

**La utilidad como aspecto susceptible  
de ser compensado en los Contratos de  
Construcción.**

**Regulación, procedencia y análisis  
jurisprudencial.**

Santiago, Noviembre 2019

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

Todo contrato desde el punto de vista práctico **se orienta hacia un propósito que constituye el rendimiento, ventaja o beneficio** que cada parte ha tenido en vista al momento de celebrarlo.

Ese rendimiento, ventaja o beneficio **puede estar explicitado** en el propio contrato, pero también puede desprenderse o estar **implícito en la naturaleza** del intercambio que presupone el mismo.

De ahí que la explicitación o no en el contrato del rendimiento, ventaja o beneficio esperado por cada parte no sea una condición de la esencia del legítimo derecho a obtenerlo, porque tanto puede existir ese derecho en uno u otro caso.

# EL BENEFICIO (UTILIDAD) ES UN ELEMENTO COMÚN A TODA CONTRATACIÓN

Con todo, la explicitación del rendimiento, ventaja o beneficio esperado traza una línea divisoria muy sustancial, en atención a que:

1. Al incorporarse en una cláusula debe interpretarse que la misma es ***eficaz*** y, por tanto, genera efectos vinculantes para ambas partes.
2. Permite establecer la existencia de un ***derecho subjetivo*** incorporado al patrimonio, en tanto crédito/deuda respectivamente.
3. En caso de reclamo permite dar ***certidumbre*** al daño derivado de la no obtención de dicho rendimiento, ventaja o beneficio, aspecto sustancial toda vez que en nuestro Derecho para que el daño sea indemnizable requiere cumplir con el requisito de certeza.

**Se opone a la certidumbre del daño la mera eventualidad, esto es, la expectativa incierta de ganancia o pérdida. La mera expectativa no es indemnizable.**

# EL BENEFICIO ESPERADO DEBE SER CIERTO O RAYANO EN LA CERTIDUMBRE

De ahí que dicho rendimiento, ventaja o beneficio esperado al contratar pueda encontrarse en tres estatus distintos:

1. Como un **daño cierto**;
2. Como una **probabilidad de ocurrencia** que podrá ser indemnizable en caso de ser cercana a la certeza;
3. Como una **mera expectativa**, no indemnizable.

Los contratos de ejecución de obra material y, particularmente, los de construcción no escapan a las premisas anteriores.

**Se construye “algo” (obra de naturaleza inmueble) a cambio de una ganancia, rendimiento o beneficio económico. Se trata de un beneficio que proporciona el cumplimiento del propio contrato. Por lo tanto, es un beneficio intrínseco a la ejecución del mismo.**

En los contratos de construcción ese beneficio o ganancia se suele conceptualizar como la “**utilidad**” del contrato. Es decir, junto con los costos directos y los gastos generales se agrega un tercer componente, que es precisamente la utilidad.



## ¿Qué es la Utilidad?

*“Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”*. (RAE).

- Entendamos para estos efectos que la utilidad es la **proyección de ganancias** que un contratista espera recibir por la realización de una determinada inversión (recursos materiales, humanos, logística) con motivo de la construcción de una obra determinada.
- De la trilogía de los daños compensables (Costos directos, gastos generales, utilidades) es la que ha recibido menos atención. Probablemente porque las 2 primeras son costos y la última está asociado a un rendimiento.

# LA UTILIDAD PUEDE SER CONCEPTUALIZADA COMO UN DERECHO INCORPORADO AL PATRIMONIO O UNA LEGÍTIMA EXPECTATIVA

## La Utilidad puede ser:

- Un activo que se incorpora al patrimonio del contratista desde la firma del contrato (por algo se exige se transparente en las licitaciones públicas).  **Derecho incorporado al patrimonio, que cumple con el requisito de certidumbre.**
- Una **expectativa**, cuya obtención depende de múltiples factores en el desarrollo de una obra.  **Legítima expectativa que se somete al test de probabilidad.**

# DERECHO INCORPORADO AL PATRIMONIO VERSUS LEGÍTIMA EXPECTATIVA

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

**¿De qué depende que sea lo uno o lo otro?**

**A nuestro modo de ver, depende de cómo esta incorporado y expresado en el propio contrato.**

En caso de que el mandante incumpla sus obligaciones, pero, *ceteris paribus*, el contratista cumple con su parte del contrato, entonces:  
***¿Tiene derecho el contratista a reclamar una determinada utilidad no percibida?***

