

«RIT»

Foja: 1

FOJA: 920 .- .-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 6° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-2645-2015
CARATULADO : CONSORCIO CONSTRUCCIONES KODAMA
LTDA / FISCO DE CHILE Y OTROS

Santiago, veintiocho de Diciembre de dos mil diecisiete

Vistos:

Que a fs. 1 comparece Seiji Kodama Meneses, ingeniero civil, en representación convencional, de "Consortio Construcciones Kodama Limitada", sociedad del giro de su denominación, ambos con domicilio en Avenida Eleodoro Yáñez N° 1198, Comuna de Providencia, Santiago, en adelante también denominada e indistintamente para los efectos de esta demanda como "Kodama" e interpone demanda de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios, en juicio ordinario, en contra del Fisco de Chile, persona jurídica de derecho público, de su denominación, representado legalmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, Juan Ignacio Piña Rochefort, abogado, ambos con domicilio en calle Agustinas N°1687, comuna de Santiago.

Funda su acción en que Kodama es la adjudicataria y constructora de la obra pública denominada "Habilitación del Corredor de Transporte Publico Pedro Aguirre Cerda-Tramo Alameda Pajaritos", la que se ejecutó por encargo del Fisco de Chile y con arreglo a la Licitación Publica LP N° 06-30057584-0-01 del Gobierno de Chile y cuya dirección se llevó a cabo por el Serviu Metropolitano, en virtud del Convenio Mandato suscrito por la referida entidad con la Dirección Nacional de Vialidad, de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas.

Agrega que de conformidad con la Licitación, la obra contemplaba la ejecución de uno de los principales ejes del Proyecto de Transporte Público de Santiago, Transantiago, como corredor Buses, conectando así las comunas de Santiago, Pedro Aguirre Cerda, Cerrillos y Maipú, toda la Región Metropolitana y con una extensión total de 12,4 km, dividida en 3 tramos, según características. La Licitación que se adjudicó Kodama fue referida, en lo específico, a construcción y habilitación de los Tramos 1, 2 y 3 correspondiendo cada uno de ellos,



«RIT»

Foja: 1

siguiente: Tramo 1: Exposición, Bascuñán Guerrero-R. Subercaseaux, incluye desnivel para el cruce con el ferrocarril; Tramo 2: Exposición- Departamental; Tramo 3: Departamental-Esquina Blanca, cubriendo así la obra adjudicada una extensión de 12,4 km.

Indica que de conformidad con lo establecido en las Bases Técnicas de la Licitación, la ejecución total de la obra, que comprendía estos 3 tramos, incluyendo desde Alameda hasta Esquina Blanca, contemplaba un plazo único y máximo de 280 días corridos, a contar de la fecha de entrega de terreno, incluyendo la realización de labores durante las noches, fines de semana y/o festivos, sujeto al cumplimiento de lo establecido en el punto 5.2 de dichas Bases. Asimismo, y de conformidad con lo previsto en el punto 2.2, el referido plazo supuso, además, la realización simultánea de las obras en a lo menos, dos frentes de trabajo, para lo cual, requería disponer del personal adecuado y suficiente y con maquinarias, equipos y camiones que deberían ser independientes y por ningún motivo podrían depender de las obras que se ejecutaran en el otro frente. Conforme a lo indicado en la Aclaración 2 de las Bases, este plazo se aumentó a 336 días corridos y según ello se procedió a adjudicar el contrato de obra pública respectivo a Kodama. Destaca que la obra contratada constituía una única obra, amparada por un único contrato, con un plazo único y no divisible por etapas. Ello implicaba el estricto sometimiento de las partes a una secuencia constructiva, que conllevaba la realización de trabajos en varios frentes a la vez, de forma independiente entre sí y para lo cual era indispensable que no hubiese tiempos muertos, los que en la realidad existieron y afectaron gravemente la secuencia constructiva fueron de absoluta responsabilidad del Fisco.

Que en cuanto a la naturaleza del contrato manifiesta que este era bajo la modalidad de suma alzada por la suma \$25.371.058.561, según consta de la Resolución N°921 de fecha 30 de Noviembre de 2006, suscrita por el Ricardo Trincado Cvjetkovic, en su calidad de Director Serviu Metropolitano, que fue tomada razón por la Contraloría General de la República con fecha 28 de diciembre de 2006 y protocolizada con fecha 29 de diciembre de 2006, en la Notaría de Santiago de doña María Gloria Acharan Toledo, bajo el N° de Repertorio 31.394. No obstante que se trató de una obra adjudicada por un valor ascendente a \$25.371.058.561, la obra total ejecutada tuvo en los hechos un costo para el Fisco ascendente a casi \$60.000.000.000, de los cuales a lo menos \$ 19.418.010.063 más IVA no han sido pagados a Kodama.

Añade que en efecto, y conforme a la Resolución N° 921 se estableció que, con arreglo a los citados términos, la demandante no tendría derecho a cobrar indemnización al Serviu Metropolitano, ni podría pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por las alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente, ni por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato. Asimismo, Kodama no tendría derecho a exigir aumento de precio por el empleo de materiales de mejor calidad que los establecidos en los antecedentes del contrato, si así no lo autorizase y ordenase por escrito la autoridad competente que corresponda de la Institución, esto es, el Serviu. Afirma que lo expresado sólo puede ser aplicable en la medida que el demandante hubiese cumplido sus obligaciones en tiempo y forma, y a contrario sensu, inaplicable cuando existen incumplimientos contractuales y rompimiento brutal del equilibrio contractual.



«RIT»

Foja: 1

Indica que desde el punto de vista normativo, el contrato se regía por las Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización contenidas en el DS. 236/2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, los Antecedentes Técnicos y Administrativos de la Licitación y demás normas legales que le resultaren aplicables, toda vez que en el Convenio Mandato celebrado entre la Dirección Nacional de Vialidad y el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano se estableció expresamente que: "El cumplimiento de este mandato quedará sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el mandatario, para el desarrollo de sus propias actividades".

Manifiesta que durante el desarrollo del íter contractual, él mismo experimentó 6 sucesivas ampliaciones de plazo, por lo que conforme a ello, el programa inicial se extendió por razones ajenas a la responsabilidad de Kodama- de los 336 días iniciales a un total de 1.235 días, con los subsiguientes sobre costos de obra que no le han sido pagados, pese a estar reconocidos en instrumentos públicos emanados del propio Serviu que era el mandatario de la Dirección de Vialidad para efectos del control de la obra.

Señala que Kodama por la presente acción busca ser resarcida por los enormes desembolsos de dinero que tuvo que realizar por causa de la negligencia del Fisco en el cumplimiento del contrato sublite el que, como se dijo, le implicó una merma patrimonial.

Es igualmente del caso referir en esta parte que Kodama, frente a los incumplimientos fiscales al programa de obras, formuló una primera presentación al Serviu con fecha 2 de agosto de 2010, mediante la cual formuló reclamación de los mayores gastos generales y sobrecostos de la obra, para luego mediante carta de fecha 25 del mismo mes y año, solicitar al Serviu abordar las diferencias en torno a estos gastos y sobrecostos, a lo que este último accedió convocando a una mesa de trabajo para determinar a cuánto ascenderían dichos gastos y sobrecostos experimentados por Kodama. En efecto, Kodama sostuvo 4 reuniones con el Serviu y de las cuales se extendieron las respectivas Actas, las que tuvieron lugar entre los días 11 y 26 de Noviembre de 2010, ambas fechas inclusive. Sin embargo, estas reuniones no prosperaron en el sentido de convenir una cifra definitiva para la evaluación de los reembolsos y perjuicios que correspondía pagar a Kodama, sin perjuicio de lo cual quedó asentado, sin duda alguna, el principio de que Kodama debía ser resarcida de los perjuicios sufridos. En dicho tiempo, la demandante contrató un Informe a la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile (DICTUC), que consta de dos volúmenes respectivamente denominados "Informe mayores plazos" e "Informe mayores costos", ambos respecto de la obra corredor Pedro Aguirre Cerda, informe que determinó con claridad y precisión la naturaleza y cuantía de los perjuicios sufridos con causa en el incumplimiento Fiscal.

Al no existir acuerdo en los montos, no así en la existencia de los incumplimientos imputables al mandante de la obra, Kodama inició demanda en contra del Serviu ingresada bajo el Rol C-27.734-2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Cabe hacer presente que dicha demanda fue iniciada en contra del Serviu Metropolitano, toda vez que tal como se ha señalado en el párrafo del capítulo 1.A, dicho órgano fiscal era el mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad, de la Dirección General de Obras Públicas, del Ministerio de Obras Públicas para estos efectos. El



«RIT»

Foja: 1

procedimiento iniciado con motivo de esa demanda, fue terminado consensuadamente por las partes, mediante un contrato de transacción contenido en la escritura pública de fecha 25 de Enero de 2011, bajo el N° de Repertorio N° 2896 otorgado en la Notaría de Santiago de doña María Gloria Acharán Toledo.

Señala que la transacción referida fue sustentada y en su caso validada posteriormente, en tres importantes antecedentes, a saber: a) El Informe elaborado por los señores Franz Greve Vergara, Sub Director de Pavimentación y Rafael Marambio Ortiz, Sub Director Jurídico, ambos del Serviu y que concluye en la procedencia de la reclamación de Kodama (ya lo había hecho con base en la información recabada con mucha anterioridad a la emisión del informe y que le sirviera de sustento); b) El Ord. N° 0053 de fecha 21 de Enero de 2011, del Director del Serviu Metropolitano, en igual sentido; y c) el Decreto Exento N°08 de 25 de Enero de 2011 suscrito por orden del Presidente de la República por la titular del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Magdalena Matte Lecaros, que autorizó a transigir al Serviu, con arreglo a los términos contenidos en el citado Decreto ministerial.

Afirma que en relación a los tres documentos precedentemente citados fluyen cuestiones ineludibles: i) los documentos que concluyen en el derecho de Kodama a ser resarcida de los perjuicios sufridos fueron emitidos por el Serviu Metropolitano, que fue el órgano mandatado por el MOP para la dirección de la obra contratada, y que por lo tanto tenía pleno conocimiento de la envergadura de la obra licitada cuya gestión lideró, cómo esta fue variando en el camino, y de su costo total real. Es decir el Serviu es el órgano que técnicamente podía conocer la realidad de los hechos ya que siempre mantuvo la dirección y gestión de la obra y había sido mandatado precisamente para ello; y ii) el Decreto Exento N° 8 a que se ha hecho referencia, mantiene hasta la actualidad plena validez y por lo tanto todos sus efectos jurídicos, ya que el mismo jamás ha sido anulado ni revocado, ni se ha solicitado en manera alguna la ineficacia del mismo; es por ello que las declaraciones que se han efectuado en dicho Decreto en favor de Kodama se mantienen plenamente vigentes.

Indica que el Decreto Exento señala en sus consideraciones que, con el objeto de poner término al litigio con Kodama, se le reconocía adeudar la suma de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales, a cuyo efecto y como contraprestación recíproca, Kodama se desistiría de su mayor pretensión de ser compensada, según la demanda seguida en la causa Rol 27.734-2010, ya singularizada; y transferiría el dominio de los inmuebles indicados en la cláusula Tres, letras A) y B) de la Propuesta de Transacción (Ord. N°0053, ya referido). Indica que la transferencia de los inmuebles al Fisco como consecuencia de la transacción, obedecía en exclusiva a que Kodama, ante el incumplimiento de su contraparte a la entrega de terrenos, negoció y compró directamente los predios referidos, demostrando con ello no solo un comportamiento diligente en extremo, a tal grado de ir más allá de sus obligaciones propias y con su peculiaridad adquirir los inmuebles necesarios para completar la obra, sino que derechamente aminorando así los mayores daños frente al incumplimiento de su contraparte a la entrega de tales terrenos mediante su oportuna expropiación. Asimismo, el señalado Decreto dejó constancia que la transacción anterior



«RIT»

Foja: 1

indicada era conveniente al interés del Serviu frente a un litigio cuyos resultados eran difíciles de prever.

Así las cosas, en vista de estos antecedentes y reconocimientos de la procedencia de su indemnización, Kodama suscribió la referida escritura de transacción, la cual, en definitiva y no obstante haber sido aprobada judicialmente en la causa rol 27.734-2010 y encontrándose ejecutoriada tal resolución, no le fue pagada la cantidad reconocida adeudar. Como corolario de lo dicho, cabe decir que Kodama dirigió carta a la señora Ministro de Vivienda y Urbanismo de la época, de fecha 1 de abril de 2011, la que fue respondida por la autoridad ministerial con fecha 5 del mismo mes y año, en el sentido que la materia estaba sujeta a "revisión", absteniéndose de adoptar cualquier decisión al respecto, en tanto dicha "revisión" no concluyera.

Agrega que en paralelo a lo dicho, el Fisco inició en contra tanto del Serviu como de Kodama una demanda de nulidad de la transacción, bajo el Rol C-18.714-2010 del 16° Juzgado Civil de Santiago, la que fue acogida en fallos de primera y segunda instancia y en contra de la cual Kodama interpuso sendos recursos de casación para ante la Excelentísima Corte Suprema. El razonamiento del fallo de nulidad consiste, en suma, en que la entidad habilitada para transigir por el Fisco era la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, juicio a cuyo respecto se formula la competente reserva en el cuarto otrosí, de esta presentación. Expone que la cuestión es de forma y no de fondo. Es decir, el Fisco discute que la transacción no podía celebrarla el Serviu Metropolitano, pero no se encuentra en discusión el derecho de Kodama de ser resarcido de los perjuicios sufridos a raíz de los graves incumplimientos fiscales que provocaron en definitiva su total y absoluta ruina económica. Tanto es así que Consorcio Construcciones Kodama Limitada se encuentra actualmente sujeta a un "Convenio Judicial Preventivo" aprobado con el voto conforme de la mayoría de acreedores exigido por la Ley, según consta en la resolución de fecha 10 de Septiembre de 2012 dictada por el 18° Juzgado Civil de Santiago en causa rol C- 14.077-2012.

_A mayor abundamiento, señala que la investigación penal que surgió a raíz del caso, en la cual seguramente el ente fiscal pretenderá ampararse para eludir su responsabilidad, que tuvo amplia difusión en la prensa, finalmente fue sobreseída por no haberse concluido en la existencia de delitos de ninguna especie, ni funcionarios, ni mucho menos de personeros de Kodama.

Manifiesta que el contrato de obra pública celebrado por su representada que origina esta vía jurisdiccional, supuso para las partes determinadas prestaciones ordenadas a alcanzar la finalidad tenida en vista al contratar, cuál era la ejecución de obras públicas en beneficio de la comunidad, consistentes en uno los principales ejes del Transantiago, como corredor de Buses, conectando así las comunas de Santiago, Pedro Aguirre Cerda, Cerrillos y Maipú, comunas que entre la población residente y la flotante suman un porcentaje muy significativo de la población de la ciudad de Santiago, por lo cual las partes eran llamadas a ser especialmente diligentes en el cumplimiento del contrato y de que sus prestaciones fueran debidamente ejecutadas, en todo momento, lealmente y de buena fe. Evidentemente que obra suponía una compleja alteración del funcionamiento de la ciudad y del desplazamiento de sus habitantes.



«RIT»

Foja: 1

A tal fin, las partes contrajeron derechos y obligaciones reciprocas al tiempo de nacer el contrato y que cualifican jurídicamente a dicho acto jurídico como un contrato oneroso-conmutativo: oneroso puesto que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro y conmutativo puesto que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (artículos 1440 y 1441 del Código Civil).

Manifiesta que este es un punto de partida fundamental, puesto que la esencia de este tipo de contratación radica en que su decurso y el resultado del fin buscado por las partes, supone y requiere en todo momento un equilibrio patrimonial derivado de su conmutatividad y basado en su onerosidad. Más aun, tratándose de la natural asimetría existente cuando los particulares contratan con un ente poderoso como la Administración del Estado. Por eso la Excm. Corte Suprema ha dicho que la Administración cuenta con poderes, potestades, facultades y prerrogativas exorbitantes que, por lo mismo, suponen un ejercicio motivado en razones de interés público, manteniendo el equilibrio financiero del contrato, sin perjudicar al contratista, de lo contrario, su actuación resulta al mismo tiempo injustificada e ilegal. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que abunda precisamente en este elemento de justicia que ha de estar siempre presente *en* este tipo de contrataciones, de manera de impedir todo desequilibrio patrimonial y en definitiva evitar el enriquecimiento ilícito de una parte a costa de la otra.

Expone que existió una brutal ruptura de ese equilibrio económico en que devino esta contratación en perjuicio de mi parte y en beneficio del Fisco. Para ello basta contrastar las características del contrato original con el resultado: a) Una obra prevista para ser ejecutada en 336 días, termina en la friolera de 1.235 días, por causas no imputables a Kodama sino que al Fisco. b) Una obra contratada inicialmente por \$ 25.371.058.061 terminó siendo una obra de casi \$60.000.000.000 de los cuales casi \$20.000.000.000 no han sido pagados a su representada. Por ende, el plazo original de 336 días para la ejecución de la obra, ha resultado en los hechos prácticamente cuadruplicado por las exigencias y complejidades de los trabajos a ejecutar. Mucho más grave aún, es que el presupuesto original de estas obras de \$25.371.058.561 (IVA incluido), a poco andar hubo de rectificarse en razón de obras adicionales y extraordinarias no previstas, superando varias veces el costo revisto originalmente. Señala que es habitual que obras de esta naturaleza tengan una variación en su presupuesto del orden de un 20% por la ejecución de obras extraordinarias, aumentos de obras, etc. Sin embargo es absolutamente fuera de lo normal que esa variación sea del 250%, como ocurrió en este caso, evidenciando gravísimas negligencias en el proceder fiscal.

Indica que lo anterior demuestra, más allá de toda consideración, que los términos y supuestos técnicos y jurídicos bajo los cuales el Fisco licitó estas obras resultaron ser grosera y negligentemente errados. Más allá de las causas e imputabilidad de los hechos que condujeron tal descalabro y desequilibrio económico, lo concreto es que a virtud del mismo, Kodama sufrió un severo perjuicio patrimonial, racionalmente imprevisible. Lo anterior en el contexto de relación contractual llamada a ser razonable, justa y de mutuo beneficio, que resultó muy lejano de esas características, deviniendo sencillamente en abusiva y ruinosa para la demandante.



«RIT»

Foja: 1

Agrega que la sinrazón fiscal pretende que Kodama, a pesar de ser una empresa de ingeniería altamente especializada, con más de 22 años de experiencia en el rubro, voluntaria e irracionalmente contrató para obtener como resultado su propia ruina económica, al supuestamente no realizar los estudios y análisis que las obras en licitación requerían al tiempo de efectuar su oferta, como lo ha señalado en otras instancias. El Fisco pretende con ello desentenderse de su propia responsabilidad y, como siempre ocurre, mirando para el lado. Eso no es así, puesto que como se ha señalado y se acreditará en la oportunidad procesal probatoria, las causas de este dañoso descalabro son de plena responsabilidad del Fisco, y ello justifica la desde luego interposición de las acciones de cumplimiento forzado contractual e indemnización de Perjuicios, de las que da cuenta esta demanda.

Agrega que si incluso si en un extremo no se diere por configurado el incumplimiento Fiscal, el resultado no sería sustancialmente diferente, pues nada justificaría el enriquecimiento del Fisco a costa del patrimonio de su representada, razón que sustenta la acción in rem verso ejercida subsidiariamente en autos. Indica que su representada no busca ni pretende lucrar indebidamente, sino simplemente que se restablezca el antes referido equilibrio patrimonial. Y esto, como lo señala la jurisprudencia y la doctrina, no implica restar valor al artículo 1545 del Código Civil que consagra el principio del pacta sunt servanda (el contrato es ley para las partes), sino su reafirmación, desde que da a las partes la posibilidad de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al vincularse. Lo anterior demuestra que la falta de conmutatividad contractual referida, es decir, el desequilibrio patrimonial generado ya por el incumplimiento, ya por las circunstancias fácticas deberá ser restablecido por el Tribunal, ya que es de toda justicia y razonabilidad que lo sea. Que en este orden de ideas, señala que Kodama desplegó todos sus esfuerzos técnicos, profesionales, económicos, patrimoniales y humanos, con la debida diligencia e incluso soportando desembolsos dinerarios cuantiosos y no contemplados como de su cargo, de modo que no ha existido de su parte culpa o negligencia en la ejecución de las prestaciones a que se obligó y por el contrario, el Fisco se ha visto injustamente beneficiado o enriquecido a costa del patrimonio de Kodama, producto de los incumplimientos del Fisco y teniendo en vista que la obra se realizaba a su beneficio y no a beneficio de Kodama.

Expone que conforme al Contrato, la obra se proyectó y licitó para ejecutarse íntegramente en 336 días corridos a contar de la fecha del Acta de Entrega de los terrenos por parte del Serviu. Sin embargo de lo ya dicho, es necesario hacer presente que las labores propias de la obra, esto es, las obras civiles, excavaciones, rellenos, atraviesos y otras descritas en las especificaciones técnicas, comprendían su ejecución en varios tipos de emplazamiento, los cuales requerían de permisos de distintas personas o autoridades para su desarrollo, a saber: i) áreas inicialmente de propiedad privadas, que debían ser expropiadas por el Fisco y oportunamente entregada por éste; ii) áreas de tuición municipal; iii) áreas de bienes nacionales de uso público; iv) áreas pertenecientes a instituciones fiscales tales como la Fuerza Aérea de Chile e incluso el propio Serviu. En suma, el plazo y costo presupuestados por Kodama para la ejecución de la obra, tal como se ha explicado, se hizo sobre la base o premisa que el Fisco disponía oportunamente de todos los permisos, y procedimientos requeridos, para tener el terreno



«RIT»

Foja: 1

disponible para trabajar lo que por cierto incluía el traslado de los servicios, según se comprometió, lo que constituyó un elemento o presupuesto esencial y determinante en la contratación o sea, una base objetiva del negocio y una finalidad objetiva del contrato, por lo mismo, el incumplimiento del Fisco a dicha premisa, hace recaer sobre ésta la correspondiente responsabilidad.

También cabe señalar al Tribunal que, pese a todo y con gran esfuerzo humano, técnico y patrimonial, Kodama concluyó la totalidad de la obra, a tal grado que ella fue objeto de la recepción definitiva por el Serviu Metropolitano (en representación del Fisco)-recepción que el este último tardó meses en efectuar con los consiguientes costos de mantención asumidos por Kodama, con lo que la demandante dio por finalizados los trabajos con fecha 17 de mayo de 2010, con el pase de la Inspección Técnica de Obras (ITO-Serviu) y se suscribió acta de recepción con fecha 28 del mismo mes y año, con observaciones, las cuales fueron subsanadas dentro del plazo otorgado por la Comisión Receptora, según consta de Memorandum N° 517 de 16 de junio de 2010 del Director de Obras, y a que se refiere el señalado documento. Asimismo, a partir del inicio e instalación de faenas por parte de Kodama, ésta estuvo y se mantuvo permanentemente en la ejecución de las faenas contratadas. En el desarrollo de las obras y conforme consta de los denominados Convenios ad Referéndum se realizaron diversas modificaciones de las obras, ya en el aumento de obras u obras extraordinarias, ya en la disminución de obras, y con cambios en el precio. Sin embargo, dichas modificaciones no tuvieron por objeto solventar los sobrecostos para Kodama derivados de los incumplimientos del Fisco, sino que únicamente de las modificaciones indicadas.

