

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintiuno.

De conformidad con el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, así como lo expositivo y los fundamentos noveno a décimo sexto de la sentencia de casación que antecede.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que, Consorcio Construcciones Kodama Limitada dedujo demanda de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile.

Tal como se expuso en la sentencia de nulidad, Kodama persigue el pago de los mayores gastos generales devengados con ocasión del contrato de construcción a suma alzada denominado "*Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda Pajaritos*", cuyas obras que debían ser concluidas en 336 días corridos, pero terminaron siendo entregadas en 1.235 días, dentro del plazo fijado por las seis modificaciones contractuales dispuestas por la autoridad, que fueron necesarias atendidos los múltiples incumplimientos contractuales en que incurrió el Fisco de Chile, y que alteraron la cronología de los trabajos según detalla en su libelo.



Segundo: Que son requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, los siguientes: (i) Incumplimiento de una o más obligaciones contractuales; (ii) Dolo o culpa en el contratante incumplidor; (iii) Concurrencia de perjuicios en el contratante cumplidor; (iv) Ausencia de una causal de excepción de responsabilidad, Y, (v) Que el deudor se encuentre en mora.

Tercero: Que, en cuanto a la primera exigencia, es un hecho pacífico que la ejecución del contrato se extendió 889 días más de lo pactado, y que, al menos, los gastos generales extra proporcionales no fueron pagados al contratista.

Cuarto: Que, cabe recordar que en sede contractual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo (artículo 1547, inciso 3° de Código Civil). Muy por el contrario, en el caso concreto aparece que el demandado ha reconocido el no pago de los gastos generales pretendidos por el contratista, intentando justificar tal omisión sobre la base de argumentos que no resultan atendibles, tal como se explicará en lo venidero.

Quinto: Que la existencia de los perjuicios alegados por la constructora y su monto han sido objeto de expreso reconocimiento por parte del Fisco de Chile, conforme aparece en el Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011



del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que, en lo pertinente, indica: *"Que el SERVIU Metropolitano, para efectos de implementar el Plan de transporte Publico de la ciudad de Santiago denominado Transantiago, procedió a licitar públicamente la 'construcción habilitación corredor de transporte público avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú... Que, con motivo de la ejecución de la licitación antes señalada, KODAMA Ltda. sostuvo que incurrió en una serie de mayores gastos generales por diferentes conceptos que detalla en su demanda de cobro de pesos de fecha 15 de diciembre de 2010... El SERVIU Metropolitano reconoce adeudar a KODAMA Ltda. la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales"*.

Es pertinente hacer hincapié, que tal reconocimiento, apto para producir plena prueba por contenerse en un instrumento público no objetado y revestir el carácter de confesión extrajudicial, es concordante, además, con la restante prueba técnica rendida, en particular el informe denominado *"Estudio de impacto en plazos proyecto corredor de transporte público PAC"* confeccionado por la División de Ingeniería y Gestión de la Construcción del DICTUC UC, y el informe pericial confeccionado por el ingeniero Civil Sr. Sergio Lehuedé Fuenzalida, análisis que arriban a conclusiones



idénticas, e incluso más beneficiosas para el demandante, que aquellas contenidas en el Decreto N° 8 de 2011 antes transcrito, que, a su vez, encuentra fundamento en otro instrumento técnico, consistente en el "*Informe Contrato de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú*", elaborado por los Sub Directores de Pavimentación y Jurídico del SERVIU Metropolitano.

Sexto: Que, por último, el demandado Fisco de Chile no ha esgrimido la concurrencia a alguna hipótesis de exención de responsabilidad, y la mora surge a partir del vencimiento del plazo para el pago íntegro de la obra, una vez que ésta fue recibida por el mandante el 28 de mayo de 2010.

Séptimo: Que, ahora bien, acogida la demanda por el tribunal de primera instancia, el demandado ha deducido recurso de apelación, sustentado en los siguientes argumentos: i) La falta de legitimación pasiva del apelante; (ii) La renuncia a las indemnizaciones que fueron concedidas; (iii) Las restricciones propias de un contrato de construcción a suma alzada; (iv) La imposibilidad de imputar al Fisco de Chile incumplimientos relacionados con un contrato que no suscribió; (v) La irregularidad de los antecedentes que



sirvieron de base para la determinación del perjuicio; y, (vi) La improcedencia de la condena en costas.