De ser afirmativa la respuesta ***¿Qué condiciones jurídicas deben darse para que proceda este pago?***

***¿Si la utilidad forma parte del precio y esto se ve mermado por circunstancias ajenas al contratista, existe un derecho incorporado que habilita para reclamar una indemnización?***



Conforme al esquema conceptual recién indicado, entendemos que la Utilidad ha recibido el siguiente tratamiento jurisprudencial:

- a) Como **lucro cesante**, entendiendo que es una ganancia proveniente de una legítima expectativa frustrada por una circunstancia adjudicable al Mandante, y que está sometida al juicio de probabilidad para ser indemnizable.
  
- a) En otras ocasiones la utilidad ha sido compensada porque los tribunales han entendido que esta constituye **parte del precio** del contrato o de la contraprestación debida que, por lo tanto, es parte de una obligación incumplida.

El problema de las interpretaciones antes indicadas radica en que ponen a los Tribunales ante una decisión binaria: si se considera que la utilidad es parte del precio debe ser indemnizada en su totalidad, lo que no siempre parece ser de justicia; si se entiende, en cambio, que la utilidad es un lucro cesante sometido a un juicio de probabilidad, esta se denegará en gran parte de las ocasiones ante la dificultad de probar que estamos ante un daño cierto o una probabilidad rayana en la certeza, siendo excepcional su otorgamiento.

# LA GANANCIA ESPERADA EN EL DERECHO COMÚN

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia  
abogados

¿Existe algún tratamiento normativo de la utilidad o, si se quiere, de la legítima expectativa de ganancia en los contratos de ejecución de obra material?

## 1. Derecho común:

Artículo 1999 del Código Civil:

*Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.*

*Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra.*

# LA GANANCIA ESPERADA EN EL DERECHO COMÚN

- La Utilidad o ganancia entonces **es un elemento de la naturaleza de los contratos de ejecución de obra material** y otorga derecho a su resarcimiento en caso de terminación anticipada no imputable al contratista (Art. 1999 Código Civil).



- El criterio para determinar el monto a nuestro modo de ver debe ser **en concreto**, esto es, dependiendo específicamente de las condiciones del contrato terminado anticipadamente.
- Derecho Común que por lo tanto es **supletorio** para cualquier contrato de ejecución de obra material privado o público.

# La regulación de la Utilidad en los Reglamentos y Bases Especiales

## ¿Para que se pide declarar la utilidad en los contratos de obra pública?

2. **La normativa de obra pública** (RCOP/D.S 236) permanentemente exige declarar la utilidad para diversos efectos, tales como:

- Determinación del precio del contrato en la licitación (Arts.76 y 105 RCOP).
- Modificaciones de contrato por aumentos de obra o suma alzada.
- Terminación Anticipada de Contrato.
- Determinación de multas (Arts. 135 y 163 RCOP).
- Determinación de indemnizaciones al contratista (Art. 138 del RCOP; artículos 39 y 86 del D.S 236).

Todas estas cláusulas deben interpretarse en un sentido que produzcan eficacia y, por ende, apuntan a incorporar el componente de utilidad como un elemento integrante del contrato.

# LA UTILIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN PRIVADOS

- En el caso de las Bases de los Contratos Privados resulta imposible realizar una sistematización, pues allí opera **el principio de la autonomía de la voluntad**.
- Con todo, es dable afirmar que existen ciertos “*estándares de la industria*”.

Así, por ejemplo en el ámbito de la gran minería, podemos encontrar una regulación bastante exhaustiva de la utilidad, en cuanto a:

- Incorporación de la misma como componente de la oferta:
  - ➡ Como componente unitario del precio global;
  - ➡ Como porcentaje que se agrega si a cada partida de costo directo.
- Como componente de precios para cambios;
- Como expectativa no asegurada por el cumplimiento del contrato.