Surge la necesidad, entonces, de explicar al Tribunal cómo una obra proyectada y contratada para ejecutarse totalmente en 336 días corridos, y sobre la base de un presupuesto o suma alzada de 336 días, se convirtió en un proyecto de 1.235 días. También surge la necesidad de explicar cómo una obra de \$25.371.058.561 se transformó en una obra por \$ 60.000.000.000 generando enormes perjuicios a mi representada por casi \$20.000.000.000, sólo por concepto de daño emergente. Reitera que Kodama puso todo lo necesario de su parte y mucho más de lo que le era legalmente exigible ya, en equipos, personal calificado y profesional durante los referidos 1.235 días en que se mantuvo en la obra, pero su trabajo no pudo avanzar a las tasas de rendimiento proyectado y presupuestado, en razón de hechos e incumplimientos que no son imputables a ésta si no que al Fisco y por lo tanto, de su exclusivo cargo.

Señala que a efectos de referir los incumplimientos que se demandan, resulta necesario establecer, primeramente, cuáles eran las obligaciones del Fisco como parte mandante de la obra denominada Corredor Pedro Aguirre Cerda.

Que en cuanto a las obligaciones asumidas por el ente fiscal, señala que las partes están sujetas esencialmente a ejecutar la obra y a pagar su precio. Sin embargo, sobre este punto de señalarse que esas obligaciones suponen, a su vez, el cumplimiento de otras obligaciones emanan de la naturaleza de lo convenido, conforme a exigencias de un debido y j comportamiento contractual con arreglo a buena fe (artículo 1546 del Código Civil).



«RIT»

Foja: 1

Al respecto, cabe señalar como condiciones básicas, que el desarrollo de toda la ingeniería y la liberación y entrega de la faja requerida para la ejecución de los trabajos contratados, eran de entera y exclusiva responsabilidad del Serviu y en definitiva del Fisco. Al tratarse de un contrato a suma alzada, de acuerdo a la propia definición de tales contratos contenida en el artículo 5° del D.S. 236, al constructor le corresponde construir y es el mandante quien debe proveer los proyectos, planos y sus respectivas especificaciones técnicas.

De igual modo, las obligaciones del Fisco a lo menos, fueron las siguientes:

a) **Entrega de terrenos liberados para las obras:**

Conforme a las Bases Administrativas, en el punto 2.1, se estableció claramente que, a fines de marzo de 2007, estarían liberados todos los terrenos "que a la fecha de la licitación aún no se encuentren totalmente liberados", lo que se ratificó en el proceso de Consultas y Aclaraciones (Consulta N°30 de Aclaración N°2).

b). **Entrega de ejecución del traslado de los servicios, contratados con valor pro forma (interferencias y atravesos).**

La misma sectorización establecida por el plan de desvíos de tránsito, predefinió el plazo en que debían ser trasladadas las instalaciones de servicios básicos que existían a lo largo de todo el trazado de la obra, con un valor pro forma estimado de \$ 196.000.000, valor incluido dentro del precio total del Contrato. Cabe hacer presente que el valor final pagado por valores proforma ascendió a más de \$4.145.000.000, dando con ello cuenta el grado de improvisación y negligencia fiscal, demostrando la absoluta imprecisión de los antecedentes técnicos de la licitación, obstaculizando el accionar del contratista y afectando con ello la secuencia constructiva con grave impacto en los costos reales del contratista. En efecto el aumento de los valores proforma corresponde a más del 2.000% (dos mil por ciento) de lo presupuestado inicialmente.

En todo caso, el presupuesto para traslados de servicios, comprendía los servicios húmedos y secos, excepto las instalaciones de telecomunicaciones, respecto de las cuales, Serviu aclaró que no le asistía obligación de pago, siendo de cargo de cada compañía afectada.

c) **Entrega de proyectos de ingeniería y especialidades**

Las obras a ejecutar eran las efectivamente contenidas en los planos utilizados en la etapa de licitación, por lo tanto, no existía inconveniente para dar inicio a su ejecución, según el programa de obras contenido en la Carta Gantt entregada como oferta técnica del Contratista y ratificada al inicio del Contrato según lo dispuesto por DS236/02, considerando que los proyectos eran aportados por el Mandante según lo define las BAE y DS236/02. De lo anterior era de entender y presumir que los proyectos de ingeniería y especialidades, aspectos esenciales y básicos



«RIT»

Foja: 1

para la ejecución de las obras, se encontraban completamente afinados por parte del mandante o al menos afinados en lo sustancial, lo que no ocurrió, según más adelante se detalla.

Que respecto de los proyectos que requerían aprobación por parte de otras entidades, tales como, Empresas de Servicios cuyas instalaciones se debían modificar con valores definidos en la licitación como pro forma; Empresa de Ferrocarriles del Estado, Municipalidades y otros; el Serviu dio la seguridad a Kodama que estaban presentados y/o en etapa de aprobación.

d) Permitir realizar las actividades de construcción sin turbación o embarazo por parte de la autoridad (SERVIU).

Manifiesta que el contrato consideró la ejecución del total de obras contratadas en un período de 336 días corridos, por lo que, la demandante programó los trabajos y recursos necesarios para dar cumplimiento con esa exigencia contractual básica. Sin embargo, producto de detenciones de obra ordenadas por el Serviu y no contempladas en el contrato, además de la falta de entrega de terrenos, indefiniciones de proyectos, y la responsabilidad que le cupo al Serviu en el traslado de servicios, entre otros incumplimientos, se produjo un retraso en la ejecución de dichas obras, no imputable a Kodama, ocasionándole mayores gastos generales y sobre costos, hasta ahora no indemnizados.

Así las cosas, habida cuenta que los supuestos anteriores no se cumplieron, a pesar de haber sido convenidos en el contrato, Kodama fue en los hechos obligada a asumir el impacto patrimonial que le significaron una serie de circunstancias no atribuibles a su responsabilidad. En efecto, debió destinar una mayor cantidad de recursos humanos, maquinarias, materiales y capacidad económica, por un período tres veces superior al contemplado originalmente, para poder enfrentar los trabajos contratados; debió enfrentar aceleraciones y mayores costos por ineficiencias originadas por el proyecto; falta de entrega de faja liberada, falta de proyectos de ingeniería o indefinición de los mismos, y otros incumplimientos, que llevaron a que las obras incrementaran enormemente su valor, por causas que no obedecieron a incumplimientos de su parte, según ya se ha señalado. Evidentemente que la falta de previsión fiscal, su negligencia y sus reiterados incumplimientos alteraron radical y definitivamente la secuencia constructiva racionalmente programada por Kodama con base a los antecedentes que el mandante entregó al licitar la obra.

Cabe decir, entonces, que un comportamiento de buena fe en la ejecución del contrato, supone un compromiso esencial y un deber de colaboración en la oportuna y debida entrega de planos, ingeniería y los terrenos, deber de colaboración que fue esencialmente incumplido por el demandado. De igual modo, debe tenerse en cuenta que el pago debido por el demandado debe satisfacer el principio de totalidad o integridad, esto es, que: "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban", a decir del artículo 1591 inciso final del mismo Código, tal como se expondrá en el acápite referente al derecho. Precisamente el pago del precio y de sus aumentos por obras extraordinarias, no guardan relación con la suficiencia del pago, el que a todas luces ha resultado insuficiente, pues no da cabal satisfacción



«RIT»

Foja: 1

a lo que se debe, ni al pago total, pues no ha incluido dicho precio, las indemnizaciones que adeuda el Fisco en razón de los mayores desembolsos de Kodama por causa de aquél, todo lo cual, ha roto el equilibrio del contrato oneroso conmutativo celebrado.

Que en cuanto a los incumplimientos del ente fiscal, manifiesta que Kodama se vio avocada a la ejecución de obras de una naturaleza y magnitud imposibles de considerar o prever razonablemente, atendido el marco jurídico y técnico de la contratación original, determinando tiempos de ejecución, costos y programación jurídicamente no exigibles a y que debió afrontar con su disposición de recursos materiales y humanos, más allá de todo lo previsto en el contrato.

Señala que entre las más relevantes imprevisiones fiscales se cuentan:

A). Incumplimientos en traslado de instalaciones de empresas de servicios.

Que en cuanto al traslado de los servicios, el Serviu programó, definió y contrató externa y tardíamente la ejecución de las obras con valores pro forma referidos a las modificaciones de las instalaciones de servicios existentes (electricidad, teléfono, compañías de televisión por cable, gas, etc.) en el trazado proyectado y que interferían con el proyecto. Toda obra urbana de esta importancia requiere de modificaciones de los servicios instalados en la faja fiscal o bajo ésta y que interfieran en su ejecución.

Evidentemente, los traslados deben hacerse previamente convenido con los titulares de dichas instalaciones una vez definidos los proyectos de modificación de servicios aprobados por las mismas empresas afectadas y la aceptación y posterior pronto pago de sus propios presupuestos por parte de Serviu.

En este caso, nada de aquello sucedió, ya que al tiempo de inicio de los trabajos licitados, los servicios cuyo traslado debía ejecutarse no estaban debidamente catastrados, no existía nada conversado con las empresas titulares de los servicios; no existían proyectos de modificaciones de servicios, ni tampoco existía conformidad de los proyectos de especialidades (Iluminación, Paisajismo) por parte de las 5 municipalidades por donde pasaba el Corredor (al momento de producirse la entrega de cada faja conforme al acta respectiva), generando posteriormente un sinnúmero de inconvenientes para la materialización de los respectivos proyectos.

Estos incumplimientos produjeron a Kodama detenciones de obras en amplios sectores en que estas se ejecutaban, que se tradujeron en retrasos en el inicio de los trabajos y en la fecha de término contractualmente comprometida. Por otra parte, la demora en el traslado de servicios también tuvo otros impactos para el desarrollo del trabajo tales como: cambios de servicios temporales para poder avanzar parcializadamente; obras adicionales asociadas al traslado de redes, etc.

Es del caso que los planos enviados por el Serviu no reflejaban de manera adecuada diversas interferencias que aparecieron con el desarrollo de la obra. En efecto, existía



«RIT»

Foja: 1

colectores, arranques y cámaras derechamente no catastradas. Hace presente que la existencia de interferencias genera una detención en el sector de trabajo a la espera de instrucciones del mandante, lo que provoca por sí sólo aumentos de plazos y costos.

Indica que de acuerdo a lo establecido en el Contrato, la gestión por el traslado de los servicios básicos es de responsabilidad del Contratista, a menos que su retraso no sea imputable a su falta de gestión. Habiendo Kodama hecho todas las gestiones pertinentes para que Serviu solventara los respectivos presupuestos de las compañías de servicios, era Serviu quien debía pagarlos oportunamente, situación que no se produjo, con el consecuente retraso en las obras que ello significó.

Así las cosas, el no pago de los presupuestos de Chilectra, la falta de proyecto de Aguas Andinas y Smapa, la gestión asumida por Serviu de licitar las obras de modificaciones de Servicios Húmedos dando plazos de entrega cercanos al término contractual general; el no pago oportuno de los gastos de traslados de servicios correspondientes a las compañías de telecomunicaciones; la negativa de cancelar los traslados de servicios pro forma y que el Contratista asumiera la modificación de obras, son aspectos que perjudicaron el avance de la obra más allá de toda previsión posible en el proceso de licitación, generando importantes sobre costos a Kodama.

Indica a modo de ejemplo, en el caso de la interferencia de los ductos de la compañía GTD, ellos fueron los más traumáticos de desplazarse, como se explica a continuación. En efecto, consta del Oficio de fecha 4 de mayo 2006, dirigido por el Jefe del Departamento de Proyectos de Pavimentación del Serviu, Joel Prieto Villarroel, a Ariel Ibacache, Jefe del Departamento de Obras Civiles de GTD Teleductos, que sólo con esa fecha le informa que deberán ser desplazadas las redes de su compañía que pasan sobre el corredor, "...coordinando el corrimiento de nuestra obra de pavimentación, en los puntos que proceda por proyecto y/o requerimientos de su compañía por cambio de las condiciones del área, por ello se adjuntan en esta ocasión planos...del Tramo 2...donde se marcan posibles áreas de afección".

Agrega que en el mismo formato de carta anterior y entre los mismos, suscriptor y destinatario, recién con fecha 12 de septiembre de 2006, se le envía a GTD los antecedentes de los tramos 3, 4 y 5, informándole un plazo de 90 días para desplazar sus redes. El mismo Joel Prieto, Jefe del Departamento de Proyectos de Pavimentación, emite un oficio ordinario al Sr. Gerente de explotación GTD Teleductos, Pedro Pablo Amenábar, con fecha 8 de noviembre de 2006, señalándole que el Serviu le remitirá el proyecto de emplazamiento de las redes eléctricas una vez que sean remitidas al Serviu por parte de Chilectra con el fin de que puedan realizar los estudios de factibilidad técnica correspondientes y los presupuestos de traslado de las redes de telecomunicaciones afectadas por el Corredor. Es decir, a 1 mes y 12 días de la fecha de entrega del terreno por parte del Serviu (20 de diciembre de 2006) a Kodama para la construcción, el Serviu reconocía no haber recibido de Chilectra el proyecto de emplazamiento de las redes eléctricas y que por lo tanto, los estudios de factibilidad técnica y consiguiente presupuesto por parte de GTD no estaban realizados.

Que por otra parte con fecha 29 de junio de 2007, esto es, más de 6 meses después



«RIT»

Foja: 1

producida la entrega del terreno, el Sr. Prieto, Jefe del Departamento de Pavimentación del Serviu, dirige el oficio ordinario N° 3524, a Ariel Ibacache, de GTD Teleductos, solicitándole que "sus redes sean desplazadas coordinando el corrimiento con nuestra obra de pavimentación, en los puntos que proceda por proyecto y/o requerimientos de su compañía por cambio de las condiciones del área".

Es decir, se repetía el mismo discurso del primer ordinario de hacía más de un año atrás, sin resultado alguno y en circunstancias que la obra ya estaba en ejecución. Sólo con fecha 11 de octubre de 2007, es decir, a un mes teóricamente de la fecha de término de las obras del Corredor de acuerdo al plazo señalado en el contrato, GTD contestaba el oficio ordinario 3524 arriba referido, señalando 15 puntos contentivos del proyecto de traslado, el presupuesto y las condiciones en los cuales se realizaría.

Este intercambio de comunicaciones continuó entre GTD y el Serviu como da cuenta la carta de fecha 12 de septiembre de 2008, (a un año 10 meses de la entrega del acta de entrega de terreno), por medio de la cual, Ariel Ibacache Huerta, Subgerente de Obras Civiles de GTD, comunica al Serviu, a través de su Subdirector de Pavimentación y Obras Viales Eusebio Herrera, el presupuesto, planos referenciales y condiciones de traslado de las redes aéreas y subterráneas del corredor PAC, a través de 14 puntos. En consecuencia, a fines de 2008, todavía no se habían retirado de las calles del corredor las instalaciones de GTD, las cuales no debieron haber existido va desde la fecha de entrega del terreno._

Indica que así, en este estado de cosas, recién con fecha 11 de mayo de 2009 pudo liberarse totalmente la faja respecto de los servicios de GTD, es decir, 2 años 4 meses después del plazo originalmente definido en el contrato para hacer entrega del terreno, liberación indispensable para permitir el inicio de los trabajos respectivos.

Agrega que en el caso de Metrogas y Chilectra el problema del traslado de servicios se produjo, en primer término, por el retraso en el inicio de las negociaciones tendientes a obtener ese traslado; como asimismo, en segundo lugar, debido a la falta de solución (pago) de sus estados de pago necesarios para financiar la modificación de las instalaciones de los servicios correspondientes.

Al igual que en el caso de las expropiaciones que más adelante se señalarán, Kodama intentó ayudar para la rápida movilización de las instalaciones de servicios, ya que toda demora a este respecto entorpecía la ejecución de la obra ya que no podía trabajarse en toda su extensión. Y así por ejemplo, en el caso de Metrogas y Chilectra, Kodama ofició de intermediario entre éstos y el Serviu, intentando agilizar el pago de los estados de pago necesarios para despejar la faja de terrenos debido a la existencia de instalaciones de servicios en ellos. Así consta, a modo de ejemplo, en los correos electrónicos intercambiados entre personal del Serviu y de Kodama instando por el pronto curso de los estados de pago de la movilización de los servicios existentes en el corredor Pedro Aguirre Cerda.

Manifiesta que todas estas dilaciones en la ejecución de los cambios de servicios fueron inducidas directamente por el esquema administrativo aplicado por el Serviu en este contrato.



«RIT»

Foja: 1

que Kodama pudiese revertir sus negativos efectos sobre el avance de las obras y su disgregación. En este escenario, se mantuvieron amplios sectores abiertos a la espera de los cambios de servicios que no se materializaron en las fechas previstas, debiéndose ejecutar obras adicionales, no previstas, como lo son: dejar encamisados en el pavimento y cambios de servicios temporales para poder avanzar aunque fuera parcializadamente y en pequeños tramos, alterando la secuencia constructiva.

Por ello, sólo después de ejecutadas las modificaciones de todos los servicios existentes, hubo de volverse atrás para concluir las obras, con el considerable aumento de costos y gastos que ello significó. Como lo reconoce en un correo del ITO, "La situación es desesperada..." y luego reconociendo que la obra está prácticamente paralizada al indicar: "...ya casi no tenemos sitios para continuar con los trabajos..."._

Añade que si bien se reconocieron este tipo de situaciones al interior del Serviu, no fue posible, considerando su responsabilidad, que en ese momento se reconociera una modificación del programa de trabajo que efectivamente se tradujera en una indemnización para el Contratista por los muchos meses de retraso, con los mayores costos y gastos generales producidos y materializando su justo reembolso, según lo establecido en el Decreto Supremo N° 236/02, específicamente, el artículo 92 inciso 2°.

Agrega que en lo que a Kodama correspondía, actuando en cumplimiento a lo establecido en el contrato y en el D.S. 236, se realizaron oportunamente las gestiones ante las empresas afectadas, tendientes a lograr el traslado de los aludidos servicios. Como señalamos más arriba, por desgracia, el Serviu demoró la aprobación de los presupuestos enviados por las compañías afectadas con el traslado. Estas demoras y sus efectos fueron advertidas en reiterada correspondencia por Kodama al Serviu, según se acreditará en la etapa procesal correspondiente.

Señala que las demoras se produjeron por la discusión entre el Serviu y las empresas afectadas, respecto a quién debía pagar por el costo del traslado de las redes. Esta discusión obligó a Kodama a incurrir en mayores costos directos de ejecución, pues debió realizar obras adicionales para cumplir con el cronograma de trabajo. Ni Kodama, ni el Proyecto en su totalidad, podían seguir sufriendo los problemas de productividad y de falta de continuidad que esta discusión producía.

Sin embargo, cabe decir que los esfuerzos de Kodama, no pudieron evitar que igualmente las obras sufrieran un retraso de 18 meses, hasta que la Contraloría General de la República, finalmente dictaminó que correspondía al Serviu financiar los costos del cambio de dichos servicios, situación que el licitante debía conocer desde antes de la licitación.

Desafortunadamente, este esquema de cosas permitió que las empresas de servicios presionaran al Serviu por la aceptación de sus exigencias, dilatando la revisión de proyectos y/o haciendo observaciones parciales en cada revisión, de modo de tener argumentos técnicos para su falta de aprobación. Esta decisión del Serviu escapó al ámbito de las múltiples gestiones realizadas por el demandante para cooperar con ese Servicio, de modo que, la imposibilidad de dar término a



«RIT»

Foja: 1

trabajos no le puede ser atribuida como contratista, sino que ello amerita indemnizar a Kodama según lo dispuesto por el DS 236/02 que indica el pago de indemnizaciones de 5 por mil por cada día de atraso si se cumple la hipótesis contemplada en el artículo 92 de dicho cuerpo legal.

Expone que como corolario de lo expuesto, resulta que al 31 de marzo del 2007, solo había un 3% de los trabajos ejecutados, pues sólo un 3% de la faja estaba liberada. A su turno, al 30 de noviembre del 2007, fecha en que se debería haber cumplido el contrato, sólo había un 44% de los trabajos ejecutados, pues sólo un 44% de la faja estaba liberada.

En consecuencia, dado que la responsabilidad de los pagos de traslados de servicios básicos era del Serviu, por cuanto las gestiones de responsabilidad del Contratista fueron oportunamente realizadas, es el demandado mandante y comitente del Serviu, quien no cumplió con las fechas contractualmente comprometidas, de manera que el costo de todos los retrasos, mayores gastos generales y sobre costos, deben ser asumidos por éste.

B). Incumplimientos en relación al Colector Aguas Lluvias N° 7 y Lo Errázuriz.

Manifiesta que también existieron problemas en la ejecución del proyecto de aguas lluvias, específicamente lo relativo a los colectores de aguas lluvias N° 7 y colector de aguas lluvias Lo Errázuriz. Dichos problemas consistieron en la existencia de graves interferencias no catastradas (interferencia no catastrada de aguas servidas, de alta tensión, tuberías de gas, etc.) lo que gatillo la detención de las obras por parte del mandante. El grado de interferencia fue tal que hizo necesaria la revisión del proyecto de ingeniería, lo que dejó de manifiesto el gravísimo grado de imprevisión fiscal. Es más, la modificación de este proyecto implicó la demolición o retiro de lo ya ejecutado, generando con ello un mayor atraso en el avance de la obra. Expresa que este caso no se trata de la simple verificación de la ubicación real de las canalizaciones existentes que estaban contempladas en los planos del Serviu, si no que derechamente, se trató de interferencias importantes no catastradas por el mandante. Son interferencias no contempladas en los planos iniciales del mandante, presupuesto base de todo contrato a suma alzada.

Manifiesta que una vez que el Serviu envió la solución integral al proyecto, que incorporaba también una solución para la recolección de aguas lluvias de la Población Patricio Mekis, aparecieron nuevas interferencias que implicaron nuevas demoras en su ejecución. Así las cosas, el incumplimiento Fiscal significó más de 320 días de retraso en la ejecución del proyecto, con el aumento de gastos y costos que ello significó, los que fueron íntegramente asumidos por Kodama.

c). Incumplimientos en relación a los proyectos de la Empresa de Ferrocarriles Estado, en adelante EFE.



«RIT»

Foja: 1

Afirma que otro grave incumplimiento Fiscal se refiere a las deficiencias en el diseño de Ingeniería presentado por el SERVIU para la construcción del Puente Melipilla (EFE), cuyo diseño original contemplaba la demolición del Puente EFE Melipilla y la construcción de uno nuevo. Sin embargo, en acta de reunión realizada con el Subdirector de Pavimentación y Obras Viales del Serviu el día 30 de abril de 2007, su propia asesoría le comunicó que faltaba la modificación y aprobación del proyecto de desvíos, señalización y electrificación de las vías, toda vez que personal de ferrocarriles manifestó que la aprobación emitida en el mes de diciembre de 2006 correspondía sólo a un anteproyecto y que adicionalmente, EFE (Empresa de Ferrocarriles del Estado) exigía la firma de un convenio con el Serviu y el pago de derechos previo al inicio de las obras.