Octavo: Que no podrán analizarse aquí los cuestionamientos signados con los románicos i y iv en el motivo precedente, por cuanto, habiendo sido rechazados en la sentencia de segundo grado que fue anulada, tal decisión no fue impugnada por vía de casación por la defensa fiscal.

Noveno: Que, en lo atinente a la existencia de renuncia al cobro de ciertas indemnizaciones concedidas en el laudo apelado, si bien es cierto que tal institución se contiene en los actos administrativos que determinan la primera, segunda, tercera y quinta modificación al contrato objeto de la litis, ciertamente no posee la aptitud necesaria para privar a la actora de la acción que ha ejercido.

En efecto, como correctamente lo identifica el juez *a quo* en el motivo 22° de su fallo, la renuncia a las acciones destinadas a instar por el pago de indemnizaciones o gastos generales no pueden entenderse como extensivas a aquellas hipótesis en que la obligación cuyo cumplimiento se persigue surge con ocasión del incumplimiento del mandante, pues, así entendida, la renuncia importaría una manifestación de condonación del dolo futuro, figura prohibida por el artículo 1465 del Código Civil.



Desde otra perspectiva, como adecuadamente lo propone Kodama, al menos en su faz extra proporcional, la renuncia al pago de los mayores gastos generales no encuentra correlato en el incremento del precio de la obra y, en tal condición, carece de causa, elemento exigido por el artículo 1445 del Código de Bello para la existencia de todo acto jurídico, sea bilateral o unilateral.

Que, finalmente, entendida de la forma como lo propone la defensa fiscal, la renuncia a todo evento a indemnizaciones y mayores gastos generales rompe indebidamente con el principio de equilibrio financiero del contrato, poniendo sobre el particular que colabora con la Administración la carga de soportar todo acaso, que puede llegar a consistir, como en el caso de marras, en incumplimientos negligentes cometidos por la propia mandante, conclusión incompatible con la garantía de igual distribución de las cargas públicas prevista en el artículo 19, numeral 20° de la Constitución Política de la República, al forzar a un individuo a culminar una obra destinada al beneficio de la comunidad toda, sin recibir la contraprestación económica equivalente a los gastos en que debió incurrir en calidad de ejecutor.

Décimo: Que, siguiendo con el análisis de los argumentos de la apelación, yerra el recurrente al postular la inmutabilidad de los contratos de



construcción a suma alzada, pues tal rigidez no se condice con las numerosas hipótesis de modificación previstas en el DS N° 236, así como tampoco encuentra correlato en la conducta de la mandante de la obra específica de que se trata, quien dispuso, por acto de autoridad, seis modificaciones al contrato "*Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda Pajaritos*", incluyendo tres aumentos de precio y un reconocimiento expreso del derecho a percibir mayores gastos generales por el contratista.

Undécimo: Que, en cuanto a la irregularidad de los antecedentes que sirvieron de base para la determinación de los perjuicios, cabe reiterar lo dicho en el motivo 15° del fallo de casación que antecede, oportunidad en que se aclaró que, si bien existe una sentencia judicial firme que declaró la nulidad del contrato de transacción, no ha mediado acto o resolución alguna que altere la validez y vigencia del Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, así como tampoco del "*Informe Contrato de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú*" emanado del SERVIU Metropolitano, de manera tal que no podrá oírse la supuesta antijuridicidad denunciada por el Consejo de Defensa del Estado,



organismo que, pudiendo hacerlo, no instó por la anulación de tales actos en la instancia respectiva.

Duodécimo: Que, por último, la condena en costas ha sido correctamente puesta de cargo del demandado, quien ha sido totalmente vencido en virtud del reconocimiento pretérito y formal de la concurrencia de los requisitos de la acción, por sus propios órganos.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y demás normas citadas, **se confirma** en todas sus partes la sentencia apelada, dictada el veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete por el Sexto Juzgado Civil de Santiago.