# LA DECLARACIÓN DE LA UTILIDAD TAMBIÉN ES UN LIMITE PARA LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA DE LOS DAÑOS PREVISIBLES

*Así explicitada la utilidad, genera un derecho para el Contratista, pero a nuestro modo de ver tiene como contrapartida una **limitación** en cuanto al monto indemnizable por ese concepto. En otras palabras, así como el Contratista tiene derecho a exigir el pago de la utilidad pactada, especialmente en caso de incumplimiento contractual, el Mandante puede oponer como limitación el monto estipulado en el respectivo contrato.*

# Análisis Jurisprudencial: La Improcedencia del pago de la Utilidad

La jurisprudencia judicial y arbitral no ha ahondado en la diferenciación del concepto de utilidad como derecho incorporado al patrimonio versus una legítima expectativa de ganancia sujeta a juicio de probabilidad.

En cambio, sí ha utilizado ambos conceptos y el juicio de certidumbre y probabilidad para indemnizar o no la utilidad no obtenida o la ganancia frustrada.

Así, es posible encontrar grupos de sentencias que se basan en el concepto de utilidad como:

- Contraprestación pactada, por lo tanto daño cierto.
- Legítima expectativa probable, rayana en la certeza.
- Mera expectativa no indemnizable.

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

## EXCMA. CORTE SUPREMA, Rol N° 8892-2009

*“3° Que, por ende y existiendo perjuicios para el demandante por causas que no le son imputables en relación al cumplimiento del contrato de obra pública y que devienen en un tiempo mayor de ejecución al proyectado en el contrato de licitación de las obras, corresponde a la demandada que resarza los perjuicios que con su obrar negligente causó al actor, por ello y como se dirá en consecuencia, se determinara el monto que el Fisco de Chile debe pagar por los mayores costos y gastos en que incurre el actor en la ejecución de las obras producto de su incumplimiento contractual -conforme a lo señalado por el Inspector Fiscal en los informes técnicos elaborados y que se encuentran agregados a estos antecedentes-, así como la **pérdida de la utilidad pactada**, sumas que se pagarán con reajustes e intereses para operaciones reajustables desde la fecha de término del contrato y hasta la interposición de la demanda”.*

**Comentario:** La sentencia transcrita, en materia de contrato de obra pública, exige que exista primeramente un obrar negligente por parte del Mandante, existiendo una prórroga de plazo por motivos que no le sean imputables al contratista. De igual forma, la Corte Suprema exige que los costos y gastos adicionales en que debió incurrir el Contratista se encuentren debidamente acreditados, como en este caso, mediante informes del propio Inspector Fiscal. En este caso la “utilidad pactada” se entiende como un derecho subjetivo.



# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

## ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 1469-2013

*“Vigésimo cuarto: (...) El referido incumplimiento que ha provocado un perjuicio económico a la Empresa, debe ser reparado por quien lo ha ocasionado. El artículo 1556 del Código Civil señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Se conviene con la demandante en el sentido que el actuar del ente fiscal a través de los funcionarios responsables, importa una indebida conducta, considerando la naturaleza de la obra encomendada, construcción de una carretera, cuya paralización y prolongación de su ejecución sin duda que ha debido afectar a la comunidad del sector, tal como ha se ha expresado. Tal actuar, importa entonces, esa negligencia grave, o culpa grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, y que en materia civiles equivale al dolo (artículo 44 del Código Civil). Pues bien, al tenor del artículo 1558 del mismo texto legal, el deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.*

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

## ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 1469-2013

*“Cuadragésimo noveno: Que en cuanto a lo demandado por lucro cesante y que se cuantifica en \$ 226.623.600 reajustado polinómicamente, al 31 de diciembre de 2010, el informe pericial una vez que efectúa el análisis correspondiente, **considerando la utilidad esperada para la ejecución de la obra en 450 días, la que traduce en días y luego la aplicada al tiempo de exceso de los 530 días**, determina que a la fecha del informe corresponde a \$244.895.280, de manera que se hará lugar a la suma peticionada en la demanda, por aparecer razonable y estar en armonía con el resultado de la pericia.”*

**Comentarios:** El fallo de la Corte de Apelaciones reitera la importancia de acreditar financieramente los resultados de la obra, lo que posteriormente fue ratificado mediante un informe pericial. Pero más importante que lo anterior, esta jurisprudencia ratifica que nuestro Código Civil contempla la posibilidad de indemnizar los perjuicios provenientes del lucro cesante ya sea por *incumplimiento de la obligación del mandante, por cumplimiento imperfecto o incumplimiento tardío*. Junto con lo anterior observamos que la sentencia hace aplicable esta norma propia del Código Civil a un contrato de Obra Pública, el que sabemos está regulado por el RCOP.