Siendo el plazo requerido para la ejecución de la estructura de nueve meses, a esas alturas ya no era posible cumplir el plazo contractual de término del contrato del 30 de noviembre de 2007. Peor aún, con fecha 12 de octubre de 2007 EFE respondió la consulta de Kodama respecto del estado de avance de la aprobación del proyecto, haciendo una breve pero acuciosa descripción del proceso, concluyendo que técnicamente ya se podrían iniciar los trabajos de habilitación del desvío, previa formalización del convenio con el Serviu, aún pendiente a esas alturas y que evidentemente no era responsabilidad de Kodama.

Indica que a menos de dos meses del término del contrato aún no era posible iniciar los trabajos del puente, producto del deficiente desempeño de la empresa de ingeniería contratada y administrada por el Serviu, a pesar, de los muchos y grandes esfuerzos realizados por Kodama para solucionar los problemas planteados.

Señala que esta situación, como bien podrá apreciar y ponderar el Tribunal, superó toda expectativa respecto de una posible demora en la aprobación del proyecto, lo que quedó reflejado en correo electrónico en que el señor Jefe del Departamento de Proyectos de Pavimentación de Serviu envía al Subgerente de Desarrollo de la Gerencia de Gestión de Infraestructura, donde le comunica lo siguiente: "...por nuestro lado, tenemos un contrato en curso de cómo \$ MM 25.000 que está casi paralizado a consecuencia de esta situación, por otra parte hemos recibido instrucciones de parte de la Presidencia de la República de anticipar el término de esta y otras obras, como comprenderás la situación es crítica...".

Finalmente, y dado que los tiempos causaban grave perjuicio a su parte y a la comunidad toda, Kodama presentó una propuesta alternativa de ejecución de la obra, que permitió mantener la estructura de la vía férrea, para lo cual propuso modificar el proyecto construyendo parte de los muros, modificar la rasante, gálibos y radios de giro bajo el puente existente, modificar y reforzar pavimentos y aceras, corregir todo el colector 7 que no coincidía con el proyecto original de estructuras, etc. Este proyecto de Kodama fue, en definitiva, el aprobado por el Serviu ejecutado por esta parte causando al mandante un importante ahorro al patrimonio fiscal, lo hace a esta parte acreedor al respectivo importe por presentación de mejoras, indicado en artículo 138 del DS 236/02, sin perjuicio del pago de las indemnizaciones que correspondan mayores plazos y mayores costos.



«RIT»

Foja: 1

Afirma que en el caso del proyecto EFE también fue necesario que Kodama, además de involucrarse en el diseño de la ingeniería, colaborara en la liberación de faja, arrendando o comprando terrenos de manera de no continuar con la alteración de la secuencia constructiva, pérdidas de rendimiento e innegables perjuicios que ello generó.

d). Incumplimientos en relación a la liberación de faja.

De acuerdo a lo señalado en las Bases Administrativas de la licitación, las obras debían ejecutarse en parte sobre terrenos que pertenecían a particulares, y que por lo tanto debían ser expropiados. Sin embargo, los terrenos que estaban contemplados para la realización de las obras no estaban expropiados en las fechas comprometidas inicialmente y de acuerdo a las cuales Kodama realizó su oferta y más aún, existían terrenos de reparticiones públicas que si bien no estaban afectos a expropiaciones, no estaban cedidos para ejecutar los trabajos encomendados; como ejemplo se puede citar todo lo concerniente a las obras que debían ejecutarse en el recinto del ex Aeropuerto Cerrillos de Propiedad de la Fach y del mismo Serviu (Portal Bicentenario).

Además inexplicablemente existieron demoras y errores en el trámite de las expropiaciones todas imputables al ente fiscal, de manera tal que no se obtuvo la liberación de faja en las fechas comprometidas, razón por la cual resultaba imposible para Kodama la realización de actividades constructivas de acuerdo al contrato y a la Carta Gantt. Lo anterior, significó que la demandante no tuvo la disponibilidad de los terrenos requeridos para la ejecución de la obra contratada, debiendo modificar inmediatamente de iniciado el contrato y en más de una ocasión, la forma en que había estudiado su ejecución, para adaptarse a la escasa faja liberada, aumentando los frentes de trabajo o bien manteniendo a su costo recursos ociosos.

En efecto, en las aclaraciones efectuadas en proceso de licitación se esperaba que las fajas estuvieran liberadas a fines de marzo de 2007, no obstante en los hechos estas fueron liberadas íntegramente a comienzos del 2010, casi 3 años después de lo presupuestado.

Estas graves anomalías fueron informadas oportunamente por Kodama al Director de Obra del Serviu. En efecto, mediante carta CK-PAC 027/07 de fecha 6 de febrero de 2007, esto es, poco antes de la fecha estimada para estuviera disponible el 100% del terreno, Kodama se dirigió al Sr. Leonardo Basáez, Director de Obra del Serviu Metropolitano, haciéndole presente que "de acuerdo a lo informado por la Jefa del Departamento de expropiaciones del Serviu Metropolitano, Sra. Violeta Rifo, en reunión de fecha 5 de febrero de 2007, acerca del estado de expropiaciones necesarias para la construcción de las obras, existirá un atraso de 3 meses en el programa original de expropiaciones, lo que sobrepasa toda previsión hecha por nuestra sociedad al momento de participar en la licitación y obligará a reprogramar las obras". Ya en la parte final de la misma carta, Kodama, solicitó al Serviu que "en virtud de lo anterior, y conforme a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de las Bases Administrativas especiales de Licitación y al artículo N° 89 del Reglamento D.S. 23



«RIT»

Foja: 1

"solicitamos a Usted se sirva instruir la modificación del programa de trabajo del contrato, de acuerdo a las nuevas condiciones y aumentar el plazo de ejecución por el término equivalente a los atrasos".

Manifiesta que al momento de expirar el plazo definido por el propio Serviu en las bases de licitación para la entrega total de los lotes afectos a expropiación, esto es, a más tardar el mes de marzo de 2007, el estado de avance de los procesos daba cuenta que no existía ningún lote expropiado, liberado o con carta de acuerdo y sólo en 9 de los 27 lotes requeridos se había comenzado el proceso expropiatorio. Sin embargo, desde este momento se estimó una duración promedio de liberación de lotes entre 205 y 280 días, es decir, entre 7 y 9 meses, por lo que el Serviu sabía desde el inicio que no sería posible contar con el total de lotes liberados para cumplir con el plazo contractual original del 30 de noviembre de 2007. Recordemos que el plazo de ejecución de toda la obra era de 336 días. A pesar de la gravedad de este incumplimiento, el Serviu minimizó la real influencia de las expropiaciones pendientes cuando hizo referencia al problema en las Bases Técnicas, en su punto 2.15, en el apartado "Descripción del Proyecto". Lo mismo acaeció, en el acta de entrega de terreno, donde eufemísticamente, se hace referencia a la situación de no disponibilidad de la faja de terreno, cuando se señala que "existen expropiaciones en proceso en algunos sectores menores" -lo que no era efectivo-, a la vez que agregaba que "se prevé que aquellas zonas que actualmente no se encuentran plenamente liberadas, lo estarán a fines de marzo de 2007 lo que tampoco se cumplió.

Sin embargo, e incluso cuando Kodama entró a realizar las obras en los terrenos que se suponían liberados, se pudo detectar otro problema, cual era que además de las expropiaciones que se encontraban pendientes hubo que enfrentar el problema de la no disponibilidad de terrenos que sí bien eran de propiedad Fiscal, su uso correspondía a otras reparticiones estatales y que no habían sido cedidos por éstas.

Considerando estos antecedentes, resulta evidente que la prometida entrega de la faja de terreno liberada, no fue tal, y además no tenía únicamente impedimentos menores, sino que bastante relevantes, que hicieron replanificar unilateralmente una y otra vez la ejecución del proyecto.

En efecto, desde la fecha del Acta de Entrega de terreno hasta el 31 de marzo de 2007, fecha definida en tanto en las Bases, como en el Contrato y en el Acta de Entrega como límite para la entrega totalmente liberada de la faja de terreno, la situación de entrega de faja no varió en nada. Cabe recordar que, según el contrato, al 31 de marzo de 2007, la entrega de la faja de terreno debió haber sido "plenamente liberada" sin embargo, ello no ocurrió de modo alguno.

Para superar estas dificultades Kodama, actuó proactivamente, con tal de cumplir el objetivo de sacar adelante estas obras y a esas alturas, también evitar mayores perturbaciones a la ciudad de Santiago, circunstancia por la cual, realizó actividades que fueron mucho más allá de la diligencia esperada en cualquier contratista.

De hecho, ya con fecha 16 de enero de 2008, por carta CK/PAC-023/08, una vez más Kodama denunciaba el incumplimiento de la obligación contractual de entrega de la faja



«RIT»

Foja: 1

debidamente liberada, por lo que una vez más se hizo eco de la solicitud del Director de Obras del Serviu Osmán Torres, y comenzó a realizar gestiones directas con los propietarios para acelerar las expropiaciones e incluso adquirir directamente los lotes 7-B8, 7C y 4 del tramo 3 que no sólo afectaban al Corredor Pedro Aguirre Cerda (PAC) sino también a la ejecución de una importante estructura a desnivel contratada en el Convenio Ad Referéndum N°1 designada Paso Inferior Lonquén.

Esta colaboración ofrecida por Kodama no fue contestada formalmente por el Serviu, indicándonos verbalmente que ellos harían la expropiación según su obligación contractual. Sin embargo, en el mes de noviembre de 2008, esto es un año y 8 meses después de que el terreno debía estar totalmente liberado para trabajar, ante el requerimiento en relación a la expropiación, que se suponía debía estar lista el 30 de marzo del 2007, se informó que, no sólo que no se había concluido la expropiación, sino que ésta había sido denegada por un Tribunal, debido a un error por parte del Serviu.

En razón de lo antes señalado, Kodama mediante la carta CK/PAC-322/08 señaló al Serviu que el retraso por este error había provocado una demora en la liberación de la faja de 586 días y respecto del paso inferior Lonquén de 345 días. Asimismo, se comunicó por Kodama una alternativa de solución que consistía en hacerse cargo de la adquisición del predio con cargo al Serviu, con el fin de poder avanzar y mitigar en algo los efectos que esta situación producía a los flujos de caja de Kodama y al progreso del proyecto, sin exigir ningún beneficio extraordinario por esta gestión, salvo el reintegro de los gastos que esto exigía.

Así las cosas, el lote 7 B debió ser expropiado por el Serviu, pero debido a un error cometido por la Unidad de Expropiaciones del Serviu en el decreto expropiatorio que la obligó a desistirse de ésta ante la Justicia Civil. Debió ser Kodama quien comprara esta propiedad a un valor muy superior a la tasación original. Lo anterior, produjo un retraso de 12 meses en la ejecución del Tramo 3, por un hecho imputable a la más absoluta negligencia fiscal.

Además Kodama también debió adquirir el Lote 7 C y 4 del Tramo 3 ya que el Serviu expropió menos superficie de la requerida por lo que no se pudieron construir veredas y ciclo vías contempladas, lo que a su vez impedía la recepción municipal, poniendo en peligro el cumplimiento de los plazos convenidos con el Servicio. Todos estos hechos fueron reconocidos por el Serviu y dieron lugar a una anotación N° 49 del Libro de inspección N° 09, de fecha 9 de septiembre del año 2008, firmada por José Esteban Muñoz, Ingeniero Administrador del Contrato y Eugenio Ayala, Director de Obras.

También como ejemplo del accionar diligente de Kodama-más allá de sus obligaciones-, en orden a auxiliar al Serviu para obtener la liberación del Corredor, se encuentra, a vía de ejemplo en la carta CK/PAC-246-08 de fecha 5 de agosto del año 2008, dirigida a Eugenio Ayala Director de Obra de la Subdirección de Pavimentación de Obras Viales del Serviu Metropolitano. En esta misiva, se le comunican al Serviu las dificultades y el consiguiente retraso que está provocando la no expropiación del lote B (Vulcanización) y el Lote C (Indura), por lo que se explica que se han tenido que instalar obras provisionarias de agua



«RIT»

Foja: 1

potable, interrumpir la pista de privados eje 5, paralizar la construcción de aceras peatonales y hacer modificaciones en el proyecto de estructuras.

Indica que una y otra vez Kodama hizo ver y explicó las graves repercusiones económicas que la falta de diligencia del Serviu ocasionaba y seguía causando a Kodama y por consiguiente al Proyecto en su totalidad. A fin de acelerar la entrega de la faja, Kodama, yendo-como se señaló- mucho más allá de sus obligaciones contractuales y con el propósito de disminuir los perjuicios que le causaba la no disponibilidad de la misma, realizó diversas negociaciones con particulares tendientes a liberar terrenos que debieron haber sido dispuestos por el Serviu.

Señala que ejemplos concretos de lo que se viene sosteniendo, son que con fecha 13 de junio de 2008, Kodama alcanzó un acuerdo con Amadeo Vallejos, propietario de un negocio de vulcanización existente en el lote expropiado 7-B, con el objeto que éste permitiera el acceso al terreno para ejecutar las obras. Lo mismo ocurrió con fecha 24 de junio de 2008, fecha en la cual Kodama acordó con el propietario del Lote 7-C, es decir, la Constructora Muñoz y Muñoz Limitada, también M&M, acelerar la entrega material de la referida propiedad, para poder construir el Paso inferior Lonquén. Esta última propiedad era parte del lote 7, y su ocupación permitía poder trabajar frente a sus propiedades, que se veían dañadas por las excavaciones necesarias para seguir avanzando en las obras.

Igualmente, dentro de las múltiples gestiones para poder ocupar la faja de terreno, también, se ofreció al Serviu, gestionar la compra de otras dos propiedades del mismo Lote 7-B, sin que se accediera oportunamente a estas ofertas, aumentando así el retraso. Finalmente, Kodama informó al Serviu Metropolitano, que había otra propiedad perteneciente a Indura, que tampoco estaba expropiada. Todas estas iniciativas finalmente fueron respaldadas por convenios celebrados con los propietarios y adjuntados al Serviu y permitieron adelantar los procesos de entrega de terrenos, gracias a las gestiones de Kodama y dejando de manifiesto la negligencia e incumplimiento fiscal.

Manifiesta que según lo indicado anteriormente, al día 30 de noviembre de 2007, el estado de avance de la liberación de faja del corredor, unido a las detenciones ordenadas por Serviu, ascendía a un 45%, es decir, sólo se podía trabajar en un 45% de la faja total, de manera absolutamente fraccionada, imposibilitando así la secuencia constructiva de la obra, ya que la ruta crítica de la misma se encontraba totalmente alterada e impactada por negligencias y retrasos imputables al ente fiscal.

De otra parte, los terrenos de propiedad fiscal, pero a cargo de otras entidades, y cuya cesión se encontraba aún pendiente de entrega, ascendían a un 3%. Del saldo liberado, es del caso recalcar que sólo el 2% fue liberado por gestión del Serviu; el 28% como consecuencia de gestiones directas de Kodama; 15% se encontraba sujeto a detenciones de obras por decisión de la autoridad y el 7% final se encontraba pendiente de expropiación.



«RIT»

Foja: 1

Todos estos inconvenientes que experimentó Kodama derivados de la falta de entrega totalmente liberada de las fajas de terreno donde debían realizarse las obras, produjeron un perjuicio económico manifiesto a su representada, retrasando los cronogramas y secuencia constructiva de la obra y, como consecuencia de lo anterior, aumentaron los costos directos de construcción y los gastos generales en que Kodama debía incurrir.

E). Incumplimientos por modificaciones de proyectos.

Expresa que otro hecho que generó un retraso significativo en la ejecución de la obra, aumentando los costos directos de construcción y los gastos generales, fue la inexistencia de proyectos de especialidades, debidamente aprobados por los organismos pertinentes e informados y consensuados con las Direcciones de Obras Municipales de las 5 Municipalidades por donde el Corredor de Transporte Público se iba a emplazar (y se encuentra actualmente emplazado). Es del caso que existieron modificaciones de proyectos debido a la necesidad de elaborar nuevos proyectos, y modificaciones de los originalmente elaborados pero que debieron ser modificados de acuerdo a la realidad del terreno; es el caso del Colector N°7 ya referido; no estaban listos los planos de detalles de agua potable, aguas servidas, aguas lluvias, semaforización, iluminación, señalización y demarcación; el Proyecto Puente Melipilla (EFE), Paisajismo y Riego y Pavimentación. Sólo a modo de resumen podemos señalar que resulta tan evidente que el Proyecto licitado no estaba apto para construirse que Serviu debió entregar a Kodama una nueva versión de planos contenidas en DVD, lo que se tradujo finalmente en que se debieron realizar más de 130 Notas de Cambio de Proyecto, con el objeto de hacerlo compatible con la situación real de los terrenos y la falta de éstos para su ejecución.

De hecho, para el puente Melipilla, rasante del tramo 3, colectores de aguas lluvias tramo 3, entre otras secciones del Proyecto, hubo que obtener nuevas versiones de planos que diferían sustancialmente y fueron posteriores a aquellos previamente licitados y declarados como aptos para construir por el Serviu. Si estos inconvenientes hubiesen sido previstos por el Serviu antes de adjudicar las obras, se podrían haber concluido en los tiempos y montos presupuestados.

La única explicación a tanta anormalidad es la inmensa presión que recibió este servicio del Estado para tener listas las obras de infraestructura que soportarían el tráfico del plan maestro de transporte urbano metropolitano llamado Transantiago.

Habida consideración de lo señalado precedentemente, Kodama dio cuenta de este incumplimiento contractual al Serviu mediante carta CK-PAC 018/07, de fecha 24 de enero de 2007, reiterada por carta CK-PAC 027/07 de fecha 6 de febrero del mismo año, por medio de la cual José Luis Paz, Gerente Técnico de Consorcio Construcciones Kodama Limitada, se dirige a Leonardo Basáez, Director de Obra del Serviu Metropolitano, en virtud de la cual, solicita "a la brevedad la entrega de los respectivos proyectos de especialidades debidamente aprobados, que a continuación se detallan: a) Proyecto de Agua Potable; Proyecto de Aguas Servidas; c) Proyecto de Aguas Lluvias; d) Proyecto de Semaforización,



«RIT»

Foja: 1

Proyecto de Iluminación; O Proyecto de Señalización y demarcación; g) Proyecto Puente Melipilla (EFE); h) Proyecto de Paisajismo y Riego; 0 Proyecto de Pavimentación". En la misma carta, se representa al Director de Obra, que "estos proyectos debieron ser aprobados, previo a la entrega de terreno (29/1²/2006), por cuanto se ha encargado la tramitación de dichas aprobaciones a empresas de ingeniería, mediante contratos ya suscritos con Serviu, lo que a instrucción vuestra ha limitado nuestras gestiones...".

En el párrafo final de la misma carta, ya en ese entonces, señalamos que "...en virtud de lo anterior, y conforme a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de las Bases Administrativas especiales de Licitación y al artículo N° 89 del Reglamento D.S. 236, solicitamos a Usted se sirva instruir la modificación del programa de trabajo de contrato, de acuerdo a las nuevas condiciones y aumentar el plazo de ejecución por el término equivalente a los atrasos".

Evidentemente para construir un corredor se requiere tener los proyectos de especialidades realizados, lo que justifica el retraso que sufrió la ejecución de la obra y por lo tanto, la solicitud de pago de los mayores costos y gastos generales incurridos. La demora en la entrega de los proyectos definitivos por parte del mandante tuvo una importante influencia en sus atrasos, sobre todo porque se trata de un contrato a suma alzada, siendo un presupuesto básico de esta clase de contrato que los proyectos sean entregados al inicio de la obra, sin modificaciones sustanciales posteriores; de otro modo la obra no puede ser correctamente analizada y ofertada.

f). Incumplimientos por indefiniciones de desvíos de tránsito.

Indica que el "Proyecto de Desvíos de Tránsito" originalmente presupuestado sufrió constantes modificaciones, ya que el inicialmente proyectado por el Serviu no contemplaba los requerimientos de todos los órganos involucrados, tales como la Unidad Operativa de Control de Tránsito, distintas Municipalidades y Carabineros de Chile. De acuerdo al contrato el proyecto debía ser modificado en terreno de acuerdo a los requerimientos municipales, pero ello sólo debe entenderse en el contexto de la ejecución de las obras de acuerdo al programa inicial de la obra. En ningún caso puede extenderse dicho costo a Kodama, en un escenario plagado de interferencias no catastradas por el mandante y cambios generalizados por los diversos incumplimientos fiscales ya descritos. A mayor abundamiento, dicha obligación sólo podía ser exigible a Kodama durante el plazo original inicial del contrato, pero no después de ello. Este incumplimiento fiscal constituye, como las anteriores, fuente generadora de perjuicios, ya que simplemente cada desvío no autorizado constituyó un nuevo frente de trabajo cuyo costo fue asumido íntegramente por Kodama.

g). Demoras no imputables a Kodama por existencias de interferencias.



«RIT»

Foja: 1

Por otra parte no obstante todos los incumplimientos ya descritos, existieron aun otros que también causaron perjuicios a Kodama. En efecto, en el transcurso de la obra se pudo detectar que los planos originalmente enviados por el Serviu y con base a los cuales Kodama estudió y proyectó su oferta, no contemplaban de manera adecuada las interferencias que aparecieron en el desarrollo de la obra. Dentro de estas interferencias se pueden indicar la existencia de colectores, arranques y cámaras no catastradas; interferencias relacionadas con el Colector N°7, interferencias con Pórtico de Mensajería Variable en el Sector los Ceibos-Las Paulonias; interferencias con Proyecto de semáforos, etc. Estas interferencias aunque intermitentes, fueron abundantes y sistemáticas contribuyendo a la generación de atrasos en la ejecución de las obras, de responsabilidad fiscal.

Toda interferencia en la ejecución del proyecto supone per se una detención de obras, a la espera de las instrucciones del mandante. Si bien era obligación de Kodama verificar la ubicación real de las canalizaciones subterráneas existentes, ello no implica que la constatación de la existencia de las mismas en forma distinta a la indicada por el Serviu, tenga como consecuencia un aumento de los plazos que sea imputable a Kodama, ya que su obligación era solo de verificación. Es decir todos los aumentos de plazos y costos provocados por la existencia de interferencias son imputables al demandada.

g). Demoras por modificaciones de medición del Índice de Rugosidad Internacional, IRI.

Manifiesta que los antecedentes del contrato demuestran que existieron dos criterios diferentes para la medición del IRI durante el proceso de la licitación. El primero indicado en las Bases Técnicas del proyecto, que indicaba una medición cada 20 metros de pavimento y otra enviada por el Serviu en la Adición N°3, correspondiente a las "Especificaciones Técnicas de Hormigón" que indicaba que se mediaría en forma continua por tramos de 200 metros o fracción. En consecuencia, siendo esta adición posterior, Kodama efectuó la medición del IRI cada 200 metros, dando cumplimiento al contrato. Posteriormente el Serviu cambió arbitrariamente esta medición obligando a Kodama a realizar la medición cada 20 metros, costo nuevamente asumido por aquella.