Se previene que la Ministra Sra. Vivanco y la Abogada Integrante Sra. Gajardo concurren a la confirmatoria, agregando, además, que las restricciones al poder exorbitante de la Administración en materia contractual, la buena fe como criterio de interpretación de los contratos administrativos, y el equilibrio financiero como principio orientador de las relaciones entre el Estado y los particulares que actúan como sus colaboradores en la consecución del fin público que se persigue, en los términos explicitados en la disidencia de las sentencias dictadas en los autos Rol N° 1.535-2019 y 36.888-2019, todo lo cual es plenamente aplicable al caso sub lite a partir de la conducta demostrada por la



demandante en el cumplimiento de los deberes que asumió al suscribir el contrato de obra pública en que recae esta litis.

Se previene que el Ministro Sr. Carroza fue de parecer de confirmar el fallo apelado con declaración de reducir el monto de la indemnización que el Fisco de Chile deberá pagar en favor del Consorcio Construcciones Kodama Limitada a \$8.084.838.880, por los motivos expresados en su prevención al fallo de casación, y el voto concurrente del Abogado Integrante Sr. Ruz Lártiga al fallo de segunda instancia que se ha anulado, cuyo contenido comparte plenamente y da por expresamente reproducido para este efecto.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda en todo lo no impugnado por el Fisco de Chile, en virtud de las siguientes razones:

a. Que, como fue verificado en el fallo de casación que antecede, Consorcio Construcciones Kodama Limitada presentó la demanda de cumplimiento forzado del contrato de construcción a suma alzada denominado "*Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda Pajaritos*", e indemnización de perjuicios, instando por el pago de \$19.418.010.063 por concepto de los gastos generales que debió soportar con motivo de los 889 días de aumento de



plazo de ejecución de la obra, ordenados en las seis modificaciones contractuales, sumado al premio previsto en el artículo 138 del Decreto Supremo N° 236 de 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

b. Que la sentencia de primera instancia acogió íntegramente los fundamentos de la demanda, limitando la indemnización concedida a \$16.636.412.630, suma coincidente con el monto reconocido adeudar por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo a Kodama, según el contenido del Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011.

c. Que la sentencia de segunda instancia confirmó con declaración el fallo anterior, reduciendo la indemnización concedida en favor de la constructora a \$1.130.599.648, limitando los gastos generales a 302 días de aumento de plazo de ejecución (212 días correspondientes a la cuarta modificación contractual y 90 días correspondientes a la sexta enmienda), más el premio reglado en el artículo 138 del Decreto Supremo N° 236 de 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

d. Que la sentencia detallada en el literal anterior sólo fue recurrida de casación por la demandante Consorcio Construcciones Kodama Limitada, quien instó por su nulidad y la dictación de sentencia de reemplazo confirmatoria del fallo de primer grado.

e. Que, así las cosas, según se ha dicho con motivo de su parecer contrario en el fallo de casación,



la actora carece de la acción que ha ejercido en este juicio al mediar renuncia válida y no impugnada de contrario. De este modo debe mantenerse el reconocimiento parcial de la pretensión hecha en la sentencia anulada y no impugnada por el Fisco de Chile, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil. Esta conclusión hace innecesario cualquier análisis de los elementos de juicio acompañados por las partes.

f. Que, de esta manera, dando por expresamente reproducidos, aquí, los fundamentos contenidos en la disidencia a la sentencia de nulidad, quien suscribe este voto particular fue de parecer, como se anunció, de revocar la sentencia apelada y mantener el reconocimiento realizado por los jueces de segundo grado, rechazando en todo lo demás la demanda.

No se condena al recurrente al pago de las costas de la instancia, en virtud de lo previsto en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo y de su prevención a cargo del Ministro Sr. Carroza, y de la restante prevención y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 76.398-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., y por los



Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L., y Sra. María
Cristina Gajardo H.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Mario Carroza E. y los Abogados (as) Integrantes Diego Antonio Munita L., Maria Gajardo H. Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintiuno.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a dieciséis de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