Finalmente, la jurisprudencia transcrita interpreta que la utilidad es parte del precio del contrato.

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

## ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Rol N° 961-2016.

*“Tercero.- Que, en cuanto al lucro cesante se ha dicho que éste corresponde a la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación, o, dicho de otro modo, es la ganancia frustrada sobre la base de lo que probablemente habría ganado el acreedor. Concordante con lo anterior, se ha sostenido que el lucro cesante suele ser difícil de acreditar, pues debe tenerse siempre presente que uno de los requisitos para que el daño resulte indemnizable es que éste sea cierto y en la alegación del lucro cesante siempre se impetra una hipótesis de ganancia.*

*Sin embargo, aun cuando lo dicho puede satisfacer las exigencias de seguridad o certeza, ante la lógica y necesaria distinción entre un interés fundado con rigor y las ganancias dudosas e inseguras, cabe señalar que las expectativas de justicia impiden negar, siempre y en todo caso, la indemnización por lucro cesante. Es por ello que la regulación de este tipo de indemnización supone siempre un juicio de probabilidad a fin de arribar a la conclusión de ser presumible una cierta utilidad no obtenida, o frustrada, con una reparación calculada de manera estimativa”.*

# Crterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

**Comentarios:** Tal vez la presente sentencia es la más relevante encontrada en esta materia. En ella no sólo se realiza una relación entre la utilidad y lucro cesante en una relación género-especie, sino que también se indica que la dificultad que tiene aparejada probar la indemnización de la utilidad no es óbice para que esta se pueda reconocer. No resulta posible negar, *prima facie*, la indemnización por lucro cesante a pretexto de la dificultad de probarla, lo que atentaría contra una concepción básica de justicia. Al ser difícil el *onus probandi* de la utilidad en un contrato de construcción, su procedencia siempre requerirá “*un juicio de probabilidad a fin de arribar a la conclusión de ser presumible una cierta utilidad no obtenida, o frustrada*”, lo que exige al sentenciador un examen de prueba acudiendo a medios tales como la *presunción*.

Con todo lo relevante es que parece conceptualizado como mera expectativa a diferencia de las demás sentencias expuestas (Derecho incorporado al patrimonio), otorgándola de igual forma como juicio de posibilidad.

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

## ROL N° 933-2008, CAM.

*“Se desecha la petición planteada por la demandante de indemnización tanto del daño emergente, como del daño moral, por no haber sido acreditados y se acoge su petición de lucro cesante, solo en el porcentaje que corresponde al margen de utilidad que es habitual en este tipo de contratos, ascendente al 7% del monto del contrato”.*

*“9.3. En cuanto al lucro cesante que demanda el actor, en concepto del Tribunal este no se encuentra acreditado por el monto que pretende, sin embargo, en la calidad de Árbitro Arbitrador y teniendo como principal referencia que de haberse terminado totalmente, el saldo del precio del contrato que habría percibido el contratista sería \$ 79.783.607, el Tribunal estima equitativo fijar el lucro cesante del contratista en el 7% de ese monto, esto es la suma de \$ 5.584.852 -cinco millones quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos cincuenta y dos pesos-, acogiéndose la demanda en ese aspecto”.*

**Comentario:** El juez arbitral en este fallo concede la utilidad no percibida del contrato, más no la cantidad solicitada, acudiendo a otra herramienta para determinarla: el margen de **utilidad habitual** en el tipo de contrato. Más allá del debate de si es o no un 7% un margen habitual de ganancia, lo importante es que el juez arbitro, al no poder determinar el quantum, busca un instrumento para determinarlo, en la convicción que es de justicia que el contratista sea compensado, en vez de rechazar de plano la solicitud de compensación o reconocimiento de la utilidad no percibida.