Hace presente que cumplir las exigencias de IRI a 20 metros es cualitativamente más costoso que un IRI de 200 metros, que fue lo ofertado oportunamente por Kodama y aceptado por el Serviu.

Agrega que as demoras causadas por la modificación del IRI impactan en la realización de tareas adicionales de cepillados del pavimento, no consideradas inicialmente, al igual que tareas adicionales relativas a la medición del parámetro, y finalmente demoras en la recepción de los tramos, que no fueron imputables a Kodama. Evidentemente estas modificaciones impactaron tanto en un mayor plazo de la obra como en un mayor costo de la misma, principalmente debido a la demora en la recepción.



«RIT»

Foja: 1

h).Incumplimientos relacionados con solicitudes de aceleraciones de obras.

En obras de esta naturaleza el programa de trabajo queda establecido al comienzo de la misma de acuerdo a lo establecido en los antecedentes del contrato es así que de acuerdo a lo establecido en las bases el contratista debe entregar un programa de trabajo al inicio de ellas, según ya hemos señalado.

Si bien es cierto que el Serviu puede por resolución fundada modificar el plan de trabajo, mediante "solicitudes de aceleración", tiene la obligación de indemnizar al contratista por los perjuicios que dicha medida le ocasione según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 236/02 en su artículo 89 inciso primero.

Expresa que en el escenario de construcción descrito plagado de interferencias, falta de terrenos disponibles, problemas de proyectos de ingeniería, y un contrato que cuadruplicaba su plazo original, existieron diversas solicitudes de aceleración por parte del Serviu.

Asimismo es necesario recordar el contexto político que ocurría en dicha época con un plan de transporte público denominado Transantiago, puesto en marcha durante febrero del año 2007, y respecto del cual evidentemente existían altas exigencias por terminar los corredores de circulación exclusiva para el transporte público, que habían sido encargados con total imprevisión e irresponsabilidad por el ente fiscal.

Indica a modo ejemplar existió una solicitud de aceleración por parte del Serviu, lo que implicó una entrega anticipada de los tramos I y II para el 30 de junio de 2008, para su inauguración con asistencia de la Presidenta de la República de la época, solicitud que fue ejecutada por Kodama. Evidentemente que ésta aceleración, al igual que muchas otras, requirió reprogramaciones de obras, agilizar gestiones con empresas de servicios, aumento de recursos dispuestos en el obra, de manera de terminar la misma en los plazos requeridos por el mandante. Lo mismo ocurrió en el caso de aceleración de obra para la habilitación del tramo 1, por inauguración de los tramos 1, 2 y 3; por puesta en servicio del tramo 3, la obra colector Lo Errázuriz, etc. Afirma que no existe duda alguna que cualquier aceleración implica un aumento de recursos para llevar a cabo dicho plan.

Indica que no obstante que los planes de aceleración fueron ejecutados y financiados por Kodama, ellos no han sido pagados por el mandante no obstante que implicaron un costo adicional de más de \$700.000.000.

h) Incumplimientos relacionados con la existencia de obras extraordinarias.

Señala que la inclusión de obras extraordinarias en un contrato genera necesariamente más costos y más plazos. Debido a ello los Convenios de Obras Adicionales, Aumento de Obras o Disminuciones de Obras, poseen un monto asociado o un plazo. No obstante, ello se hace en términos globales y no por partidas. Por otra parte



«RIT»

Foja: 1

evidentemente, que todas las obras adicionales, se vieron impactadas en su ejecución y plazos por los mismos incumplimientos relativos a existencias de interferencias, problemas por traslados los servicios, etc., los que damos por expresamente reproducidos para estos efectos, haciendo especial hincapié en que lo pretendido por mi parte no es el pago de las obras adicionales o los aumentos de obra, si no que perjuicios consistentes en sobrecostos y mayores gastos generados por la existencia de estas obras adicionales y aumento de obras generadas por la imprevisión y negligencia fiscal, que no han sido indemnizados por el mandante.

Concluye que los sobrecostos y desembolsos de Kodama obedecen a que las obras presupuestadas y asumidas conforme al Contrato, suponían que Kodama pudiera intervenir desde el día uno en todas las áreas que consideraba la ejecución por su parte de las faenas y trabajos, no obstante lo cual el Fisco no cumplió su obligación en forma exacta, íntegra y oportuna, respecto de la entrega de terrenos, ni de los permisos y definiciones para la solución de las interferencias y atraviesos.

Incluso más, ante lo apremiante que representaba para la demandante ejecutar las obras de un modo competente y que no resultara ruinoso para ella misma, efectuó la compra directa y con su propio peculio de algunos de los inmuebles que debían ser expropiados y entregados oportunamente por el Fisco y que son precisamente aquellos a que alude la transacción a que se hizo referencia al inicio de esta demanda. Ello demuestra que Kodama no solo fue diligente, sino que incluso más, desplegó conductas de una diligencia tal que excedieron latamente sus obligaciones contractuales, enderezadas a la mitigación de los daños derivados del incumplimiento de su contraparte a la entrega de terrenos y que, igualmente a todos los otros gastos en que incurrió, tiene derecho a que le sean pagados por el demandado.

Que respecto de las interferencias, ellas debían ser resueltas de manera expedita y oportuna por el Fisco a fin que Kodama pudiese avanzar en la realización de las obras, pero por ejemplo, sin las autorizaciones para excavar, no era posible detectar el total de las interferencias enterradas u ocultas con lo cual, la demandante quedaba con una gran infraestructura de recursos, maquinarias, profesionales, técnicos y humanos, completamente sub-utilizada u ociosa desarrollando labores de menor impacto para el avance de la obra, o bien aumentando innecesariamente los frentes de trabajo, más allá de todo lo presupuestado. Con ello se afectó radicalmente la secuencia constructiva a que aludimos al comienzo de la demanda.

Esta situación fue también la que provocó una parte significativa de los atrasos en la ejecución de la obra sobrepasando así largamente el tiempo inicialmente presupuestado, e incrementando como natural y obvia consecuencia, los costos asociados a las detenciones de los recursos desplegados y aplicados por Kodama en la obra. Como consecuencia de no oportuna y eficiente resolución por parte del Fisco de la entrega de terrenos de responsabilidad, así como la inoportuna resolución de las interferencias que presentaba obra, hizo a Kodama incurrir en sobrecostos o costos adicionales, los cuales no le fueron



«RIT»

Foja: 1

reembolsados por el Fisco al momento de la entrega de estos trabajos, con el consiguiente perjuicio patrimonial a la demandante.

Señala que el comportamiento de Kodama se justifica además, en la legítima creencia que estos sobrecostos y desembolsos le serían reconocidos-de hecho, en la especie existen instrumentos públicos del Fisco que se lo reconocen y, en definitiva, ellos deben serle pagados por el demandado. La situación descrita anteriormente hizo que Kodama consumiera todo su capital de trabajo y capacidad de solicitar nuevos préstamos a los bancos además de contraer deudas con las empresas que le proveían arriendo de equipos y servicios, todo lo que en la actualidad se ve agravado por cuanto Kodama en tal condición económica, quedó imposibilitada de poder postular a otras propuestas de similar envergadura, con el subsecuente perjuicio, dejando así a la actora, en la situación indebida de tener que asumir con su propio patrimonio, las consecuencias de un proceder antijurídico de la demandada.

Tal conducta antijurídica rompió flagrantemente y en forma abusiva el equilibrio patrimonial de esta contratación generando en rigor una obra muy distinta a la originalmente convenida, debe ser reparada en derecho y justicia lo que es precisamente aquello que se pretende por esta vía jurisdiccional.

Que respecto de los perjuicios ocasionados a Kodama por los incumplimientos fiscales indica que los perjuicios que se reclaman obedecen al incumplimiento del Fisco a las obligaciones que contrajo en virtud del contrato y que quedan representados en los mayores gastos generales y sobrecostos, pues de los 336 días iniciales se llegó a 1.235 días para la conclusión de la obra, y del presupuesto original de \$25.371.058.561, la obra total ejecutada tuvo en los hechos un costo inverosímil para el Fisco ascendente a casi \$60.000.000.000, lo que de suyo habla de obras licitadas y previstas racionalmente muy diferentes a las que en definitiva resultaron, sin que mediara un hecho imputable o de responsabilidad de la demandante.

Manifiesta que de esa imprevisión y negligencia, que afectó directa y gravísimamente el patrimonio de su representada, resultó paradójica e injustamente beneficiado el Fisco, esto es, el causante directo de este descalabro económico.

A efectos de la cuantificación de los perjuicios y tal como se indicó anteriormente en esta demanda, la demandante contrató al Dictuc a fin que cuantificase los perjuicios, bajo criterios objetivos estrictamente técnicos, de manera que se ha querido circunscribir la pretensión a los montos fijados en el Informe Dictuc, en tanto ellos se sustentan sobre bases empíricamente comprobables. La razón de ello obedece no a que los perjuicios sufridos sean, en exclusiva los así determinados, pues Kodama tiene certeza que ellos fueron mucho mayores, como expresó en la reclamación administrativa y en su demanda en contra del Serviu, pero impone que, en razón de esta acción principal y, en su defecto, por la acción subsidiaria se indemnice a lo menos en lo que el mismo Fisco reconoció en el Decreto Exento del Ministerio



«RIT»

Foja: 1

de Vivienda Urbanismo va referido, cifra que resulta bastante consistente con el cálculo efectuado por el Dictuc como entidad técnica independiente de la demandante.

Según consta en el Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011 se dejó expresa constancia de lo siguiente: "Que el Serviu Metropolitano reconoce adeudar a Kodama la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales...".

Se trata de un reconocimiento de deuda-no de un acuerdo de pago sin reconocer derecho alguno-, efectuado por el Serviu Metropolitano, quien era el mandatario de la Dirección del Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas, y que evidentemente era el órgano calificado para conocer de todos los aspectos técnicos de las obra, de las deficiencias de la licitación, de la extensión de plazos, etc.

Indica que el Informe Dictuc concluyó de un pormenorizado examen de la obra materia de autos, que a fin de restablecer el equilibrio contractual que fuera gravísimamente alterado a causa de los incumplimientos del Fisco, concluyendo que los perjuicios causados a Kodama ascendían a la época del informe a la suma de \$17.313.439.903 y que actualizados a Octubre de 2014, alcanzan la suma de \$19.418.010.063 valores sin IVA, conforme el detalle que acompaña.

Efectúa un análisis de las partidas señalando que en cuanto los mayores gastos generales, la existencia de mayores gastos generales se produce debido a un aumento de los plazos. El proyecto según contrato original, debió haber terminado el 30/11/2007, pero realmente al 28/05/2010 aún no se entregaba la recepción definitiva de la obra. Este concepto compensa económicamente todas aquellas actividades incluidas originalmente en el gasto general, y que se encuentran en la estructura presentada originalmente en la licitación.

Que respecto de otros costos dependientes de plazos el mayor plazo del proyecto, implicó que la empresa contratista Kodama, tuviera que mantener una serie de servicios que fueron, originalmente, ofertados solo para 336 días corridos. Dentro de los ítems considerados se encuentra: la instalación de faenas, laboratorios, mantención de mallas y cierros provisorios, mantención de sistema de alcantarillado público, mantención de iluminación por inauguración anticipada, mantención de semáforos, mantención de unidad seguridad vial, laboratorios, mantención general de obras ya puestas en servicios, aumento de salario mínimo fuera del periodo original del contrato, aumento de precios de insumos fuera del periodo original del contrato, etc.

Que en lo relativo a los costos por gestión de contrato mayor al original el valor pro forma originalmente contratado y ofertado por Kodama ascendía a \$ 196.000.000, incluyendo determinado listado de partidas. Sin embargo, el desarrollo del proyecto demostró lo escaso del monto comprometido y que el valor real lo excedía con mucho (más de \$4.000.000.000) de tal forma que durante el desarrollo del proyecto fue necesario que la autoridad concediera cuantiosos aumentos en valor pro forma mediante resoluciones. No obstante ello, no se



«RIT»

Foja: 1

indemnizado a su parte la mayor gestión que fue necesaria dado el aumento del costo proforma.

Que en cuanto a los costos financieros, la existencia de un atraso genera la aparición de mayores costos asociados al precio del dinero durante el desarrollo de la obras, que es de responsabilidad del contratista pero sólo dentro del plazo originalmente pactado. En atención a que el proyecto se prolongó más de lo esperado por causas no imputables a Kodama, se generó un mayor desfase de flujo -ya que el flujo originalmente esperado por aquella no se cumplió ya que los pagos fueron recibidos en un plazo tres veces superior al programado- desfase de flujo que fue asumido por la demandante.

Que respecto de los mayores costos en boleta de garantía, indica que el mayor plazo soportado por el contratista requirió la mantención de boletas de garantía más allá de lo originalmente pactado, de tal forma que el valor final de la mantención excede lo contratado, y que evidentemente fue solventado íntegramente por Kodama más allá de sus obligaciones contractuales.

Que respecto del reintegro de multas existió un cobro de multas por parte de la Inspección Técnica de Obras (ITO) del Serviu, debido a incumplimientos supuestamente imputables a Kodama. Estos supuestos incumplimientos no son efectivos, y se encuentran debidamente justificados ya que se trata de incumplimientos con origen en hechos imputables al ente fiscal.

Que los costos por aumento de obra, existieron durante el desarrollo del contrato, los que fueron incluidos en tres Convenios, sin embargo las valorizaciones establecidas en dichos convenios no fueron realizadas a precios de contrato original, lo que evidentemente generó perjuicios a Kodama.

Que en lo relativo a los costos por Aceleración, indica que el Serviu requirió diversas aceleraciones de obra, las que fueron ejecutadas por Kodama, no obstante lo cual estas no fueron indemnizadas de manera alguna. La ejecución de las aceleraciones implicó la inyección de recursos adicionales que impactaron entre otras las siguientes partidas: arriendos, mantenimientos, y consumos de vehículos y maquinaria menor; laboratorio de autocontrol, aseo y seguridad de instalación de faenas, contratación de personal, asesorías de ingeniería, consumos básicos, protección, higiene y seguridad del personal, etc.

Que los costos adicionales por cambio de especificaciones estos se produjeron por la disminución de distancia en la medición del índice de Rugosidad Internacional según ya hemos señalado de depreciación de maquinaria adquirida especialmente para la obra (tren pavimentador) que pudo ser utilizada debidamente y de manera continua por los diversos incumplimientos fiscales mayores costos por proyectos de ingeniería, etc.;



«RIT»

Foja: 1

Que en lo relativo a los costos del Puente Melipilla, señala que Kodama efectuó una propuesta de modificación del proyecto de denominado "Puente Melipilla", lo que tenía como secuencia el derecho de Kodama a recibir el Bono por Ahorro en proposición de proyecto alternativo contemplado en el DS 236, y reembolso por vigas pretensadas ya fabricadas para proyecto original, que finalmente no fueron utilizadas debido a la negligencia fiscal, costo en ningún caso debe ser solventado por Kodama.

Que en cuanto a los costos por pérdida de rendimiento señala que las demoras, indefiniciones, incumplimientos, solicitudes de aceleración, aumentos de obras y obras extraordinarias que se introducen a cualquier contrato generan bajas en la productividad general de la empresa contratista, ya que tal como ocurrió en este caso, Kodama enfrentó una obra distinta, bajo circunstancias distintas a las programadas inicialmente. En efecto Kodama tuvo que enfrentar dos temporadas de invierno no consideradas originalmente, temporada en que ocurren per se bajas de rendimiento en toda obra vial; además tuvo que enfrentar mayor cantidad de frentes de trabajo debido a las interferencias derivadas de incumplimientos fiscales; también debió enfrentar detenciones no programadas ordenadas por el mandante o solicitadas por empresas de servicios, municipalidades, e incluso la propia comunidad; debió enfrentar la falta de disponibilidad de terreno lo que redundó en un fraccionamiento interminable de la obra; etc. Todo ello produjo perjuicios por pérdida de rendimiento y grave alteración de la secuencia constructiva.

Que en lo que respecta al costo de ingeniería adicional, manifiesta que la obra presentó diversos problemas en términos del proyecto de detalles, fundamental para realizar los trabajos. Dentro de las situaciones que requerían la mantención de equipos de trabajo, realizando diseño e ingeniería, se encuentran: la permanente actualización de proyectos de servicios, la realización de proyecto EFE, la actualización de proyecto de desvíos, las obras extraordinarias (como el paso inferior Lonquén o Colector Lo Errázuriz), etc. Es del caso que la Ingeniería relativa a dichos proyectos tampoco ha sido pagada a Kodama.

En relación a los mayores gastos en subcontratistas expone que el ente fiscal requirió diversas paralizaciones a lo largo de la obra las que ocasionaron perjuicios a la demandante en especial en relación a la mantención de subcontratos inactivos, que evidentemente debió cumplir íntegramente y solventar de su patrimonio, perjuicios que a la fecha no han sido indemnizados.

Que en cuanto al saldo Obras Extraordinarias el ente fiscal solicitó a Kodama la realización de trabajos adicionales tales como la reconstrucción total de la calle las Américas, la modificación del colector 7, movimiento de tierras y el cambio de rasante en el Tramo 3, costos que no han sido debidamente pagados e indemnizados a Kodama.

Que los mayores costos por arriendo o compra de lotes, indica que dado que el Serviu no realizó liberación de faja en su totalidad, cuya entrega debía ser efectuada a la demandante fines de marzo del 2007, y en atención a los perjuicios que dicha situación le generaba a la demandante, arrendó y compró algunos lotes especialmente críticos para avanzar en la ruta crítica de la obra.



«RIT»

Foja: 1

y con ello no seguir aumentando los perjuicios que el incumplimiento fiscal le generaba, el costo de dichos arriendos y compraventas tampoco ha sido pagado por el demandado.

Manifiesta que por lo expuesto, la demanda se dirige al cumplimiento forzado para el resarcimiento o restitución de las cantidades indicadas, sus intereses moratorios y costas, o la suma o sumas que el Tribunal estime justificadas conforme a derecho, accediendo en consecuencia a dichos montos, con sus intereses moratorios y costas.

Indica como consideraciones fácticas como base de incumplimiento fiscal cuando Kodama postuló a la adjudicación de la obra, lo hizo a partir de ciertas bases y presupuestos negociales y, en especial, los antecedentes de la propuesta. Sobre esa propuesta, se estudiaron los costos necesarios para ejecutar la obra, bajo la impronta de la búsqueda de la mejor manera de utilizar los recursos que se saben escasos y onerosos, es decir, se pretende hacer un uso eficiente de éstos.

Agrega que en este sentido, lo recomendado conforme a la ciencia o arte de la ingeniería, es mantener por el mínimo tiempo posible la cantidad de equipos necesarios para la ejecución de los trabajos, para lo cual se programa la ejecución de la obra en forma rítmica y ordenada, es decir, una secuencia constructiva en que cada equipo de una determinada especialidad debe tener disponible un nuevo sector de trabajo totalmente liberado al momento de terminar el actual, con esto, da paso al equipo de la especialidad siguiente para que realice sus labores sin toparse y así sucesivamente hasta la ejecución de los últimos trabajos de terminación y entrega.

El ritmo descrito anteriormente permite lograr que un mismo equipo de trabajo ejecute reiterativamente la mayor cantidad de veces la misma labor, con los beneficios directos esperados de:

i. Mejor calidad de la obra: Lograda por la especialización que se alcanza por cada equipo de trabajo.

ii. Mayor rapidez.

iii. Menor pérdida de materiales. Ya que el trabajar en sectores acotados mejora la fiscalización, a la vez que se ocupan íntegramente los materiales y las horas de maquinarias.

iv. Trabajos acotados en un sector reducido: Producto de la secuencia rítmica, el área de intervención se reduce, lográndose incluso sectores terminados cuando en otros aún no se comienza.

i. Menores costos de supervisión: Producto de áreas reducidas de trabajos y menor número de capital humano consolidado en pocos frentes de trabajo, por lo que las necesidades de personal de supervisión se acotan a mínimo.

v. Trabajadores con mejores remuneraciones: Producto de la mayor rapidez ejecución, se logran mejores tratos como beneficio directo del mayor volumen ejecutado.



«RIT»

Foja: 1

vi. Cumplimiento de plazos: Producto del estudio programado de las obras es posible llevar a cabo un adecuado seguimiento en el tiempo de cada ítem para lograr el cumplimiento de cada hito intermedio hasta el término del proyecto dentro del plazo contractual establecido.

i. Flujo financiero: Producto del cumplimiento de plazos anteriormente referido, que implica además, el cumplimiento del flujo financiero esperado por la empresa constructora, y respecto del cual, se ha hecho un estudio programado de las obras, es posible llevar a cabo un estudio retrospectivo objetivo del mayor impacto económico que una alteración de la programación pactada para la ejecución de las obras produce en la organización, comparándola con una situación ideal.

vii. Costo financiero: El mantener boletas de garantía emitidas a nombre del Serviu y tomadas por Kodama para garantizar sus obligaciones tiene un costo que los Bancos Comerciales cobran al tomador de la boleta. En este caso, boletas que debían haber garantizado una obra que duró 11 meses, se han debido prorrogar por 3 años, con el consiguiente mayor costo financiero. Todo ello sin perjuicio del costo financiero que importa tener abierta una obra programada para 11 meses, más de 3 años.

Expone que sin embargo, nada de lo comprometido por el Fisco y que era básico para el cumplimiento del programa de la obra aconteció. Los múltiples retardos y dilaciones indicados obedecieron al incumplimiento fiscal a sus obligaciones bajo el contrato, infringiendo numerosas obligaciones de cuyo cumplimiento pendía no solo el éxito de la obra, sino que incluso la pura posibilidad de su materialización puesto que: si no se entregan y liberan oportunamente los terrenos; si no se entregan debidamente los planos como aprobados para construir; si no se resuelven oportunamente las interferencias con las compañías de agua, electricidad y servicios de telecomunicaciones que pasan por ella; si se cede sin justificación técnica a las exigencias de grupos de presión y varias otras que pormenorizadamente hemos relacionado en esta demanda, y por el contrario, se hubiese cumplido con todo ello en tiempo y forma, esta demanda no tendría lugar posible, pues sencillamente los hechos de los que deviene el perjuicio reclamado por Kodama no hubiesen acontecido.

Si adicionalmente, se cuenta con que la materialidad, sustancia e innegable realidad de estos hechos fue reconocida por las propias autoridades de Gobierno, - incluyendo al propio Serviu que era el controlador director de la obra y único ente fiscal que conoció la realidad de los hechos- , a la señora Ministra de Vivienda y Urbanismo quien dictó un Decreto por orden del Presidente de la República que contiene un categórico reconocimiento de los hechos, a lo que se suma la escritura pública que más allá de la impugnación de la validez del contrato de transacción contenida en ella, contiene un palmario reconocimiento de hechos de la causa y que no son ni han sido objeto de invalidación o nulidad, cabe colegir que la demanda no solo aparece sólidamente fundada, sino que además, se ajusta a todo sentido de justicia, razón de equilibrio contractual.

