gastos Generales, pues éstos son necesarios para que se pueda dar continuidad a los servicios. Asimismo, respaldan nuestras conclusiones principios ampliamente aceptados en las Ciencias Jurídicas, tales como que a las cláusulas

contractuales hay que entenderlas y darles el sentido que permita que produzcan efectos, por lo que, si en el contrato se desglosan detalladamente las partidas por "Gastos Generales", separadas de los "costes directos" es porque los contratantes entienden que su pago se rige por criterios distintos. Además, los Gastos Generales tienen una "causa" o motivo jurídico distinto, que no debe confundirse con la causa del pago de los gastos directos, pues los primeros responden a los importes permanentes e invariables, que son indispensables para que una constructora continúe en funciones, mientras que los segundos dicen relación con el nivel de avance de los proyectos. Finalmente, nuestras conclusiones también descansan en la regla que en Derecho hay que rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo, error interpretativo en el que se incurriría si se sostuviera que pese a la nomenclatura diferenciada plasmada en los contratos, se les deba dar un mismo tratamiento a ambos gastos. Todo lo anterior, unido a otros argumentos que fueron abordados, permite aseverar que los Gastos Generales deben cumplirse periódicamente, y que no dependen de los avances en las obras.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA. LIBROS Y ARTÍCULOS.

ABELIUK M., R.: *Las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 2014.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ., A.: *De los Contratos*, Editorial Jurídica, Santiago.

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., Y VODANOVIC, A.: *Tratado de los Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

ALESSANDRI, A.: *Teoría de las obligaciones*, Librerías Zamorano y Caperán, Santiago, 1934. ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA M.; Y VODANOVIC, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ARISTÓTELES.: *Physica*, (Traducción Carlos García Gual) Editorial Gredos S.A., Madrid, 1995.

BARAONA GONZÁLEZ., J.: "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 1, 1997

BARROS BOURIE, E.: "La diferencia entre 'estar obligado' y 'ser responsable' en el derecho de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil II* (Coord. por H. Corral Talciani y Rodríguez Pinto), Lexis Nexis, Santiago, 2007.

BARROS BURIE, E. Y ROJAS, N.: "Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales", *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

BIANCA, C. M.: *Derecho Civil. El contrato*, T.III (trad. Fernando Hinestroza y Édgar Cortés) Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2011.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "El contrato de obra", *Tratado de Contratos* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. III, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

CARRASCO PERERA, Á.: *Adquisición de empresas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.

COLEMAN, J.: "Tort Law and Tort Theory. Preliminary reflections on method", *Philosophy and the Law of Torts* (Editor Gerald J. Postema), Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

CONTRERAS STRAUCH, O. y PRADO PUGA, A.: "El contrato de construcción y sus principales garantías", *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago.
CORRAL TALCIANI, H., "La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, Santiago, 2010.

DIEZ- PICAZO, L.: *Doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. V, Thomson Civitas, Pamplona, 2010.

JURISTO SÁNCHEZ, R.: *El Contrato de Obra Pública*, Raíz TG S.L., Madrid, 1997.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los Contratos*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

LÓPEZ, M.: "Gastos Generales en Chile y deficiencias del RCOP", *El Mercurio Legal*, junio de 2019, Santiago.

MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1955.

MORALES MORENO, A.: "Claves de la modernización del Derecho de Contratos" *Estudios de Derecho de Contratos*, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014.

MORALES MORENO, A.: *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Thomson Civitas, Pamplona, 2006.

PEEL, E.; *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2011.

PEÑAILILLO ARÉVALO, D.: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

POSNER, R.: *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, 2007.

POTHIER, R. J.: *Tratado de la locación*, Imprenta y litografía J. Roger, Barcelona, 1841.

POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliesta, Buenos Aires, 1993.

PUELMA ACCORSI, Á.: "Contrato de construcción y la quiebra", en *Colegio de Abogados de Chile*, septiembre de 1996, Santiago.

RAMOS PAZOS, R.: *De las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

SHAVELL, S.; *Fundamentos del análisis económico del derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

SOMARRIVA, M.: *Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1943.

VELÁSQUEZ VELA, V.: "Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública", en *Derecho & Sociedad* N° 36, Santiago.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. Esther Arroyo i Amayuelas), Editorial Bosch, Barcelona.

ZÚÑIGA TEJOS, A.: "Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y el COVID-19", en *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del COVID-19* (Director Cristian Lepin Molina), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

FALLOS CORTE SUPREMA.

Corte Suprema, 15 de noviembre de 1935, G. 1935, 2° sem., n° 45, p. 161. R. T. 33, secc. 1°.

Corte Suprema, 4 de junio de 1959, R. T. 56, secc. 1°.

Corte Suprema, 9 septiembre 1992. R., t. 89, N° 3, sec. 5ª.

Corte Suprema, 29 de octubre del 2003, Rol: 4523-2002.

Corte Suprema, 21 de enero del 2008, Rol N° 5.055-06.

Corte Suprema, 22 de enero de 2009, Rol N° 6739-2007.

Corte Suprema 18 de diciembre de 2008, Rol N° 6311-2008;

Corte Suprema, Sentencia de reemplazo, 30 de agosto de 2016, Rol N° 33.634-2015.

FALLO CORTE DE APELACIONES.

Corte de Apelaciones Valparaíso, 29 de abril de 1933, G. 1934, 1° sem., n° 19, p. 119.

DOCUMENTOS.

CÁMARA CHILENA DE CONSTRUCCIÓN, *Glosario Técnico de la Construcción*, disponible en <http://glosario.registrocdt.cl/word/gastos-generales>. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW, *Delay and disruption Protocol*, SCL, 2nd edition, February 2017.

Metodología de trabajo con Arquímedes en la gestión de la construcción. Disponible en http://www.cype.net/manuales/arquimedes/Cype_arquim_c3_2_conceptos_control_presupuestario.pdf. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.

<https://www.chilecubica.com/estudio-costos/g-g-gastos-generales/>. Fecha de consulta: 29 de agosto del 2021.