

Santiago, veintiséis de agosto de dos mil diecinueve.

De conformidad con lo que dispone el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus consideraciones séptima y octava, que se eliminan.

Se reproducen, asimismo, los fundamentos séptimo a noveno del fallo de casación dictado con esta misma fecha.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

1°.- Que, Constructora Cónsul S.A. dedujo demanda de terminación de contrato e indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra del Ministerio de Obras Públicas, en razón de los incumplimientos en que habría incurrido dicha cartera en el marco de la ejecución del contrato denominado "conservación global mixto por nivel de servicio y por precios unitarios de caminos de la provincia de Cauquenes, sector Cauquenes centro, comuna de Cauquenes y Chanco, etapa I", acción cuyos fundamentos han sido desarrollados en el fallo de casación que precede.

2°.- Que en su defensa el Consejo de Defensa del Estado solicitó el rechazo de la demanda, con costas, postulando la legalidad del acto que puso término anticipado al contrato; describiendo la naturaleza y finalidad del mismo; insistiendo en el acaecimiento los



incumplimientos contractuales en que se funda el acto administrativo de terminación; formulando excepción de contrato no cumplido; esgrimiendo la improcedencia de la acción resolutoria respecto de un contrato que ya fue declarado resuelto; y cuestionando, finalmente, la existencia y monto de los perjuicios demandados.

3°.- Que no existe discusión entre las partes acerca de la efectividad de haberse celebrado entre las partes el contrato denominado "*Conservación global mixto por nivel de servicio y por precios unitarios de caminos de la provincia de Cauquenes, sector Cauquenes centro, comuna de Cauquenes y Chanco, etapa I*", su contenido y las obligaciones que de él se derivaron, así como tampoco se plantea controversia respecto al hecho de haberse puesto término a dicho vínculo mediante Resolución Exenta N° 46, de 28 de junio de 2013.

4°.- Que, dicha decisión constituye la más prístina y evidente manifestación de uno de los rasgos distintivos de los contratos administrativos, consistente en el grado de superioridad en que se encuentra la Administración frente al respectivo contratista, circunstancia que se traduce en una serie de potestades que suelen ser calificadas como exorbitantes. Entre estas destaca la atribución de poner término unilateral y administrativamente al contrato, facultad que puede ejercerse sin tener que recurrir a la intervención de un órgano jurisdiccional.



5°.- Que, de este modo y como correctamente lo ha concluido el fallo de primera instancia, no podría prosperar la acción de terminación del contrato de marras sin incurrir en una irresoluble contradicción con los hechos asentados en la causa pues, en concreto, a través de ella se pretende la declaración de terminación de un contrato ya terminado.

6°.- Que, el recurrente, a fin de obviar el obstáculo expresado en el motivo precedente (lo que implica inherentemente reconocer la efectividad de este argumento), solicitó en su apelación la declaración de nulidad de oficio del acto administrativo de terminación del contrato, sea por configurarse los requisitos de procedencia de la nulidad absoluta civil o aquellos que la Constitución y la ley establecen para la nulidad de derecho público.

7°.- Que, en cuanto a esto último, compartiendo los argumentos contenidos en el motivo noveno del fallo parcialmente reemplazado, debe concluirse que tanto la causal de ineficacia -en el caso de la nulidad absoluta civil- como el vicio de juridicidad -en lo que respecta a la nulidad de derecho público- deben aparecer de manifiesto del acto cuestionado, requisito que si bien no excluye la posibilidad de cotejo del acto con otro u otros antecedentes de contexto, exige que la concurrencia de los presupuestos de la nulidad sean evidentes o se perciban con



claridad, características que no se satisfacen en la especie pues, bajo el entendido que el argumento del apelante pasa por la ausencia de causa del acto o la omisión de motivación del mismo al ser falsos los incumplimientos que en la Resolución Exenta N° 46 la demandada atribuye a la actora, la corroboración de la corrección de dicho postulado pasa por el complejo procesamiento de los medios de convicción arribados por los intervinientes, muchos de ellos con altos componentes técnicos, situación suficiente para descartar la posibilidad de actuación oficiosa en los términos en que ha sido invocada.