Que en lo que respecta a la acción de cumplimiento de contrato con indemnización de



«RIT»

Foja: 1

perjuicios, indica que el contrato administrativo de ejecución de obra pública admite una doble perspectiva. En primer lugar, se trata de un contrato, esto es según su concepto tradicional, un acuerdo de voluntades que produce obligaciones y derechos personales para las partes. Por otro lado, constituye un instrumento de la acción administradora del Estado, lo cual tiene como consecuencia una regulación particular de ciertas materias en el ámbito del Derecho Administrativo, siendo en lo particular aplicable el Decreto Supremo N° 236 de 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que aprueba las Bases Generales Reglamentarias de contratación de obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización" (en adelante, DS 236), cuyo artículo 1° reza: "El presente Decreto regulará y formará parte integrante de los contratos de construcción de obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización, en adelante Serviu".

Manifiesta que en virtud del Convenio Mandato celebrado entre la Dirección Nacional de Vialidad, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, y el Serviu Metropolitano, la primera encomendó a este último de manera completa e irrevocable la construcción de la Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, específicamente entre Alameda y Pajaritos. En dicho Convenio Mandato se señaló expresamente que: "El cumplimiento de este mandato quedará sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias, de que dispone el Mandatario, para el desarrollo de sus propias actividades".

En virtud del artículo 4° del DS 236/02 queda claro que forman parte del contrato, un conjunto de actos jurídicos e instrumentos reglamentarios allí detallados tales como Bases Administrativas especiales, bases técnicas, especificaciones técnicas, planos. En definitiva, es posible apreciar que en este contrato, la formación del consentimiento se realiza a través de una sucesión de instrumentos diversos, emanados de uno u otro modo de los mismos contratantes y formalmente independientes entre sí. Ello explica, atentos al Principio de integración de los documentos del contrato, los alcances de la expresión "formarán parte del contrato" contenida en el citado artículo 89, en el sentido de que todos estos documentos constituyen el contrato mismo.

Agrega que la consecuencia natural y lógica de esta configuración del contrato es que será necesario indagar en cada uno de estos actos jurídicos y reglamentarios, para determinar el alcance de las obligaciones que asumen las partes, pues las prestaciones que les imponga la norma para ejecutarse luego de la celebración del contrato, así como los compromisos que ellas adopten por medio de las preguntas y respuestas aclaratorias, son propiamente obligaciones contractuales.

En los contratos administrativos, uno de los contratantes interviene en representación de los intereses públicos, circunstancia reconocida por la Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.

Agrega que por otra parte, en cuanto a la naturaleza del contrato este era un Contrato a Suma Alzada, es un contrato suscrito por dos o más partes para construir una obra, con un alcance, plazo y calidad determinados, atributos todos correcta y completamente especificados al inicio



«RIT»

Foja: 1

del proceso de licitación o negociación._ El Contrato a precio fijo o suma Alzada posee las siguientes características y exige a su vez que se cumplan varias condiciones, para su eficaz aplicación y eficiente desarrollo.

- a) Permite que los contratistas ofrezcan lo mejor de su experiencia y know-how en un marco competitivo. Por lo mismo se presume que compiten contratistas experimentados y de tamaños similares.
- b) Se requiere una completa y exhaustiva definición del proyecto a construir, como base para cotizar (esto es; se requieren proyectos de arquitectura, ingeniería e instalaciones, que estén completos, sin errores y coordinados entre sí), lo que ya hemos señalado en el caso de autos no ocurrió.
- c) Se presume que no habrá cambios en el proyecto, ni en las especificaciones, durante el desarrollo del trabajo.
- d) Los riesgos del contrato se centran en aquellos que el contratista puede y debe controlar, esto es, por ejemplo riesgos en los precios y disponibilidad de los insumos (incluida la mano de obra). En general el contrato "a suma alzada" no admite tener otros riesgos, tales como riesgos geotécnicos, riesgos de la naturaleza, riesgos por posibles retrasos en el suministro de equipos, modificaciones de proyectos, demora en la entrega de los terrenos, de coordinación con otros contratistas que dependen directamente del mandante, etc., que fue precisamente lo que en el caso de autos ocurrió.

Que en relación a la legitimación del Fisco como contraparte contractual de Kodama y de su obligación de dar íntegro cumplimiento al pago del precio manifiesta que la demanda de cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios, supone o presupone la calidad de parte contractual del Fisco, como contraparte contractual de Kodama. En tal sentido, señala que si bien el Serviu adjudicó la obra del **corredor** y ejecutó la administración del Contrato, lo hizo en cuanto mandataria de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y por tanto, del Fisco, en virtud del Convenio mandato y sus Modificaciones N° 1, 2 y 3.

Señala que de conformidad con el artículo 2116 del Código Civil: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, la que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Esta característica es de la esencia del mandato, pues éste siempre interesa al mandante y por ello, es de su cuenta y riesgo, ya que en definitiva es el beneficiario final del encargo formulado.

Añade que tal como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia el mandato no tiene solamente por destino exclusivo o excluyente la celebración o ejecución únicamente de actos jurídicos sino que, incluso, puede existir mandato para la realización o ejecución de un hecho material o económico. Así, la relación existente entre el Fisco-Dirección



«RIT»

Foja: 1

Vialidad, Serviu y Kodama, debe arreglarse y conformarse a las normas del aludido contrato, de las cuales surge el derecho de Kodama para cobrar los sobrecostos y/o costos adicionales y/o mayores gastos generales y/o los perjuicios incurridos en la ejecución de la obra los que, como se aprecia de la exposición de los hechos de esta demanda, no son de responsabilidad de Kodama si no que, precisamente, de cuenta, cargo y riesgo del Fisco.

Manifiesta que resulta indiscutible la existencia de un mandato entre el Fisco-Dirección de Vialidad y Serviu, pero, al mismo tiempo, resulta indiscutible también la existencia de un encargo de la obra, lo que lleva a un mandato entre el Fisco-Dirección de Vialidad y Kodama, desde el momento que Fisco-Dirección de Vialidad consintió expresamente en la delegación de la ejecución de la obra en Kodama, lo que se demuestra por una serie de hechos positivos del Fisco-Dirección de Vialidad sobre la materia, particularmente en lo expresado en la demanda de nulidad a que se ha hecho referencia, por lo que existen hechos propios pasados del Fisco en el sentido de arrogarse la calidad de parte contractual y de beneficiario final de las obras del Corredor Pedro Aguirre Cerda.

Agrega que a mayor abundamiento, la demanda cuenta apoyo en las normas de los artículos 1996 y siguientes que regulan el contrato de arrendamiento de obra o contrato para la confección de una obra material, las cuales de manera alguna alteran ni modifican las normas del mandato, sino que se complementan, y que resultan igualmente aplicables en la especie, conforme a principios básicos de equidad contractual.

Alega que no cabe duda que, en la especie, el Fisco tiene, bajo tal perspectiva, la calidad de la parte contractual que ordenó la obra, como textualmente lo dice el artículo 1996 citado, y dependiendo de lo que se califique como el suministro de la materia principal, ya las obras civiles que ejecutó Kodama, ya los terrenos que le entregó o debió entregar el Fisco para las obras, el contrato sería de venta, en el primer caso y de arriendo, en el segundo, conforme al citado precepto legal.

En consecuencia, el Fisco solo podría quedar liberado de la deuda si es que da debida satisfacción a la misma, pues tal como se señaló, la integridad del pago supone, no solo el pago del precio, sino que con arreglo al artículo 1591 del Código Civil, "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

Que en relación al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del Fisco alega la procedencia de aplicar en la especie la acción de cumplimiento del artículo 1489 del Código Civil.

Indica que el contrato administrativo a pesar de sus características particulares no deja de ser un acuerdo de voluntades generador de obligaciones. Por ello, le son aplicables los principios civiles en materia de efectos de los contratos como el cumplimiento forzado y la responsabilidad civil contractual. Esta conclusión no se basa sólo en la supletoriedad del Derecho Civil frente a los ordenamientos particulares, sino que, además, encuentra razones de fondo para fundar su aplicación en la especie, las cuales dicen relación con



«RIT»

Foja: 1

fundamento mismo de la responsabilidad contractual.

Agrega que desde el momento que existe un contrato en que dos partes se gravan el uno en beneficio del otro, debe existir responsabilidad contractual en caso de incumplimiento. Este principio no puede ser ajeno a las relaciones contractuales con el Estado. A mayor abundamiento, los principios fundamentales de nuestro sistema constitucional, como la servicialidad del Estado, la igualdad ante la ley, y las garantías de la propiedad, limitan el actuar del Estado frente a los particulares y sus derechos subjetivos. No parece razonable pensar que la prohibición que recae sobre el Estado de no afectar con sus actos la esencia de las garantías fundamentales que amparan a las personas y a su patrimonio, tenga como excepción aquellos casos en que la Administración celebra contratos con tales particulares. Muy por el contrario, en estas situaciones el privado debería verse amparado tanto por sus garantías fundamentales como persona, como por sus derechos como contratante-acreedor.

Señala que el criterio de la aplicabilidad del Código Civil en materia de contratos de obras públicas además ha sido adoptado por los tribunales superiores, reconociendo que las normas relativas a los contratos y sus efectos, contenidas en nuestro Código Civil, incluyendo especialmente aquellas de su artículo 1489, son aplicables a los contratos administrativos ante el silencio o ausencia de regulaciones particulares, lo cual significa que resulta perfectamente posible hacer valer la responsabilidad contractual del Estado-administración en materia de contratos administrativos. Como puede apreciarse hay fundamento legal, doctrinal y jurisprudencial para afirmar que no existen impedimentos para el ejercicio de la acción del artículo 1489 del Código Civil por parte de Kodama frente a los incumplimientos de las obligaciones del MOP emanadas del contrato suscrito entre ambos.

Que en cuanto a la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual, señala que el primer requisito de la indemnización de perjuicios es el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Al efecto indica que el contrato de marras imponía importantes obligaciones y plazos al Fisco, muchos de los cuales no fueron cumplidos en los términos estipulados según se ha referido latamente en este libelo. Este incumplimiento por parte de dicha repartición significó, como se verá, costos adicionales y perjuicios directos al contratista, con base en la alteración del marco jurídico y técnico de la contratación original, a extremos que en los hechos el Fisco, le hizo exigible un contrato de obras cuya naturaleza, plazos y cuantía diferían radicalmente de lo originalmente convenido.

Que en cuanto a las obligaciones del demandado y su incumplimiento señala que aquel incurrió en una serie de incumplimientos que tuvieron su origen en graves negligencias y errores fundados en los siguientes hechos, entre otros:

1. Las tardanzas en poner a disposición de Kodama los terrenos sobre los cuales debía ejecutar la obra.



«RIT»

Foja: 1

- II. La necesidad de adecuación de los proyectos licitados, que fueron originalmente concebidos en forma independiente en el contrato.
- III. Los estudios, plazos y labores adicionales que significó el traslado de los servicios no catastrados.
 - IV. Los estudios para el mejoramiento del Proyecto EFE.
 - V. Las Obras para la ejecución de los colectores de aguas lluvias.
 - VI. Las modificaciones en cuanto a la medición del IRI.
 - I. El proyecto de desvíos de tránsito.
 - II. La existencia de todo tipo de interferencias.
 - VII. La ejecución de obras nuevas y extraordinarias.
- VIII. La existencia de aceleraciones, con la consiguiente inversión de recursos adicionales.

En el primer caso, existió un cumplimiento tardío e inexacto de las obligaciones de hacer que emanaban del contrato. En los casos restantes, existen omisiones y defectos graves en las Bases que constituyen un incumplimiento de las obligaciones de información y colaboración que recaían en el Ministerio, así como la imposición de prestaciones no estipuladas.

Que respecto de las tardanzas en poner a disposición de Kodama los lotes afectos sobre los cuales debía ejecutarse la obra manifiesta que según las Bases de la licitación, especialmente en las Bases Técnicas, parte integrante como se ha dicho del contrato, "Para lograr cumplir con la faja requerida por este proyecto existen expropiaciones en proceso en algunos sectores menores, sin embargo el resto se encuentran con la faja despejada actualmente lo que permite comenzar la ejecución de obras por estos sectores, en ese contexto se prevé que aquellas zonas que actualmente no se encuentran plenamente liberadas lo estarán a fines de marzo de 2007.

Por su parte, el artículo 79 del DS 236 dispone: "El Serviu, cuando los terrenos en que se ejecutaran los trabajos sean de su propiedad o se trate de bienes nacionales de uso público o de propiedad de sus mandantes, comunicará por escrito al contratista el día y hora en que tendrá lugar la entrega de los terrenos, la que deberá efectuarse en un plazo no superior a 15 días corridos contados de la fecha en que se suscribió el contrato"

Estas Bases, así como las disposiciones del Decreto Supremo 236, todo ello estipulaciones contractuales para efectos del contrato administrativo, imponían al demandado determinadas obligaciones de hacer: gestionar las expropiaciones y las autorizaciones de acceso a los terrenos específicos que eran abarcados por la faja sobre la que se construiría la obra licitada. Estas obligaciones de hacer, debían ser cumplidas dentro de plazos determinados expresamente en el contrato, siendo uno de ellos el plazo



«RIT»

Foja: 1

de inicio de las obras señalado en las bases de licitación; del mismo modo el artículo 80 dispone que el contratista debe iniciar los trabajos después de la entrega del terreno, en el plazo que se indique en las bases administrativas especiales.

Como se desprende de los hechos de la demanda, estas obligaciones no fueron cumplidas en tiempo ni en forma. Encontramos entonces obligaciones de hacer que fueron cumplidas de manera totalmente extemporánea. Más aún, los procesos expropiatorios se extendieron considerablemente, llegando al extremo en el cual Kodama- debido a la enorme negligencia fiscal- tuvo que gestionar y derechamente comprar y/o arrendar terrenos, para no seguir aumentando los perjuicios que sufría y cumplir así con el objetivo contractual. Todo ello evidentemente significó un cambio radical en las condiciones establecidas en el contrato, así como tardanzas considerables en la ejecución de las obras, cambios constitutivos en realidad de una contratación diversa. Todo lo cual en modo alguno, como es fácil de comprender, era imputable a Kodama; ello era íntegramente de exclusiva responsabilidad del demandado.

Señala que esta tardanza afectó el correcto cumplimiento de las obligaciones de Kodama; aumentó, los costos organizacionales de ejecución de la obra y, por ende, significó un perjuicio directo para la empresa contratista.

Agrega como segundo incumplimiento las graves omisiones y deficiencias en las Bases que constituyen un incumplimiento por parte del demandado de las obligaciones de información y colaboración, así como la imposición de prestaciones no contempladas en el contrato.

Que respecto de las restantes situaciones de incumplimiento que hemos señalado, en ellas encontramos una forma distinta de incumplimiento, ya que en ellas la entidad licitante faltó a obligaciones de información y colaboración fundamentales que le imponían, como se verá, tanto la naturaleza del contrato y la normativa aplicable, como la necesidad de ejecutar de buena fe sus obligaciones contractuales. Señala que en todas estas situaciones, producto de dicha infracción, Kodama se vio obligada a realizar gestiones, estudios técnicos no contemplados y a soportar tardanzas en la ejecución de la obra por causas que no le eran imputables. Manifiesta que el contrato imponía a la entidad mandante de dichas obras, obligaciones de información y colaboración respecto de la empresa contratista, las cuales se materializaban en la obligación de darle a conocer las reales circunstancias y condiciones en las que sería necesario ejecutar las obras, así como respetar el contenido y alcance estipulado de las obligaciones.

Agrega que las obligaciones de información y colaboración se fundan en diversas causas, como son la naturaleza misma del contrato de ejecución de obra pública, las expresas disposiciones del Decreto Supremo 236 y por último, la ejecución de buena fe a que obliga todo contrato.



«RIT»

Foja: 1

Que en primer lugar, respecto de la naturaleza del contrato, indica que éste imponía a una de sus partes la ejecución de una obra material. Estas obligaciones de hacer a que se obligó Kodama, por su misma naturaleza implicaban a su vez obligaciones para el Fisco, para estos efectos a través de su mandatario el Serviu Metropolitano, en cuanto éste debía prestar toda la información y colaboración necesaria y suficiente para la correcta ejecución de las prestaciones de la empresa contratista.

En segundo lugar, existen expresas disposiciones del DS 236 que imponen a la entidad licitante la obligación de proporcionar la debida información al contratista. Cabe recordar, una vez más, que el citado Decreto Supremo es parte integrante del contrato. Así, el Artículo 78 en su inciso primero dispone: "Una vez suscrito el contrato, conforme al procedimiento indicado en el artículo 43 de este reglamento, el Serviu entregará sin cargo para el contratista, las copias necesarias de los planos, especificaciones y demás antecedentes del proyecto, si este hubiese sido proporcionado por Serviu en la licitación"

Sobre este punto, queda de manifiesto en los hechos que el demandado incumplió esta obligación contractual, puesto que no puso a disposición de Kodama la información necesaria y suficiente que exige el Reglamento, y por ende, el contrato. De lo contrario no habrían existido las tardanzas y tal cantidad de interferencias que impactaran la ruta crítica de la obra.

Finalmente, estas obligaciones de información y colaboración tienen un importante fundamento en las exigencias de una ejecución de buena fe de las obligaciones contractuales. Sobre el contenido de esta buena fe, esta comprende deberes de conducta, como son la obligación de diligencia y de colaboración.

En la especie, esta ejecución de buena fe se plasmaba en la necesidad del mandante de cumplir los deberes de conducta que el contrato le imponía la obligación de prestar información y colaboración a Kodama para que ésta cumpliera total y oportunamente las obligaciones a que se había comprometido.

En todas estas circunstancias queda de manifiesto el incumplimiento por parte del demandado de las obligaciones de información y colaboración que le imponía, como hemos dicho, el contrato, el Reglamento y la debida ejecución de buena fe.

Que un segundo requisito de la indemnización de perjuicios es la existencia de perjuicios está patente en los hechos aportados y consisten fundamentalmente en: (a) desembolsos adicionales derivados de prestaciones no contempladas en el contrato, y (b) costos organizacionales superiores a los preestablecidos derivados del incumplimiento del demandado a sus obligaciones y plazos contractuales.

Señala que analizando estos perjuicios sufridos por Kodama como consecuencia del incumplimiento por parte del demandado, es posible reconocer la existencia de diversa



«RIT»

Foja: 1

partidas indemnizatorias. No obstante ello, su parte demanda en estos autos solo los perjuicios correspondientes a daño emergente, por la cifra única y total que el mismo Serviu y las autoridades administrativas le han reconocido adeudar.

Alega que constituyen daño emergente los menoscabos patrimoniales sufridos por Kodama a causa de los costos de obras y estudios técnicos y de ingeniería no contemplados, las compras o arrendamientos de terrenos, así como los costos operacionales adicionales a causa de las paralizaciones y tardanzas imputables al demandado (gastos generales). Estas circunstancias significaron un empobrecimiento real y efectivo del patrimonio de Kodama, considerando sus valores antes y después del incumplimiento por parte del demandado, por lo que cumplen los requisitos para ser indemnizables.

Que el tercer requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios es la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.

Manifiesta que en la especie, es posible reconocer un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios señalados en el punto anterior, toda vez que, por ejemplo, las prestaciones adicionales -estudios y obras-, y su consecuente costo, se derivan del incumplimiento de la Administración a sus obligaciones de proporcionar información necesaria y suficiente sobre los antecedentes de la obra que Kodama debía realizar. Esta conclusión es posible, en primer lugar, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones que postula que para conocer si un factor es verdaderamente condición del resultado, y por tanto equivalentemente causa, utiliza el procedimiento de la "supresión mental hipotética", supresión que en la especie significa suponer que el Fisco haya cumplido con sus deberes de información. En segundo lugar, considerando la teoría de la causalidad como adecuación, la omisión de información necesaria y suficiente de parte del demandado es una "condición que es adecuada por sí misma para generar el resultado": que las prestaciones y costos de Kodama hayan sido finalmente mayores a los estipulados. Así, el incumplimiento por parte del demandado es "apropiado para producir el resultado, en el sentido de que era previsible que lo generara".

Manifiesta que la conducta del demandado constituye a todas luces una conducta omisiva.

Por otra parte, las prestaciones adicionales que Kodama se vio obligada a realizar, así como los atrasos en las obligaciones que debía cumplir el mandante (v. gr., las expropiaciones), significaron y fueron causa directa de considerables aumentos de los costos de ejecución por sobre los que la referida empresa tenía presupuestados.

Señala que los costos adicionales se derivan directamente del incumplimiento del Fisco, a través de su mandatario, esto es el Serviu Metropolitano, lo cual es patente si consideramos que Kodama no habría incurrido en ellos si dicho organismo no hubiese faltado a sus obligaciones de: (a) poner a disposición de la empresa los inmuebles respectivos; y (b) brindar la información necesaria y suficiente para la correcta ejecución de las obras.



«RIT»

Foja: 1

Que un cuarto requisito de la indemnización de perjuicios es la imputabilidad del perjuicio, esto es, la culpa o dolo del deudor.

Afirma que en la especie, resulta manifiesta la culpa del demandado. El Fisco a través de su mandatario el Serviu Metropolitano, claramente faltó al cuidado debido en el cumplimiento de sus obligaciones, siendo negligente en cuanto al cumplimiento de los plazos estipulados y la integridad de la información que puso a disposición de los postulantes.

Alega la existencia de un alto grado de negligencia en que incurrió en la Licitación y en cumplimiento del contrato. Esto si consideramos que dicha entidad tiene entre sus funciones habituales y primordiales la realización de licitaciones de obras públicas, y cuenta con funcionarios y órganos especializados para ello. Resulta lógico pensar que en materia de licitaciones es exigible al demandado una diligencia y cuidado mayor.

Finalmente, cabe recordar que habiendo incumplimiento, no corresponde a su parte la carga de la prueba del cuidado debido de la contraparte, esto pues en materia contractual la culpa se presume según los términos del artículo 1547, inciso 3º: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".

Que como quinto requisito de la indemnización de perjuicios es que no concurra una causal de exención de responsabilidad del deudor.

En el caso sub judice no concurren causales de exoneración de responsabilidad en favor del Fisco, puesto que en términos sencillos, (1) no concurre un caso fortuito o fuerza mayor que elimine la culpa o dolo del deudor; (2) no concurren en favor de la entidad licitante un estado de necesidad ni una excesiva onerosidad sobreviniente, (3) no concurre un hecho o culpa del acreedor ni de un tercero; y (4) no existen cláusulas modificatorias de responsabilidad.

Un sexto requisito de la indemnización de perjuicios es la mora del deudor.

El caso que nos ocupa es uno de interpelación contractual expresa, "por cuanto en el contrato las partes han fijado el momento del cumplimiento". Como se señaló, las obligaciones que asumía el demandado, v.gr. poner a disposición de la empresa los inmuebles o entregarle la información necesaria y suficiente para la ejecución, debían realizarse antes del inicio de las obras o bien en el calendario cuya conformación el Reglamento dispone, según lo señalado al tratar el incumplimiento. Dado que el Fisco no dio oportuno cumplimiento a esas obligaciones se le aplican los términos del artículo 1551 del Código Civil: "el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado". Se configura así, sin margen de duda, la mora del demandado.