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

## ROL N°105-1998, CAM.

En demanda por término anticipado de contrato, la contratista demandó:

*d) Lucro cesante.*

**Por la ilegal terminación anticipada del contrato, que la privó de la legítima ganancia que le habría reportado su ejecución, XXX debe pagarle la correspondiente indemnización, reservándose la determinación de su monto para discutirlo en la ejecución del fallo.**

A su vez, al árbitro en sentencia señaló que:

***“y e) Por concepto de lucro cesante, condenar a XXX a pagarle la legítima ganancia que le habría reportado la ejecución del contrato, atendida su ilegal terminación anticipada, reservándose la determinación de su monto para la ejecución del fallo (...)”***

**Comentario:** La presente jurisprudencia arbitral ahonda aún más allá en las causas que motivan la indemnización por concepto de utilidad, concediéndola incluso debido a un término anticipado ilegal, vale decir, sin que la obra se haya completado en su totalidad. El juez arbitral entiende que la utilidad es un derecho que corresponde al contratista aunque la obra no haya sido finalizada, que tenía derecho a percibirlo, hecho que no sucedió por un ilegal término anticipado.

# Criterios Jurisprudenciales para reconocer la indemnización de la Utilidad

## ROL N° 1087-2009, CAM.

*“Ciento ochenta y tres. Que ZZ ha demandado también la utilidad que le correspondería con respecto al incremento del presupuesto producido por las obras adicionales y extraordinarias, por aplicación de la cláusula séptima del contrato que otorga a la Constructora el derecho a percibir un 6,1% del costo directo de las mismas. La determinación de este valor, al igual que los gastos generales depende de la alternativa que se tome con respecto al valor final del contrato, cosa que ya se hizo en este fallo al decidir con respecto a los gastos generales. Consecuentemente, tomando el incremento del valor del contrato consignado en la alternativa A (página 94 del Informe), corresponde una mayor utilidad de 4.052,60 UF, **a la cual debe agregarse el incremento de la utilidad por la obra adicional N° 102**, a la cual también se hizo referencia en el cálculo de los gastos generales que asciende, en este caso a 25 UF. Por todo lo dicho, en lo dispositivo de esta sentencia se impondrá el pago de un total de 4.077,60 UF”.*

**Comentario:** Se reitera mediante esta sentencia la opción válida de reclamar como utilidad un porcentaje del costo directo previamente consignado en la oferta o en las cláusulas del contrato.

# CONCLUSIONES

1. La utilidad puede ser reclamada en tanto contraprestación pactada como en cuanto ganancia frustrada, dependiendo de la forma como efectivamente haya sido o no estipulada en el contrato.
2. En tanto lucro cesante está sometida a la exigencia de certidumbre del daño o, según alguna jurisprudencia, al juicio de probabilidad, esto es, a una posibilidad de ocurrencia cercana a la certeza (criterio estadístico, contable, etc.).
3. La incorporación de la utilidad como cláusula contractual fija un parámetro sustancial para los efectos de determinar si es un derecho subjetivo incorporado al patrimonio o una legítima expectativa sometida a juicio de probabilidad de ocurrencia.
4. Las cláusulas que incorporan la utilidad sea como parte de la oferta, para cambios, como parámetro indemnizatorio (Art. 138 del RCOP), para la determinación de multas, etc., deben ser interpretadas en el sentido que produzcan eficacia y, por tanto, configuran a la utilidad como uno de los elementos integrantes de las contraprestaciones del contrato.



# CONCLUSIONES

5. La utilidad expresamente pactada también constituye una **limitación** a la pretensión indemnizatoria de los daños previsibles. Por lo tanto, también es un derecho incorporado en el patrimonio del mandante.

6. La principal dificultad para la procedencia del pago de la indemnización de la utilidad, configurada como legítima expectativa, está dada por su dificultad probatoria. La jurisprudencia que ha reconocido su pago en general se ha basado en pericias que de una u otra forma fundan su procedencia e informes técnico financieros que sustentan que esta no se ha verificado en la contabilidad interna del contratista al haber existido pérdidas en el Centro de Costos, y también las presunciones. Otra cosa distinta es su determinación, ya que si en justicia corresponde su pago, las dificultades probatorias para su determinación no pueden ser un impedimento para su procedencia, lo que también estará supeditado a la calidad y atribuciones que el juez tenga.

# CONCLUSIONES

aylwin  
mendoza  
luksic  
valencia

abogados

7.Finalmente, en materia de Derecho Común el artículo 1999 del Código Civil, que establece el derecho a reclamar el monto “*que se hubiere podido ganar*” y que no se obtuvo por la terminación anticipada del contrato (no imputable al Contratista), establece una regla que constituye una norma supletoria para todos los contratos de ejecución de obra material en Chile, salvo que expresamente se regule de manera distinta o se estipule que no es supletoria en el contrato respectivo.