8°.- Que el necesario rechazo de la acción de terminación por la razón antedicha torna incompatible analizar la configuración de aquellos incumplimientos que sólo guardan relación con dicha consecuencia y que son del todo ajenos a la pretensión indemnizatoria. En esta situación se encuentran, por cierto, el término anticipado por causales inexistentes, la ocurrencia de falsedades y ocultamiento de documentos, la alteración del contrato incluyendo obligaciones nuevas (pues el pago del mayor valor no ha sido demandado), la omisión de respuesta oportuna a consultas, peticiones y órdenes de Contraloría, y los incumplimientos detectados en la causa criminal RIT



N° 7785-2013 de ingreso ante el Juzgado de Garantía de Talca.

9°.- Que, asentada la posibilidad de deducir de manera independiente y autónoma la acción indemnizatoria en sede de responsabilidad civil contractual -de la forma como se ha dicho en el considerando noveno del fallo de casación-, tal pretensión ha sido ejercida por Constructora Cónsul S.A. requiriendo la reparación de los daños causados con motivo del cobro de dos boletas bancarias de garantía, la omisión de pago de obras ejecutadas, el pago de gastos generales devengados durante el periodo de desafección de parte de los caminos cuya mantención fue concesionada, la omisión de restitución de retenciones de pago, el valor de maquinaria no utilizada en espera de la aprobación de una modificación de obra y luego debido a la terminación anticipada del contrato, la no obtención de las utilidades esperadas por obras no ejecutadas gracias a dicha terminación anticipada, y el daño moral ocasionado a la empresa debido a su descrédito comercial.

10°.- Que no podrá accederse a la reparación del daño producido por el importe de las dos boletas bancarias de garantía cobradas por la demandada, así como tampoco por la no restitución de los montos retenidos de los estados de pago, pues aquellos hechos -reconocidos por el Ministerio de Obras Públicas- encuentran sustento en los



incumplimientos contractuales que se atribuye a la concesionaria en la Resolución Exenta N° 46 de 2013, acto administrativo que, conforme se ha expresado, se encuentra plenamente vigente y cuyos fundamentos deben presumirse válidos, pero, además, por no acreditarse en autos hechos diferentes a los que dieron pie a tal determinación.

11°.- Que misma suerte correrá la pretensión resarcitoria respecto de los gastos en que incurrió la empresa debido a la adquisición de maquinaria no utilizada, sea en espera de modificaciones de obras o debido a aquellas faenas que no pudieron ser desarrolladas debido a la terminación anticipada del contrato, así como las utilidades esperadas por obras no ejecutadas, pues en ambos casos se trata de prestaciones que incontrovertidamente no fueron realizadas por Constructora Cónsul en beneficio fiscal, por lo que el pago pretendido no posee el necesario correlato que configure la causa de esta obligación.

12°.- Que tampoco podrá accederse a la reparación del daño moral que alega haber sufrido la actora, ya que aun siendo hoy pacífico en doctrina y jurisprudencia la posibilidad su de acaecimiento respecto de personas jurídicas en sede civil contractual, lo cierto es que del atento y pormenorizado análisis de la prueba rendida no figura antecedente alguno que posea la aptitud necesaria



para acreditar fehacientemente el descrédito comercial que configuraría dicha consecuencia lesiva.

13°.- Que en idéntica insuficiencia probatoria se ha incurrido en lo que respecta a la cuantificación de los gastos generales devengados y no pagados con motivo de la desafección de parte de las rutas objeto del contrato durante el período indicado en la demanda, pues el medio de convicción idóneo para este efecto, consistente en el informe pericial de fojas 537, si bien calcula el monto devengado por este concepto aplicando un porcentaje de un 35% a la resta entre lo que debió ser pagado de acuerdo a la calendarización de las obras y lo realmente pagado producto de la desafección parcial de los caminos, no explica si tales obras fueron o pudieron ser ejecutadas luego de culminada tal situación de excepción, o si se esperaba fueren ejecutadas en caso de terminación regular del contrato, así como tampoco justifica el motivo que impedía a la empresa disminuir o suprimir tales gastos generales durante el extenso periodo de desafección.