Alega por otra parte que el artículo 1591 del Código Civil dispone "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban". En consecuencia, el Fisco cumple el contrato que lo liga con Kodama, quedando liberado de la deuda si es que da



«RIT»

Foja: 1

satisfacción a la misma, pues tal como se señaló, la integridad del pago supone, no solo el pago del precio, sino que con arreglo al artículo 1591 del Código Civil: "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban."

Que en cuanto al daño emergente indica en su demanda los costos, gastos y mantención de boleta de garantía que demanda lo que suma la cantidad de \$19.418.010.063.

Finalmente solicita tener por interpuesta__de cumplimiento forzado, reembolso e indemnización de perjuicios, en juicio ordinario, en contra del Fisco de Chile, ya individualizado, darle la tramitación legal y, en definitiva, acogerla en todas sus partes, y declarando que se acoge, en todas sus partes, la demanda de cumplimiento forzado y perjuicios, en contra del demandado de estos autos, esto es, el Fisco de Chile, propietario, mandante y beneficiario final de la obra corredor Pedro Aguirre Cerda condenándose al cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios causados a la demandante, por la suma de \$19.418.010.063.- más el Impuesto al valor Agregado -IVA- o en la suma o conceptos que el Tribunal estime procedentes conforme a derecho y a la prueba rendida en autos; que la cantidad referida deberá pagarse con más el reajuste e intereses corrientes moratorios que se devenguen durante toda la secuela del juicio y hasta el día de pago efectivo o en la forma, período y términos que el Tribunal determine, más las costas de la causa.

Que en subsidio y para el evento que el Tribunal considere que no existen otras prestaciones pendientes emanadas del contrato de obra pública relacionado en lo principal, como no sea el resarcimiento de los perjuicios causados con motivo de los incumplimientos contractuales allí mismo latamente descritos, interpone en representación de "Consorcio Construcciones Kodama Limitada" demanda de indemnización de perjuicios de manera autónoma en contra del mismo Fisco de Chile representado legalmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, Juan Ignacio Piña Rochefort, todos ya individualizados en lo principal, a fin que se declare que los incumplimientos fiscales han ocasionado perjuicios a Kodama, los que deben serle indemnizados íntegramente a modo de un resarcimiento compensatorio.

Que en cuanto a los hechos en que se funda su acción solicita que se tengan por reproducidos los relatados en la demanda principal, ello por razones de economía procesal.

Que en cuanto a la autonomía de la acción indemnizatoria compensatoria por incumplimiento de contrato, tiene en el contrato sub lite diversas fuentes de origen, que llevan todas a la misma conclusión, no existe duda alguna que nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho de Kodama a ser indemnizado de los perjuicios, con prescindencia de derecho alternativo a solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, esto es el derecho a solicitar la indemnización como único remedio por el incumplimiento fiscal.



«RIT»

Foja: 1

Indemnización compensatoria por incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, señala que en el caso de los incumplimientos del Fisco, que han sido ampliamente detallados en autos, éste incumplió sus obligaciones en cuanto a la entrega de terrenos oportunamente, su obligación de entregar planos y proyectos de especialidades que fueran íntegros y adecuados a la realidad de las obras que se encargó realizar a Kodama, su obligación de no modificar el proyecto originalmente contratado etc. Todas ellas constituyen obligaciones de hacer y de no hacer expresamente asumidas por el ente fiscal en el contrato celebrado con la demandante.

Es del caso que los artículos 1553 y 1555 del Código Civil confieren al acreedor de una obligación de hacer o de no hacer la facultad para demandar la indemnización compensatoria como remedio autónomo.

Así las cosas habiendo existido incumplimiento contractual del demandado en relación a las obligaciones de hacer y de no hacer expresamente asumidas en el contrato, no existe duda alguna que Kodama tiene derecho a ser indemnizado de forma compensatoria por todos los perjuicios causados y que han sido detallados expresamente en el capítulo de los hechos de esta demanda.

Afirma que no existe conflicto normativo entre las normas citadas y el artículo 1489 del Código Civil, toda vez que ellas deben ser interpretadas armónicamente y en especial en relación al principio de la especialidad que ha aplicado sistemáticamente la Excelentísima Corte Suprema.

Termina pidiendo en forma subsidiaria y para el caso en que el Tribunal no acogiera la acción principal, solicito se condene al Fisco de Chile, corporación de derecho público representada por el señor Presidente del Consejo de Defensa del Estado don Juan Ignacio Piña Rochefort, a indemnizar a "Consortio Construcciones Kodama Limitada" por todos los perjuicios generados, consistentes en los costos de explotación, los gastos de administración y otros ya detallados en lo principal de esta presentación, a la fecha no pagados, ascendentes a la cantidad de \$19.418.010.063.- más IVA- o bien, la cantidad que el Tribunal prudencialmente estime y/o resulte con base en la prueba que se rinda, más reajustes e intereses corrientes moratorios que se devenguen durante toda la secuela del juicio y hasta el día de pago efectivo, o en la forma, períodos y términos que el Tribunal determine, más costas.

Que en subsidio de la acción principal y de la acción subsidiaria del primer otrosí, y para el caso que ninguna de estas fueren acogidas, en representación de "Consortio Construcciones Kodama Limitada", interpone entonces una acción restitutoria de enriquecimiento sin causa en contra del Fisco de Chile representado legalmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, Juan Ignacio Piña Rochefort, todos ya individualizados en lo principal, que se sustenta en los mismos hechos relatados en lo principal de esta presentación, con exclusión de lo relativo al derecho que, para estos efectos, se dan por expresamente reproducidos.

Hace presente que las obras tienen incorporado actualmente un enorme valor introducido con recursos propios por la demandante y que obviamente no han sido solucionados r



«RIT»

Foja: 1

restituidos por los diversos estados de pago ya percibidos. Estas inversiones equivalen precisamente al importe del daño reclamado en lo principal ascendente a \$19.418.010.063 más IVA.

Añade que se refiere a los costos y gastos de detallados en lo principal-que al efecto da por reproducidos en esta parte- que valorizan la obra, y que el Fisco de Chile deberá restituir, puesto que, en caso contrario, se estaría produciendo un desequilibrio patrimonial antijurídico caracterizado por el enriquecimiento injusto del patrimonio fiscal, con cargo al empobrecimiento correlativo del patrimonio de Kodama.

Luego de analizar ambos aspectos del enriquecimiento sin causa, es posible comprender que su ámbito de aplicación exceda con mucho las disciplinas del Derecho Privado, pues desde una perspectiva axiológica no es otra cosa que una solución equitativa ante un desequilibrio en las prestaciones entre dos sujetos, sin que sea relevante el carácter privado o público de los mismos. En segundo lugar, su naturaleza de fuente autónoma de obligaciones implica que cumplidos sus requisitos, cabe imponer una obligación y conceder una acción, al enriquecido y al empobrecido respectivamente, efectos que no son sino los naturales que se requieren para alcanzar el equilibrio patrimonial que ordena un sentido fundamental de justicia.

Señala que en materia de contratación administrativa, dada su finalidad pública, la Administración goza de numerosas prerrogativas. Sin embargo, y como contrapartida necesaria de esta situación, la ley impone que el ejercicio de tales facultades no pueda ir en desmedro del particular que pasa a ser deudor de la Administración. Esto se manifiesta en una idea fundamental de la contratación administrativa, el resguardo del equilibrio patrimonial entre las prestaciones, que no es sino una manifestación más del principio de enriquecimiento sin causa.

Respecto de los contratos mismos de construcción de obra pública, existen numerosos dictámenes de la Contraloría General de la República que aplican directamente el enriquecimiento sin causa.

Estos pronunciamientos nos permiten concluir, como regla fundamental, que en materia de contratación administrativa, ante trabajos efectivamente realizados cabe una justa remuneración a los contratistas, incluso en caso que dichos trabajos no concuerden con los términos del contrato o el contrato mismo sea nulo. Si la obra, el servicio o los materiales se incorporaron al patrimonio estatal, cabe una justa remuneración a quien los proporcionó. Dicho en otros términos, si hubo un trabajo efectivamente realizado y un beneficio fiscal, corresponde una justa remuneración al contratista.

Que respecto de la acción in rem verso señala que son presupuestos de la misma el enriquecimiento de un sujeto, el empobrecimiento de otro, la correlatividad entre ambos la ausencia de causa del enriquecimiento. Algunos autores agregan la inexistencia de una acción nominada y que no se viole un texto legal expreso.



«RIT»

Foja: 1

Que respecto del enriquecimiento indica que en el caso sub judice pueden reconocerse diversas situaciones en las cuales Kodama se vio forzada por las circunstancias a la ejecución de obras, estudios, aumento de frentes de trabajo, proyectos de ingeniería y otros gastos no comprendidos en el contrato prestaciones todas que redundaron en un beneficio o enriquecimiento para el Fisco, desde que:

(1) Se incorporaron al patrimonio fiscal obras ejecutadas por la empresa sin que hasta el momento haya habido una retribución por ellas, en otras palabras el Fisco tiene actualmente en su poder obras de mayor valor a las originalmente pactadas sin el correspondiente pago a Kodama;

(2) Los estudios de especialidades e ingeniería, gestiones tanto de compra de terrenos, como de traslado de servicios, todos ellos realizados por Kodama le proporcionaron al demandado información técnica, perfectamente avaluable en dinero considerando los costos de tales estudios, y

(3) Los mismos estudios permitieron al Fisco evitar los costos de realizar por sí mismo tales estudios, en especial considerando que mucha de la información que de ellos se obtuvo debió haber estado en poder de la entidad licitante para proporcionarla a los proponentes al momento de llamarse a la licitación, por ejemplo en cuanto a las interferencias de los Colectores de Aguas Lluvias N7 y Lo Errázuriz, o en relación a los proyectos de Ingeniería, especialmente el Proyecto EFE relatado en lo principal.

Que en cuanto al empobrecimiento sufrido por Kodama es perfectamente cuantificable en dinero y consiste, en primer lugar, en los costos asociados a las obras, terrenos que debió comprar o arrendar, estudios adicionales que debió ejecutar, entre otros. En segundo lugar, los elevados costos organizacionales que significó el aplazamiento constante y extendido de los trabajos como consecuencia de estas mismas prestaciones adicionales, así como de la tardanza del Fisco en el cumplimiento de sus obligaciones. Resulta lógico pensar que la empresa contratista determinó los márgenes de utilidad de su oferta, considerando los rendimientos derivados de la organización habitual de sus recursos financieros, humanos y materiales.

Manifiesta que es necesaria también una relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, viéndose beneficiado el Fisco (el mayor valor de las obras incorporadas a su patrimonio, la mayor cantidad de recursos que debieron invertirse en la obra y que debieron haber sido previstos con mediana diligencia por el Fisco inicialmente, estudios adicionales, etc.) y el empobrecimiento sufrido por Kodama (mayores costos por las obras, compras de terrenos y estudios adicionales, mayores costos operacionales por los atrasos del Fisco, etc.).

Asimismo es requisito la falta de justificación o causa jurídica del enriquecimiento, el cual devendrá en injusto, si como sucede en la especie no hay una retribución por aquella actividad o prestación no contemplada originalmente en el contrato, pero que como



«RIT»

Foja: 1

dijo produjo un enriquecimiento en la contraparte (en el caso, a favor en definitiva de la Dirección de Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas y por ende del patrimonio fiscal).

Finalmente, el empobrecido debe carecer de otro medio para obtener el reembolso, por ello se dice que es una acción subsidiaria.

En razón de ello, la presente acción se ejerce en subsidio de aquella del artículo 1489 del Código Civil que a través del cumplimiento del contrato busca el pago de los perjuicios que sufrió Kodama a causa del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Fisco o bien de aquella autonómica de indemnización de perjuicios señalado en el primer otrosí de esta presentación.

Todo lo dicho hasta ahora deja claramente establecido que ninguna norma priva a una empresa (Kodama u otra) de recibir una justa retribución por obras públicas efectivamente realizadas cuando ello ha significado un incremento patrimonial para el Fisco. Así por lo demás lo ha sostenido la Contraloría en sucesivos dictámenes

Que en cuanto a los efectos de la actio in rem verso, señala que cumplidos los requisitos anteriores, surgirá la obligación de indemnizar al empobrecido. Dado que en el presente caso concurren todos los requisitos del enriquecimiento sin causa el Fisco debe indemnizar a Kodama.

La indemnización que ha de pagar el Fisco a Kodama debe ser debidamente reajustada.

Concluye que procede acoger la demanda de enriquecimiento sin causa, dado que se dan todos los elementos para que nazca tal obligación en el Fisco (enriquecido) en favor de Kodama (empobrecido). En particular, se dan las siguientes circunstancias:

1. El enriquecimiento sin causa y las obligaciones que genera son plenamente aplicables en materia de contratos de obra pública;
2. Existió un beneficio para el Estado derivado de los costos de explotación y los gastos de administración y ventas invertidos por Kodama en la obra , que no estaban contemplados en el contrato;
3. Esta situación produjo en Kodama un menoscabo patrimonial considerable;
4. Se cumplen todos los restantes presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa, arriba desarrollados.

Por tanto, hay fundamentos para condenar al Fisco a la restitución de los mayores costos en incurrió la empresa contratista ya señalados, porque tales costos redundaron en un beneficio público, mayor valor incorporado actualmente en las obras y perfectamente cuantificado.



«RIT»

Foja: 1

Finalmente pide en forma subsidiaria y para el caso en que el Tribunal no acogiera la acción principal ni la subsidiaria del primer otrosí, que se condene al Fisco de Chile, ya individualizado, a restituir a "Consortio Construcciones Kodama Limitada", todos los costos de explotación, los gastos de administración y otros ya detallados en lo principal de esta presentación, invertidos en la obra, a la fecha no solucionados, ascendentes a la cantidad de \$19.418.010.063 más IVA o bien, la cantidad que el Tribunal prudencialmente estime y/o resulte con base en la prueba que se rinda, más reajustes e intereses corrientes moratorios que se devenguen durante toda la secuela del juicio y hasta el día de pago efectivo o en la forma, períodos y términos que el Tribunal determine, más las costas de la causa.

Que a fs. 227 el Fisco de Chile contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Manifiesta que controvierte desde ya, formalmente, la versión de los hechos en que la demandante funda su acción, y las consecuencias jurídicas que de ellos deduce, con excepción de aquellos que expresamente reconozca en la discusión.

Que en cuanto a los antecedentes del contrato señala que con fecha 6 de julio de 2006 la Dirección Nacional de Vialidad (DNV) del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y el Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano (Serviu RM) suscribieron un Convenio-Mandato, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley N° 18.091 – que "Establece Normas Complementarias de Incidencia Presupuestaria, de Personal y de Administración Financiera", por el cual el primero encomendó al segundo la construcción y habilitación del Corredor de Transporte Público Avda. Pedro Aguirre Cerda (CPAC), que atraviesa las comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú, de una longitud de 11,95 kilómetros, obra de implementación del Plan de Transporte Público de Santiago.

Señala que conforme al referido artículo 16, el mandatario, Serviu RM, asumió como órgano técnico de la obra, y encargado de la licitación, adjudicación, celebración del contrato de obra pública y ejecución de los correspondientes estudios, proyección, construcción y conservación de la obra cometida; por su parte, el mandante, la Dirección Nacional de Vialidad, quedó obligada, únicamente, a la atención financiera y presupuestaria de la obra, esto es, de solventar los estados de pago que periódicamente le formularía el mandatario, en favor de la contratista que ejecutara la obra (Cláusula Segunda).

Agrega que este Convenio-Mandato fue aprobado por Resolución N° 3.994, de 10 de agosto de 2006, del Director del Serviu RM, y por Resolución Exenta N° 2.244, de 18 de julio de 2006, del Director General de Obras Públicas del MOP.

Añade que en la primera, se dejó expresa constancia de que ella no afectaba al presupuesto del Serviu RM. Por su parte, en la segunda, se dejó constancia de que los recursos económicos para la realización de la obra se imputarían a los ítems 31.02.004 y 31.02.002 del Presupuesto de la Dirección Nacional de Vialidad, correspondientes a las clasificaciones presupuestarias de "obras civiles" y "consultorías".

Posteriormente, mediante Resolución N° 625 de 6 de octubre de 2006, el Director del Serviu RM aprobó las Bases Técnicas y Administrativas de Licitación de la obra, la cual incluía



«RIT»

Foja: 1

pavimentación, saneamiento de aguas lluvias, demoliciones, expropiaciones, obras de infraestructura, semaforización, desvíos de tránsito, paisajismo y riego, seguridad vial y demarcaciones, iluminación de calzada, peatonal y ciclovía.

Es así entonces que, mediante Resolución Exenta N° 921, de fecha 30 de noviembre de 2006, el Director del Serviu RM aceptó la oferta de lo la demandante y le adjudicó la obra, por la suma alzada de \$25.567.058.561.- incluidos Valores Pro Forma por \$ 196.000.000.- a ejecutarse en el plazo de 336 días corridos a contar de la fecha del Acta de Entrega parcial de los terrenos. De esta Resolución Contraloría General de la República tomo razón el 29 de diciembre de 2006, fecha desde la cual nació a la vida del derecho.

Hace presente que de acuerdo al artículo 46 del Decreto Supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, que "Aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización", estos contratos se celebran dictando el servicio una resolución que contiene sus condiciones o cláusulas y suscribiendo el contratista, ante notario, tres transcripciones de la misma resolución, debidamente tramitada por Contraloría General de la República, y debiendo además protocolizarse ante el mismo notario, uno de dichos ejemplares. De esta manera el contrato es la misma resolución que adjudica la obra.

Destaca que esta resolución, en el considerando de la letra h), 26 tiene en cuenta, expresamente, "El Convenio Mandato suscrito entre el Serviu-Metropolitano y la Dirección Nacional de Vialidad del MOP de 06/07/2006, aprobado por Resoluciones Exentas N° 2244 de 18/07/2006 de la Dirección General de Obras Públicas y 3994 de 10/08/2006 de este Serviu".

Agrega que contiene además 9 numerales resolutivos, entre los cuales es útil destacar los siguientes.

En el N° 1, consigna expresamente: "ACÉPTASE la oferta y CONTRATASE con CONSORCIO CONSTRUCCIONES KODAMA LTDA. la ejecución de las obras de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda , Comunas de Santiago, Estación lo Central, Cerrillos y Maipú, en la Suma Alzada de \$ 25.567.058.561 (veinte y cinco mil quinientos sesenta y siete millones cincuenta y ocho mil quinientos sesenta y un pesos), incluido Valor Proforma por \$ 196.000.000 (ciento noventa y seis millones de pesos)".

En el N° 4, deja establecidas, entre otras, un conjunto de condiciones especiales del contrato, entre las que destaca la de su letra f), que fija el plazo de ejecución de la obra en 336 días corridos "a contar de la fecha del Acta de Entrega de Terreno".

En el N° 5, reitera que el Director Nacional de Vialidad pagará a la demandante hasta la suma indicada, mediante estados de pagos que formulará el Director de Obras del Serviu RM.

En el N° 7, deja constancia que, "en virtud de lo dispuesto en el art. 46 del D.S. N° 355 (V. y U.), la presente Resolución aceptada y protocolizada ante Notario por



«RIT»

Foja: 1

Contratista, constituye las obligaciones recíprocas entre las partes y es de cargo exclusivo del contratista todos los gastos que ello signifique".

Y en, en fin, el N° 9, reitera que el gasto que demanda su cumplimiento "no afecta al Presupuesto del Servicio por ser de cargo de la Dirección Nacional de Vialidad del MOP, de acuerdo al Convenio que se indica en el Considerando h) precedente".

Manifiesta que con la total tramitación de este acto administrativo, su aceptación por el contratista y su protocolización, quedó perfeccionado el contrato. A su vez, el "Acta de Entrega de Terreno", se suscribió el día 29 de diciembre de 2006, siendo esta entonces la fecha en que el contrato comenzó a regir.

Que en cuanto a la modalidad del contrato de construcción, señala que la obra de autos fue licitada y contratada por el Serviu RM bajo la modalidad que define el artículo 2° del ya citado OS N° 236, de 2002, (V. y U.), esto es, a "Suma Alzada"; y, más específicamente, bajo aquella que autoriza su artículo 5°, inciso 1°, N° 1, e inciso 2°, letra a), esto es, la de "Precio a Suma Alzada", con "Proyecto proporcionado por Serviu y precio determinado por el oferente".

Manifiesta que el artículo 2° define la "Propuesta a Suma Alzada" diciendo que es una "Oferta a precio fijo, en que las cubicaciones de las obras se entienden inamovibles, a menos que las bases administrativas especiales incluyan una o varias partidas a serie de precios unitarios".

17En tanto su artículo 5°, inciso 1°, N° 1, e inciso 2°, letra a), precisa que: "Los sistemas de contratación de obras que puede utilizar el Serviu, atendida la forma en que se remuneran los trabajos son: 1. Precio a Suma Alzada; 2. Serie de Precios Unitarios; y, 3. Administración Delegada. El Sistema de Precio a Suma Alzada de aplicación preferente, tiene las siguientes modalidades: a) Proyecto proporcionado por Serviu precio determinado por el oferente; b) Proyecto proporcionado por el oferente y precio fijado por el Serviu; c) Proyecto y precio máximo proporcionado por el Serviu; d) Proyecto y precio proporcionado por el oferente; e) Concursos Ofertas".

Afirma que sea a "suma alzada" significa, entonces, que la obra se ejecuta a cambio de un precio fijo, y no variable según costos y gastos informados por el constructor, de modo que este no tiene derecho a percibir por su íntegra y oportuna ejecución más precio que el fijo pactado, con total independencia de los costos y gastos en que de hecho incurra. A cambio de esta "suma alzada" el contratista asume todos los costos y gastos que requiera la debida y oportuna ejecución de la obra.

Indica que este respecto que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 82, inciso 2°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), los atrasos ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito deben ser informados y justificados por escrito por el contratista dentro del plazo de treinta días, correspondiendo al servicio evaluar la validez de la justificación ofrecida y decidir si otorga o no el correspondiente aumento de plazo. Y también que de acuerdo a sus incisos 3° y 4°, sólo en casos justificados puede el servicio conceder ampliaciones de plazo, reajustes y mayores gastos generales, y que los aumentos de plazo por obras extraordinarias sólo dan derecho a reajustes pero no a mayores gastos generales.



«RIT»

Foja: 1

Todo lo anterior sin perjuicio, naturalmente, de los aumentos de obra, plazos y precios que técnica y legalmente surjan como necesarios, y que, de común acuerdo, pueden estipular las partes.

Es pues de la esencia del contrato de construcción a "sumaalzada" que el contratista asume el compromiso de ejecutar la totalidad de la obra encomendada, por un precio único prefijado, sin derecho a un aumento del precio al margen de las situaciones y condiciones antes mencionadas.