14°.- Que no ocurre lo mismo en lo que respecta a la ejecución de obras ejecutadas por Constructora Cónsul S.A. y no pagadas por el Ministerio de Obras Públicas, pues su existencia ha sido suficientemente acreditada con la pericial rendida, unida a la prueba documental aportada por la actora consistente, en especial, en el anexo de



modelación N°2 a que se ha dado custodia, medios de convicción que resultan cuantitativamente coincidentes.

Por lo demás, el Consejo de Defensa del Estado no ha negado la ejecución de tales obras de mantención, sino que se ha limitado a señalar que ellas fueron realizadas con posterioridad a la dictación de tantas veces referida Resolución Exenta N°46 de 2013, afirmación que lleva a la demandada a sostener que ellas fueron ejecutadas "*bajo cuenta y riesgo*" de la contratista, "*a sabiendas que no le iban a ser pagadas*".

Tal excepción o defensa no resulta suficiente para enervar la acción indemnizatoria, al menos en este acápite pues, habiéndose verificado la efectiva ejecución de las obras en beneficio fiscal, no puede entenderse que aquella conducta responda a una mera liberalidad de la concesionaria, ya que tal conclusión repugna a los principios y reglas fundamentales en el orden contractual, en especial a la bilateralidad, onerosidad y conmutatividad de los contratos de obra pública, y a la proscripción del enriquecimiento sin causa, tal como por razones de justicia ha sido dicho pretéritamente por esta Corte (SCS de 11 de junio de 2008 en causa Rol N°5.060-2006).

15°.- Que, por último, ha de indicarse que la excepción de contrato no cumplido formulada por el demandado no podrá prosperar al no haberse acreditado que los



incumplimientos atribuidos a la actora fueran de tal entidad o gravedad que superaran los mecanismos de resguardo contractual fijados por la propia Administración, consistentes, en especial, en las boletas bancarias de garantía que fueron oportunamente cobradas en cautela del interés público.

16°.- Que, en estas condiciones, se accederá parcialmente a la demanda de fs. 1, sólo en cuanto se condenará a la demandada indemnizar a la actora el perjuicio sufrido por la omisión de pago de obras ejecutada y no pagadas, de la forma como se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se **revoca** la sentencia apelada de veintinueve de junio de dos mil dieciséis, escrita a fojas 583, y, en su lugar, se declara:

a) Que **se rechaza** la demanda de terminación de contrato deducida por Constructora Cónsul S.A. en contra del Ministerio de Obras Públicas.

b) Que **se rechaza** la solicitud de declaración de nulidad de oficio de la Resolución Exenta N° 46 de 2013 formulada por la demandante en su apelación.

c) Que **se acoge** la demanda de indemnización de perjuicios deducida por Constructora Cónsul S.A. en contra



del Ministerio de Obras Públicas (Fisco de Chile), sólo en cuanto se ordena al demandado pagar a la demandante \$217.310.252 (doscientos diecisiete millones trescientos diez mil doscientos cincuenta y dos pesos) por concepto de obras ejecutadas y no pagadas.

d) Que la cantidad antes indicada se reajustará conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor a contar de la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada y que deberá ser pagada, además, con intereses corrientes para operaciones reajustables a contar de la mora, en el evento que la demandada incurra en ella.

e) Que se rechaza en lo demás la indicada demanda.

f) Que cada parte pagará sus costas.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Arturo Prado Puga.

Rol N° 2465-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Pierry por estar ausente. Santiago, 26 de agosto de 2019.





KMGGMFLYXN

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