Que en cuanto a las modificaciones del contrato de construcción indica que la demandante y el Serviu RM acordaron seis modificaciones que determinaron aumentos netos totales del precio (por \$ 8.482.295.447.-) y también del plazo de ejecución de la obra (por 899 días corridos). Luego de estas modificaciones el contrato quedó finalmente con un presupuesto general asignado de \$ 34.049.354.008 y un plazo total de ejecución de la obra de 1.235 días corridos, con fecha definitiva de entrega el día 17 de mayo de 2010.

Expone que es importante considerar que todas estas modificaciones de contrato fueron acordadas y aprobadas por las partes sin derecho a reajustes, mayores gastos generales ni indemnizaciones para el contratista, de conformidad al citado artículo 82 del DS N° 236, de 2002, (V. y U.).

Que respecto de la recepción de obras, sostiene que el día 17 de mayo de 2010, esto es, el último día del plazo final de ejecución de la obra, la demandante solicitó a Serviu RM su recepción, otorgando este último, ese mismo día, el pase para iniciar el proceso de revisión correspondiente. El "Acta de Recepción de Obras de Pavimentación" fue suscrita por las partes el día 28 de mayo de 2010. En ella se dejó expresa constancia que la fecha de término real de la obra fue el día 17 de mayo de 2010, y que de acuerdo con la calificación hecha por el Serviu RM, el contratista obtuvo una calificación de 95 puntos sobre un máximo de 100 puntos.

Añade que la obra fue recibida con observaciones que la demandante subsanó oportunamente según da cuenta el Memorándum N°517, de 16 de junio de 2010, del Director de Obras del Serviu RM, lo que la propia demandante reconoce en su demanda.

En definitiva, las obras fueron ejecutadas por la demandante dentro del plazo estipulado en el contrato y sus modificaciones; y fueron recibidas conforme por el Serviu RM, sin perjuicio de su derecho a solicitar ensayos y reparaciones por el plazo de dos años según lo estipulado en las Bases Especiales del contrato.

Por efecto de lo dispuesto expresamente en el artículo 16 de la Ley N° 18.091, y del Convenio-Mandato suscrito a su amparo, el Fisco de Chile, sólo contrajo la obligación de pagar su precio, a través de la Dirección Nacional de Vialidad y con cargo a su presupuesto solventando los "Estados de Pago" que periódicamente debía autorizar y formularle el mandatario, el Serviu RM, en favor de la demandante.

Es así que la Dirección Nacional de Vialidad, en cumplimiento de esta única obligación, pagó todos y cada uno de los "Estados de Pago" que autorizó y le formuló su mandatario,



«RIT»

Foja: 1

Serviu RM, todos los cuales fueron debidamente percibidos por la demandante. De esta manera, la única obligación que su representado contrajo en relación con la obra de autos -pagar el precio de la obra -, la cumplió oportuna e íntegramente con cargo a su presupuesto, tal como convino con Serviu RM, y su monto fue debidamente percibido por la demandante. Por consiguiente, en su demanda, la demandante cobra sumas adicionales al precio pactado en el contrato y sus modificaciones, el que ya le fue pagado por su representado y percibido por ella; sumas que además son del todo diferentes de aquellas que autoriza pagar la normativa legal y reglamentaria que rige estos contratos.

Que respecto de las normas aplicables al contrato y litis de auto, manifiesta que el contrato de autos es, por cierto, un "contrato administrativo"; esa es su naturaleza jurídica, siendo, el de obra pública, como es sabido, el contrato administrativo por excelencia.

Esta categoría de contratos está reconocida en general y explícitamente en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, "Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado".

Por otra parte, según dije, este contrato fue licitado y suscrito por el Serviu RM, en calidad de órgano técnico y mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad, de conformidad a lo dispuesto por el artículo citado 16 de la Ley N° 18.091, esto es, para todos los efectos legales y contractuales, excepto, únicamente, los presupuestarios y de financiamiento, los cuales recayeron única y exclusivamente en el mandante, mediante el financiamiento de los denominados "Estados de Pago" que periódicamente su mandatario autorizare al contratista según el avance de la obra.

Explica que de esta manera, el contrato de autos, y todo el flujo de relaciones jurídicas habidas durante su ejecución, estuvo regulado especialmente por normas de derecho público. En la especie, las previstas para los contratos de obra pública que, en cumplimiento de sus funciones, deben disponer y licitar los distintos Servicios de Vivienda y Urbanización que hay en el país – en este caso, el de la Región Metropolitana-, órganos todos ellos que son autónomos distintos del Fisco de Chile, ya que tienen personalidad jurídica y patrimonio propios.

Estas normas especiales a cuyo amparo fue suscrito el contrato de autos y lo regulan, no son otras que las contenidas, principalmente, en los siguientes textos:

1°.- El Decreto Ley N° 1.305, de 1976, que "Reestructura y Regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo", cuyos artículos 3° y 25° crearon en las distintas regiones del país los Servicios de Vivienda y Urbanización con carácter autónomo distinto del Fisco de Chile.

2°.- El Decreto Supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (V. y U.), que "Aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización", el cual además de otras materias orgánicas y funcionales, en su Título III regula los procedimientos que deben seguir para la contratación y ejecución de obras.

3°.- El Decreto Supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (V. y U.), que "Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para l



«RIT»

Foja: 1

Servicios de Vivienda y Urbanización", que regula todos los aspectos relativos a la contratación, modificación y liquidación de los contratos de obra pública que deben disponer estos servicios en cumplimiento de sus funciones.

Agrega que es importante destacar que este último texto reglamentario dispone en su artículo 1º, inciso 1º, que él forma parte integrante de todos los contratos de construcción de obras que celebran estos servicios.

Además, conforme a su artículo 4º, numerales 1º y 2º, también forman parte de estos contratos, las bases administrativas especiales, las bases técnicas, las especificaciones técnicas, los planos y el presupuesto oficial estimativo; y también las leyes, ordenanzas, reglamentos, normas técnicas, y en general, todas las disposiciones referidas a la construcción, al trabajo, a la previsión social, a los servicios básicos y demás aspectos que digan relación con la ejecución de los trabajos, las que además se dan por conocidas del contratista.

Lo anterior aparece reiterado en su artículo 44, el que agrega como parte integrante de estos contratos, las aclaraciones, las adiciones, los planos suministrados para la propuesta y los planos aclaratorios, así como un conjunto de normas legales y reglamentarias que detalla.

Debe considerarse también que los "Planos, Antecedentes Técnicos y Administrativos de la Licitación Pública" del contrato - entre otros-, son parte integrante de él por disponerlo así expresamente la Resolución N° 921, de 30 de Noviembre de 2006, ya mencionada, en su numeral resolutivo 2º.

Agrega que por otra parte, de conformidad a su artículo 43, inciso 1º, la celebración, modificación y liquidación de estos contratos sólo puede llevarse a efecto mediante un procedimiento administrativo específico que es el contenido en el artículo 46, del DS N° 355, de 1976, (V. y U.).

Añade que el acuerdo de voluntades queda plasmado, entonces, por una parte, con la suscripción por el Director del Serviu de la Resolución que adjudica y contrata la obra, debidamente tomada razón, y, por otra, con la suscripción por el contratista, ante Notario, de tres transcripciones del mismo acto administrativo y su protocolización.

Es importante destacar que debiendo tenerse todos estos antecedentes y normas como parte integrante de los contratos, su infracción constituye no sólo un quebrantamiento legal o reglamentario, sino que también una infracción a la ley del contrato consagrada en el artículo 1545 del Código Civil.

Cada una de sus disposiciones constituye así, al mismo tiempo, regla normativa y contractual para el contratista.

Señala que este conjunto de normas legales y reglamentarias de carácter especial son las que han establecido y establecen los derechos y obligaciones recíprocos de las partes del contrato, y determinan por ello la procedencia o improcedencia de las acciones que la demandante ha deducido en contra de su representado. Por consiguiente, las normas del derecho común citadas por la demandante en su demanda, tienen aplicación al presente



«RIT»

Foja: 1

contrato y litis, pero únicamente en cuanto no existan normas de derecho público especiales y de aplicación preferente.

Afirma que un principio de derecho común plenamente aplicable a estos contratos, y relevante para la litis de autos, es que los derechos y obligaciones que de ellos emanan sólo pueden ser el fruto del acuerdo de voluntades de las partes que lo han celebrado; sin que ninguna de ellas tenga facultades para imponerle a la otra, condiciones distintas a las pactadas, como son los plazos y el precio.

Por esta razón, es que el contratista de una obra pública carece de todo derecho a imponerle unilateralmente a su contraparte estatal, en este caso, el Serviu RM, obras, gastos, precios o plazos adicionales o distintos a los que formaron parte de la licitación y de las cláusulas del contrato mismo. Cambios que sólo pueden ser el resultado de las modificaciones de contrato que ambas partes de común acuerdo puedan suscribir; y ello, además, de conformidad con un procedimiento administrativo específicamente regulado, según he mencionado.

Opone la excepción de falta de legitimación pasiva del Fisco de Chile.

Manifiesta que la actora sustenta todas sus acciones, principal y subsidiarias, en los supuestos incumplimientos en que habría incurrido su parte, de diversas obligaciones del contrato de autos; incumplimientos que le habrían causado perjuicios que solicita le sean indemnizados, por valor de \$ 19.418.010.063.-, más IVA, reajustes, intereses y costas.

Sin embargo, según reconoce en su demanda, el contrato de autos fue suscrito exclusivamente por ella y el Serviu RM, órgano público este último autónomo o descentralizado, que tiene personalidad jurídica, patrimonio y representante legal propios; y no por su representado, único demandado en este juicio. La propia actora explica en su demanda que el Serviu RM suscribió el contrato de autos como "mandatario" de la Dirección Nacional de Vialidad, en virtud de un Convenio-Mandato que ambos órganos suscribieron al amparo de lo autorizado y dispuesto por el artículo 16 de la Ley N° 18.091.

Se trata así de un Convenio-Mandato que está regido especialmente por la norma antes dicha y demás normas de derecho público aplicables a la actuación de los citados órganos estatales, y, en subsidio, por el derecho común.

Advierte que esta norma en parte alguna de su texto dispone que por el hecho del mandato el "mandatario" asume la representación del "mandante"; tampoco autoriza a que las partes estipulen tal representación. En consecuencia, este Convenio-Mandato no confirió al Serviu RM la representación de la Dirección Nacional de Vialidad. Es un mandato, pero sin representación, en cuya virtud sólo el Serviu RM "mandatario" se obligó personalmente frente a la actora y por tanto, sin que el contrato obligara al mandante, esto es, a su parte.

Afirma que en mérito del citado Convenio-Mandato, y en calidad de "mandatario", el Serviu RM contrajo para con la Dirección Nacional de Vialidad la obligación de actuar como órgano técnico en la construcción de la obra de autos, correspondiéndole en tal función, entre otras tareas, y de acuerdo a la normativa de sus propias obras, las de: redactar las bases de licitación; llamar a licitación pública; adjudicar; suscribir el contrato de obra pública



«RIT»

Foja: 1

modificarlo de ser necesario; fiscalizar la ejecución de la obra; aplicar multas; y autorizar los pagos al contratista.

A su vez, su representado, en mérito del mismo Convenio-Mandato, y en calidad de "mandante", contrajo para con el Serviu RM, la única obligación de financiar íntegramente la obra, proveyéndole de los recursos monetarios necesarios para pagar los Estados de Pago que este último aprobara y le formulara.

Queda claro entonces que su representado no contrajo con la demandante ninguna de las obligaciones cuyo supuesto incumplimiento le atribuye y hace valer como justificación de sus acciones, tanto principal como subsidiaria; por lo que mal puede dirigirlas en su contra.

Concluye que el único autor de tales pretendidos incumplimientos sólo ha podido ser el organismo que contrajo para con la actora las respectivas obligaciones, en la especie, el Serviu RM, órgano distinto de su representado y por el cual no responde, y que, insólitamente, no es demandado en esta causa.

Señala que las acciones de la demanda se sustentan, única y exclusivamente, en supuestos incumplimientos de obligaciones que emanan del contrato de autos, el cual fue suscrito por la demandante y el Serviu RM; y no del Convenio-Mandato, suscrito por su representado y el Serviu RM,

Sostiene que la demanda padece así de una grave contradicción, de un lado, demanda a su representado atribuyéndole autoría y responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales; pero, de otro, dice que esas obligaciones las adquirió el Serviu RM y no su representado.

Es evidente que la sola circunstancia de que la obra pública objeto del contrato de construcción haya sido ejecutada en "beneficio" del Fisco de Chile, como "mandante", y por su "encargo", no lo convierte en autor o responsable de los supuestos incumplimientos contractuales en que dice haber incurrido el Serviu RM "mandatario"; ese beneficio y encargo no autoriza a demandarlo por unas supuestas actuaciones que no ha realizado él sino este último. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las relaciones entre "mandante" y "mandatario" y de las responsabilidades recíprocas entre ellos si incumplen el Convenio-Mandato; materia ésta totalmente ajena a esta causa.

Indica que el Serviu RM, único posible autor de los hipotéticos incumplimientos contractuales que sustentan la demanda, es un órgano público autónomo o descentralizado que ha actuado con su propia personalidad jurídica.

En consecuencia, el Fisco de Chile no ha podido ser demandado y emplazado por supuestos actos del Serviu RM. Tan cierta es la falta de legitimación pasiva del Fisco de Chile para ser demandado en esta causa, que la propia actora dice que se dirigió antes, el año 2010, en contra del Serviu RM, para cobrarle los mismos perjuicios que ahora le cobra a su parte, y fundados en los mismos supuestos incumplimientos contractuales. Así lo reconoce expresamente en su cuando dice que "Kodama inició demanda en contra del Serviu ingresada bajo Rol: N° C-27.734-lo 2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago", proceso que, agregado



«RIT»

Foja: 1

"fue terminado consensuadamente por las partes, mediante un contrato de transacción...".

Afirma que a demanda de autos va así contra lo actuado y admitido por la propia demandante en el pasado. Habida consideración, pues, que en la demanda se solicita una indemnización por hechos del citado órgano público, procede que se rechace la demanda de autos por falta de legitimación pasiva del demandado.

Señala que la demandante pretende que se condene a su parte, el Fisco de Chile, al cumplimiento forzado del contrato de autos, fundada en que habría incumplido diversas obligaciones emanadas de él.

Alega que el Fisco de Chile no ha incumplido el contrato de autos por las razones que indica.

a). El **Fisco de Chile no ha contraído las obligaciones cuyo cumplimiento forzado la demandante le exige.**

Manifiesta que su representado no ha incumplido ninguna de las obligaciones del contrato de autos, lisa y llanamente, por imposibilidad jurídica de hacerlo, desde que no lo suscribió, sino un tercero, el Serviu RM.

Indica que su representado intervino en los hechos de la causa al amparo del artículo 16 de la Ley N° 18.091, esto es, asumiendo única y exclusivamente la obligación de pagar con cargo a su presupuesto los "Estados de Pago" que le formulare este último servicio en favor y como precio del contratista.

En consecuencia, su parte en caso alguno ha asumido las obligaciones contractuales cuyo supuesto incumplimiento la demandante denuncia como base fáctica de todas sus acciones.

Afirma que la demandante incurre a este respecto en el grave error de creer, sin base jurídica alguna, de que por tener mi parte la calidad de "mandante" del Serviu RM, ha resultado obligado con ella en los mismos términos que su "mandatario", única parte con la que suscribió el contrato de obra pública; o que ha podido accionar en contra de "mandante" y "mandatario", como lo demuestra la causa que antes inició en contra del Serviu RM, rol N° C-27.734-2010, ante el 10° Juzgado Civil de Santiago caratulada "Consortio Construcciones Kodama Ltda. con Serviu" en la que demandó a este servicio por los mismos supuestos incumplimientos contractuales por los que ahora demanda a su representado.

Por otra parte, si se pasa revista a todas y cada una de las mencionadas obligaciones se comprueba de manera inequívoca que todas ellas forman parte del contrato de obra pública de autos, y que, por esa misma razón, sólo el Serviu RM podía y debía cumplir, y en caso alguno su representado.

b). **Obligaciones cuyo cumplimiento forzado exige la demandante fueron cumplidas por el único obligado Serviu RM.**



«RIT»

Foja: 1

Señala que la demandante expone cuáles habrían sido los supuestos incumplimientos contractuales que le causaron perjuicios, todos los cuales están referidos a obligaciones contraídas exclusivamente por su contraparte, el Serviu RM.

Pero, además de lo anterior, es del caso hacer presente que dicho servicio cumplió cabalmente con todas y cada una de las obligaciones que, de acuerdo al contrato, la ley y el reglamento, eran de su cargo.

1°.- Incumplimientos en traslado de instalaciones de empresas de servicios.

Afirma que estos traslados se ejecuten oportunamente por los respectivos terceros, no es responsabilidad del Serviu RM. De acuerdo al contrato, la ley y el reglamento, el contratista es el obligado a gestionar y coordinar en forma oportuna la ejecución de estos traslados a que corresponden los Valores Proforma del contrato. Cualquier retraso en su ejecución es de su exclusiva responsabilidad.

Sostiene que los Valores Proforma son referenciales o estimativos, puesto que las obras que deben financiarse con ellos no están plenamente definidas al momento del contrato y no son tampoco susceptibles de ser ejecutadas por el contratista, por lo que le asiste el derecho de solicitar los presupuestos a los respectivos terceros correspondiéndole al Serviu RM el pago a dichos terceros.

Ello de acuerdo a lo establecido expresamente en el artículo 47, inciso 3°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), y en reiterada jurisprudencia de Contraloría General de la República.

Por otro lado, el artículo 47, inciso 2°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), obliga al contratista a coordinar y gestionar las modificaciones, refuerzos o traslados de las instalaciones existentes, que interfieran con las obras, y que no hubieren sido detectadas en la fase de proyecto. Y además, que de acuerdo al inciso 4° de este mismo artículo 47, todo atraso que se produzca en los trabajos de las empresas de servicios públicos es de su "absoluta" responsabilidad.

Hace presente que la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República ha manifestado al respecto que los Valores Proforma constituyen cantidades estimadas para responder a los pagos que debe hacer el contratista a nombre de la institución que encargó la obra, cuya exacta magnitud no puede ser establecida al momento de solicitarse las propuestas, teniendo aquél derecho a que la Administración le devuelva las sumas que efectivamente hay desembolsado. Vale decir, en la especie los Valores Proforma no son para trabajos a ejecutar por el contratista (no son parte de la obra contratada), sino por terceros (vg. empresas de telecomunicaciones, energía, agua, gas) que tienen instalaciones que pasan por el terreno donde se debe ejecutar la obra. Además, se pagan directamente a la empresa que ejecuta los trabajos con carácter de Valores Proforma, o se pagan por el contratista, previa autorización del Serviu RM conforme al artículo 47, inciso 3°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.). No obstante, tal empresa debe facturar a nombre de la entidad obligada al pago.



«RIT»

Foja: 1

Por consiguiente, la detención de obras por esta causa fue consecuencia de la omisión en que incurrió la demandante en la gestión y coordinación que ella debía realizar, y no el Serviu RM.

En síntesis, no es aceptable que la demandante invoque la variación de los Valores Proforma como un retardo en la ejecución de la obra imputable a dicho servicio, y mucho menos a su parte, el Fisco de Chile.

2º.- Incumplimiento en relación al Colector de Aguas Lluvias N° 7 y Lo Errázuriz.

Indica que la posibilidad de interferencias no detectadas en la etapa de proyecto constituye un hecho perfectamente previsible para el contratista en relación con toda obra pública, por lo que su omisión presupuestaría al momento de presentar su oferta es de su entera responsabilidad.

Agrega que la solución de aguas lluvias correspondiente al colector Lo

Errázuriz, fue presupuestada por la propia demandante; el proyecto definitivo del colector fue también elaborado por ella y también ella lo presentó al Serviu RM para su aprobación.

Por otra parte, mediante Resolución Exenta N° 7.569, de Serviu RM, de 2 de diciembre de 2008, se aprobó el Convenio Ad Referéndum N° 2, sobre Disminución y Aumento de Obras, por \$ 1.874.807.000.-, el que incluyó un aumento de plazo de 250 días corridos, justamente, por las dificultades surgidas en la construcción del Colector Pedro Aguirre Cerda-Lo Errázuriz; y ello, "sin derecho a mayores gastos generales, reajustes ni indemnización alguna".

Agrega que posteriormente, por Resolución Exenta N° 3.688, de Serviu RM, 5 de 27 de mayo de 2009, se aprobó una nueva ampliación de plazo por 30 días corridos por problemas de expropiación para el Paso Nivel en Lonquen, Colector Errázuriz, haciéndose constar, igualmente, que "el aumento es sin derecho a reajustes ni mayores gastos generales".

Además, por Convenio Ad Referéndum N° 3, de 26 de junio de 2009, se pactó un aumento de obras por \$ 1.191.989.533 y se amplió nuevamente el plazo en 90 días corridos, y "sin derecho a formular cobros ni indemnizaciones por concepto de mayores gastos generales"; incluyéndose en este aumento el mayor valor que requirió la solución de este problema, precio que fue percibido oportunamente por la demandante, sin que nada se le deba a su respecto.

Adicionalmente, la solución de aguas lluvias para la población Patricio Mekis también fue diseñada por la demandante, y posteriormente ejecutada por ella, pero sin tener todas las aprobaciones necesarias, en particular, del propietario del sitio por donde debía cruzar el colector, lo que originó una demanda del propietario en contra de la demandante, lo que esta solucionó comprándole el sitio. Solución que fue, ciertamente, de su exclusiva decisión y responsabilidad, y no del Serviu RM.

Agrega que es necesario considerar que la demandante, como autora del proyecto, obviamente sabía de antemano que debía gestionar y pagar la servidumbre de paso necesaria, lo que debió incluir en sus precios unitarios. Si no lo hizo, es una omisión de su entera responsabilidad.



«RIT»

Foja: 1

En efecto, la jurisprudencia reiterada de Contraloría General de la República, ha sostenido que, en un contrato a suma alzada, en que las cantidades de obras se entienden inamovibles, el pago de las partidas se realiza sobre la base de las cantidades de obras estimadas para la correcta ejecución del contrato al momento de su celebración, aun cuando la cubicación final de lo efectivamente realizado sea diversa, asumiendo el contratista las diferencias que pudieran existir y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación .

En síntesis, ninguna responsabilidad cabe al Serviu RM por este pretendido incumplimiento, y mucho menos a su parte, el Fisco de Chile.

3º.- Incumplimientos en relación a los proyectos de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE).

Afirma que no corresponde el pago del premio reclamado por la demandante con base en el artículo 138 del OS N° 236, de 2002, (V. y U.), por cuanto el Serviu RM determinó disminuir las obras correspondientes al ensanche del puente ferroviario (puente Melipilla) debido al alto costo que significaba ejecutar dicha obra, considerando la totalidad de exigencias de EFE. Valer, la demora fue imprevista.

Por lo tanto, no existió un cambio de proyecto, como lo exige dicha norma, sino que únicamente una modificación de los accesos al paso inferior Melipilla.

En conclusión, la infraestructura existente no se modificó, sino que sólo se hicieron algunos ajustes en sus accesos, de manera tal que no se cumple el principal requisito que da derecho al referido premio.

Ningún incumplimiento puede atribuirse al Serviu RM por este concepto - y menos a su representado -, desde que ningún derecho nació para la demandante de acuerdo a la citada norma.

4º.- Incumplimientos en relación a la liberación de faja.

Afirma la demandante que el Serviu RM habría incumplido su obligación de entregar oportunamente los terrenos que constituían la faja sobre la cual debía construirse la obra. Explica que "Al momento de expirar el 28 plazo definido por el propio Serviu en las Bases de Licitación para la entrega total de los lotes afectos a expropiación, esto es, a más tardar el mes de marzo de 2007, el estado de avance de los procesos daba cuenta que no existía ningún lote expropiado, liberado o con carta de acuerdo y sólo en 9 de los 27 lotes requeridos se había comenzado el proceso expropiatorio".

Agrega que la faja del corredor, que debió estar liberada a fines marzo del 2007, en los hechos, lo fue íntegramente a comienzos del 2010, casi tres 6 años después de lo presupuestado, lo que -añade - habría alterado la ruta crítica de la obra y la secuencia constructiva, configurando retraso que le habría causado un aumento de los costos directos de construcción y gastos generales, no previstos en la programación inicial, los que solicita se le indemnicen.

Al respecto precisa que recién el día 29 de diciembre de 2006 Contraloría General de la República tomó razón de la Resolución N°921, de 2006, del Serviu RM, que aprobó el contra



«RIT»

Foja: 1

de autos, por lo que resultaba imposible a este último organismo iniciar el proceso de expropiaciones con anterioridad a esta fecha.

Debe considerar como una cuestión general, que todas las obras públicas, especialmente, las de esta envergadura, presentan modificaciones durante su desarrollo, lo que normalmente ocurre y es previsible, entre otras razones, debido a las demoras que puede haber en los procesos de expropiación. Por este motivo tanto las bases de licitación como el contrato mismo contemplan la posibilidad de modificaciones y un procedimiento para ello.

Es más, obras como la de autos pueden ser legítimamente iniciadas sin que se encuentren previamente concluidos todos los procesos de expropiación necesarios para su ejecución y entrega. Tenga en cuenta que, en relación con la procedencia del pago de mayores gastos generales por atraso en el acceso a terrenos, Contraloría General de la República ha dictaminado, a través de una uniforme jurisprudencia sobre la materia, que no constituye fundamento para exigir indemnizaciones, si existe la posibilidad de avanzar en otros frentes de la obra.

Sostiene que cuando las empresas postulan a ejecutar este tipo de obras aceptan desde luego sus características y las eventuales dificultades que pueden enfrentar así como las modificaciones contractuales que ellas pudieren requerir, en relación con su propia experticia y capacidades, las que también son evaluadas por el órgano que adjudica, en este caso, el Serviu RM.

Señala que sobre esta materia, debe tenerse presente que la demandante suscribió la Declaración Jurada que dispone el artículo 31, N° 1.2, del DS N°10 236, de 2002, (V. y U.), respecto de haber visitado el terreno y conocer su relieve, topografía, calidad y todas las demás características superficiales, geológicas, climáticas u otras que puedan incidir directamente en la ejecución de las obras, y también, de estar conforme con las condiciones generales del proyecto.

Asimismo, debe considerarse que la empresa contratista no formuló observaciones a este respecto en el "Acta de Entrega de Terreno" que suscribió conforme a lo dispuesto en el artículo 79, inciso 3°, del DS N°18 236 de 2002 (V. y U.).

Señala que dada la categoría en que se encontraba inscrita la demandante en el Registro Nacional de Contratistas del Mínavu, estaba acreditada su capacidad para enfrentar dichas dificultades y modificaciones, y para ofrecer y programar eventuales cambios en la ruta crítica y la programación de las faenas, necesarios para la debida y oportuna conclusión de la obra.

Añade que si la demandante, a pesar de su experticia y capacidades, no enfrentó adecuadamente en este caso los retrasos, siempre y normalmente previsibles por el retardo en el avance de los procesos de expropiación, debe asumir ella esa deficiencia y soportar los mayores gastos generales o sobrecostos en que supuestamente incurrió, y en ningún caso contraparte el Serviu RM.

Sostiene que nada, pues, debe indemnizarse a la demandante por este concepto por parte Serviu RM, y menos por parte de su representado, el Fisco de Chile.



«RIT»

Foja: 1

5°.- Incumplimientos por modificaciones de proyectos.

Manifiesta que es normal y habitual que las obras licitadas experimenten modificaciones, circunstancia que las empresas contratistas conocen de sobra, y consideran al valorar sus ofertas y diseñar sus programaciones, puesto que estas modificaciones implican, casi sin excepción, lo que la demandante denomina "tiempos muertos" y la necesidad de reprogramar actividades para actuar en distintos frentes de la obra, trasladando personal y equipo.

Reitero que la demandante presentaba una categoría en el registro de contratistas que le permitía enfrentar estos avatares. De hecho, ejecutó la obra oportunamente y conformidad del Serviu RM.

De acuerdo a lo anterior, no es aceptable su argumento de que hubo un actuar negligente del Serviu RM por supuestas indefiniciones de proyecto.

En cuanto a los "proyectos de especialidades", según el artículo 47, incisos 1° y 2°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), el contratista tiene la responsabilidad de gestionar las aprobaciones de los proyectos de ingeniería de detalle ante las entidades pertinentes.

Por lo tanto, no cabe responsabilidad alguna sobre esta materia al Serviu RM, y menos a su parte, el Fisco de Chile.

6°.- Incumplimientos por indefiniciones de desvío de tránsito.

Reitera los argumentos precedentes en cuanto a que es previsible que el "programa inicial de obras" deba ser modificado por el contratista, correspondiéndole a él desplegar todas las acciones necesarias para la debida ejecución la obra, y dentro del plazo convenido, en cumplimiento de sus obligaciones provenientes del contrato y sus modificaciones.

Además, se debe tener en cuenta que aquellos costos por mantención de la unidad de seguridad vial y por mayores desvíos de tránsito, fueron considerados en la Modificación de Contrato N° 3, y oportunamente pagados. Nada se le debe entonces a la demandante por este concepto.

7°.- Demoras no imputables a Kodama por existencia de interferencias.

Afirma la demandante que los planos originalmente enviados por el Serviu RM y en base a los cuales estudió y proyectó su oferta no habrían contemplado de manera adecuada las interferencias que aparecieron en el desarrollo de la obra, mencionando la existencia de colectores, arranques y cámaras no catastradas; y otras - que no detalla - relacionadas con el Colector N° 7, el Pórtico de Mensajería Variable en el sector Los Ceibos-Las Paulonias y el Proyecto de Semáforos.

Insiste que por una parte, de conformidad al artículo 47, inciso 2°, del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), era obligación de la demandante coordinar y gestionar las modificaciones, refuerzos y traslados de las instalaciones existentes que interfirieran con las nuevas obras, y que no fueron detectadas en la etapa de proyecto. Y, por otra, la existencia de interferencias y demoras en una circunstancia previsible que la demandante debió considerar al proyectar su oferta



«RIT»

Foja: 1

diseñar su lo programación de actividades, sin perjuicio de las modificaciones de contrato que siempre es posible pactar justamente para aumentar el plazo de ejecución de la obra debido a interferencias imprevisibles, como de hecho pactaron las partes.

Por consiguiente, nada debe pagar a la demandante el Serviu RM y menos su parte, el Fisco de Chile, por estas interferencias, puesto que, las que procedían, fueron consideradas en las diversas modificaciones de contrato.

8°.- Demoras por modificaciones de medición del Índice de Rugosidad Internacional, IRI.

Sostiene la demandante que Serviu RM habría informado dos formas distintas de medición de este factor, una, más costosa, en las Bases Técnicas del proyecto, y otra, menos costosa, en la Adición N° 3 sobre Especificaciones Técnicas de Hormigón; y que se ajustó a esta última por ser posterior.

Señala que sobre este particular debe considerarse que las Bases Técnicas, que inciden en todo el contrato, insertas dentro de los Antecedentes del Contrato (Punto 4, Plan de Autocontrol de Calidad de las Obras), establecen claramente que esta medición se haría cada 20 metros de pavimento, que fue justamente lo que se le exigió a la demandante, no siendo efectivo que Serviu RM hubiera modificado dichas Bases Técnicas en este punto. Por consiguiente, no son atendibles sus argumentaciones en esta materia, ningún incumplimiento de obligaciones es atribuible al Serviu RM, y menos a su parte, y ninguna compensación o pago debe efectuarse en su favor.

9°.- Incumplimientos relacionados con solicitudes de aceleraciones de obras.

Afirma la demandante también que Serviu RM le formuló "solicitudes de aceleración" que implicaron un mayor costo para ella que no le ha sido pagado de conformidad al artículo 89 del DS N° 236, de 2002, (V. y U.), dando como ejemplo la supuesta petición de entrega anticipada del tramo I y III, la habilitación del tramo 1 y puesta en servicio del tramo 3.

Sin embargo, debe considerarse que en tales situaciones las instrucciones entregadas por la ITO, de acuerdo a sus atribuciones, no correspondieron a "solicitudes de aceleración" del proceso constructivo, sino que a obtener el término de obras de calzada sin ejecutar, por interferencias de servicios de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo anterior, no cabe aplicar la norma legal antes referida, por lo que el Serviu RM no ha incumplido ninguna obligación, y menos su parte.

10.- Incumplimientos relacionados con la existencia de obras extraordinarias.

Indica la demandante que las obras adicionales del contrato de autos se vieron impactadas por los mismos supuestos incumplimientos relativos a la existencia de interferencias, demoras en el traslados de servicios y demás, que da por expresamente reproducidos para estos efectos, haciendo especial hincapié en que lo que pretende no es el pago de las obras adicionales o los aumentos de obra, sino, que los perjuicios consistentes



«RIT»

Foja: 1

sobrecostos y mayores gastos generados por la supuesta imprevisión y negligencia fiscal. La pretensión anterior carece de todo sustento jurídico.

Señala que las obras públicas presentan normal y habitualmente dificultades y demoras no previsibles en la fase de proyecto, que requieren de modificaciones de contrato a fin de agregar obras extraordinarias, y aumentar el plazo de ejecución y los mayores gastos que requieran. Es precisamente lo que las partes acordaron mediante las sucesivas modificaciones de contrato mencionados, seis en total, en la cuales no sólo se pactaron obras extraordinarias sino que además se amplió el plazo para la entrega de la obra y se aumentaron los valores a pagar a la demandante, los que esta percibió oportunamente y en su totalidad.

Concluye que es inaceptable que la demandante pretenda imponerle a su parte, unilateralmente, por la vía judicial, un aumento del precio de la obra, al margen del contrato y sus modificaciones, y de las normas que lo regulan, bajo la figura de una acción de indemnización de perjuicios, fundada en supuestos incumplimientos contractuales del Serviu que son absolutamente inexistentes.

Expone que las obras extraordinarias que correspondía realizar de acuerdo al contrato, la ley y el reglamento, fueron objeto de oportunas modificaciones de contrato, pactadas de común acuerdo por las partes, y pagadas a la demandante. Por lo demás, en todas ellas se estipuló que las modificaciones no darían derecho a la demandante a cobrar reajustes, mayores gastos generales ni indemnizaciones, por sobre los pactados.

De acuerdo a lo anterior, ningún incumplimiento de contrato puede atribuirse al Serviu RM, y tampoco a su parte, por las obras extraordinaria pactadas y ya pagadas íntegramente a la demandante.

Indica que es importante destacar que en el N° 6, letra d), de lo resolutivo de la Resolución N° 921, de 30 de noviembre de 2006, aceptada por la demandante ante Notario, y que constituye el contrato de la obra de autos se estipuló expresamente respecto del contratista: "Que no tiene derecho a cobrar indemnización al Serviu Metropolitano ni podrá pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por las alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente, ni por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato".

Asimismo, en todos los convenios modificatorios o Ad-Referéndum sobre aumentos de plazo, obras y gastos generales, la demandante suscribió, sin excepción alguna, una renuncia expresa a reajustes, indemnizaciones y mayores gastos generales a que tuviere o pudiere tener derecho con motivo de las respectivas modificaciones, como se comprueba de su texto.

Manifiesta que todo lo anterior, en perfecta coherencia con la circunstancia de que, tal como se estipuló en la Resolución N° 921, de 30 de noviembre de 2006, antes citada, el contrato se suscribió bajo la modalidad de "suma alzada", cuyo efecto es, precisamente, como indiqué



«RIT»

Foja: 1

arriba, que el constructor se obliga a ejecutar la obra a cambio de una suma única de dinero y nada más.

En consecuencia opone formalmente a la demanda la excepción de renuncia del derecho a mayores gastos generales, reajustes e indemnizaciones en relación con la obra pública de autos, formulada por la demandante - conforme lo autoriza el artículo 12 del Código Civil-, tanto en el contrato de construcción como en cada una de sus modificaciones o convenios Ad-Referéndum.

Afirma que el contrato fue modificado para incorporar todos los aumentos de obra, plazo y gastos generales que legal y técnicamente procedían.

Manifiesta que el contrato de autos experimentó seis sucesivas modificaciones, las que tuvieron por precisa finalidad hacerse cargo de todos los aumentos de obra que durante su ejecución se fueron presentando como indispensables, así como también de todas las interferencias que implicaron un retraso del plazo del contrato, y que, de común acuerdo, las partes estimaron justificados y conformes con las características de la obra, los antecedentes de la licitación y la normativa aplicable.

Por consiguiente, los mayores valores que ahora pretende la demandante por concepto de gastos generales y sobrecostos, partidas o ítems distintos y montos superiores a los pactados en el contrato y sus modificaciones, debieron ser planteados por ella a su contraparte, el Serviu RM, durante la ejecución del contrato y a través del correspondiente procedimiento reglamentario.

Afirma que resulta pues absolutamente improcedente que la demandante pretenda obtener ahora, después de cumplido el contrato por ambas partes y al margen de dicho procedimiento, por vía judicial, un aumento del precio del contrato y sus modificaciones, por sobre lo pactado, aumento que sólo han podido añadir ambas partes durante su desarrollo y de común acuerdo.

Se infiere de lo anterior que esta pretensión de la demandante padece de una evidente falta de oportunidad, además de constituir una flagrante infracción a la ley del contrato, al que se entienden incorporadas todas las normas legales y reglamentarias que lo regulan.

Alega la improcedencia de la acción de cumplimiento de un contrato ya extinguido.

Señala que la acción de cumplimiento forzado de contrato que reconoce el artículo 1489 del Código Civil, supone que el contrato esté vigente, o lo que es igual, que sus obligaciones no se han extinguido por alguno de los modos que el artículo 1567 del mismo cuerpo legal expresamente establece.

Manifiesta que de acuerdo a este artículo 1567 del Código Civil, las obligaciones

4se extinguen, entre otros modos, por "1º.- La solución o pago efectivo", siendo "el pago", seg
el artículo 1568 del mismo código, "la prestación de lo que se debe".

Indica que se trata de un contrato de obra pública cuyas obligaciones fueron cumplidas íntegramente
y oportunamente por ambas partes que lo suscribieron, esto es, la demandante y el Ser



«RIT»

Foja: 1

RM, de manera tal que se extinguió por el pago o prestación de lo debido, sin que sea posible jurídicamente exigir su cumplimiento forzado.

Señala que los supuestos incumplimientos contractuales que la demandante le atribuye al Serviu RM, no son tales. Y tan cierto es que el Serviu RM cumplió cabal y oportunamente con sus obligaciones para con la demandante, que esta pudo concluir las obras encomendadas, dentro del plazo estipulado en el contrato y sus modificaciones, y a plena satisfacción de aquél, tal como lo demuestra el "Acta de Recepción de Obras de Pavimentación" que ambos suscribieron el 28 de mayo de 2010, en la que se consigna expresamente que la demandante concluyó la obra y solicitó dicha recepción el día 17 de mayo de 2010, último día del plazo.

Alega además que su parte, el Fisco de Chile, en calidad de "mandante", cumplió cabal y oportunamente con la única obligación que contrajo con su "mandatario", el Serviu RM, la de pagar todos y cada uno de los "Estados de Pago" que este le formulara como precio de la obra, en favor del contratista demandante. Tan cierto es que su parte en calidad de mandante y financista pagó íntegramente el precio de la obra, que la demandante no cobra en su demanda ningún "Estado de Pago" pendiente, que le haya formulado el Serviu RM y que su parte haya dejado de pagar.

Alega que la demanda debe ser rechazada entonces por no cumplirse con el requisito legal - y por lo demás, lógico - que establece la primera de las citadas normas legales, esto es, que existan obligaciones vigentes, y, además, incumplidas, única situación en la que puede pedirse su cumplimiento forzado.

Manifiesta que el Fisco de Chile no ha reconocido a la demandante mayores gastos generales.

Afirma la demandante en su demanda que el Fisco de Chile, en el Decreto Supremo Exento N° 8, de fecha 25 de enero de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que autorizó a transigir al Serviu RM, le "reconocía adeudar la suma de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales".

Señala que lo anterior sin embargo no es efectivo por cuanto el citado acto administrativo no tuvo por objeto efectuar por parte del Fisco de Chile reconocimiento de deuda alguna, sino, como puede leerse en su parte resolutive, únicamente autorizar al Serviu RM para "transigir judicialmente con la demandante "en los términos de que da cuenta la propuesta de bases de transacción antes singularizada, reseñados en el considerando d) precedente".

Pues bien, en "el considerando d) precedente" se consigna de manera expresa, en su primer numeral, lo siguiente: "1°.- El Serviu Metropolitano reconoce adeudar a Kodama Ltda. la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales".

Afirma que queda claro entonces que en dicho decreto supremo el Fisco de Chile reconoció ninguna deuda en favor de la demandante, como equivocadamente sostiene, sino que fue el Serviu RM quien lo hizo, órgano distinto del Fisco de Chile, en la propuesta de bases de transacción que elevó a la Sra. Ministra de la época.



«RIT»

Foja: 1

Sostiene que mal podía el Fisco de Chile reconocer deuda alguna, desde que su obligación como mandante del Serviu RM y financista de la obra, ya la había cumplido a esa fecha, íntegra y oportunamente, pagando todos y cada uno de los Estados de Pago que este último servicio le formuló.

Agrega como la propia demandante admite en su demanda, con fecha 2 de agosto de 2010, es decir, varios meses después de que la demandante entregara la obra dentro del plazo convenido lo (17 de mayo de 2010) y de haber sido recibida conforme por el Serviu RM (26 de mayo de 2010), aquella presentó a este último una solicitud de mayores gastos generales y sobrecostos por monto de \$ 21.447.418.000.-, reiterada por presentación de 25 de agosto de 2010. Solicitud fundada en las mismas interferencias y retrasos que menciona en su demanda, es decir, por expropiaciones, cambios de servicios, entrega de proyectos y demás. En un principio Serviu RM emitió la Resolución N° 134, de 16 de febrero de 2010, aprobando ese monto. Sin embargo, Contraloría General de la República no tomó razón de ella, sino que emitió un pronunciamiento específico mediante dictamen N° 49.348, de fecha 25 de agosto de 2010, por el cual objetó dicha cantidad, en razón de haber sido calculada tomando como base el monto total del contrato y no el de una etapa o sector con plazo parcial, como correspondía, acorde al artículo 90 del DS N° 236, de 2002, (V. y U.).

Agrega que además, precisó que sólo correspondía autorizar una ampliación de plazo de 90 días corridos, con derecho a percibir mayores gastos generales pero sólo por valor de \$ 95.348.129.-. Es así que, en mérito de este pronunciamiento, el Director del Serviu RM subsanó las observaciones y reingresó la Resolución N° 134, de 16 de febrero de 2010, el día 27 de Septiembre de 2010, siendo tomada razón el 6 de octubre de 2010, por la cual aprobó dicha ampliación de plazo y dispuso el pago de mayores gastos generales por la cifra indicada, la que fue íntegramente pagada a la demandante.

Ante esta decisión, la demandante reaccionó el 15 de diciembre de 2010 presentando una demanda en contra del Serviu RM, por los mismos conceptos y fundada en las mismas interferencias y retrasos que hace valer en esta causa. Pero esta vez por un monto muy superior de \$ 41.556.630.908.-, más IVA, reajustes, intereses y costas, la que se tramitó ante el 10° Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N° C-27.734-2010. Este juicio terminó por una irregular transacción extrajudicial en la que Serviu RM aceptaba pagar la suma de 774.775 UF, equivalentes a \$ 16.614.654.739,75 de la época. Transacción que su parte, el Fisco de Chile, impugnó de nulidad absoluta por contravenir el derecho público chileno, en causa rol N° C-18.714-2011, seguida ante el 16° Juzgado Civil de Santiago.

Indica que la sentencia de primera instancia acogió la demanda fiscal y anuló la transacción, decisión confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Agrega que contra esta última decisión la demandante de autos dedujo recurso de casación en el fondo cuya vista está pendiente ante la Excma. Corte Suprema bajo el ingreso N° 2.581-201

En síntesis, su parte, el Fisco de Chile no ha reconocido deuda alguna en favor de la demandante, como ella equivocadamente afirma.



«RIT»

Foja: 1

En subsidio de la acción principal de cumplimiento forzado del contrato de autos, y para el caso de que el Tribunal considere que no hay otras prestaciones pendientes emanadas de él como no sea el resarcimiento de los perjuicios demandados, basada en los mismos hechos que relata respecto de la acción principal, la demandante interpone una acción de indemnización de perjuicios que califica de "autónoma" - es decir, desprendida absolutamente del contrato que la vinculó con el Serviu RM y en virtud del cual ejecutó la obra pública de autos y percibió el precio correspondiente -, destinada a obtener el mismo resultado de su acción principal el pago adicional de \$ 19.418.010.063.-, más IVA, reajustes e intereses corrientes y costas.

Afirma que tal pretensión sin embargo debe ser rechazada en definitiva, por contravenir el hecho cierto de la existencia del contrato de autos, admitido y argumentado por la propia demandante en su demanda, y, además, por apartarse del régimen de responsabilidad contractual que es el que resulta aplicable al caso de autos.

Manifiesta que no es aceptable entonces que se haga valer una acción indemnizatoria como si el contrato no hubiese existido, al margen de lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil, que ella misma invocó como sustento de su acción.

Por otra parte, de acuerdo a nuestro derecho vigente, el deber que tiene una persona de indemnizar o compensar a otra sólo puede encontrar sustento en dos fuentes, a saber: en una obligación preexistente emanada de la ley, el contrato o el cuasicontrato, o bien, en un hecho doloso o culposo que ha causado daño sin que exista una obligación preexistente entre el autor del daño y quien lo ha padecido. Añade que parte de la doctrina y alguna jurisprudencia se han inclinado por aceptar, tratándose de responsabilidad médica y de algunos contratos distintos de los de obra pública, como los de transporte, que la persona que ha soportado el perjuicio proveniente de su incumplimiento tenga el derecho de optar o elegir la vía por la cual obtener reparación. Pero tal posibilidad no está reconocida en el derecho vigente, ninguna norma legal otorga ese derecho de opción, de manera tal que si una persona ha experimentado un daño como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente, sólo puede sustentar su acción indemnizatoria en el régimen de la responsabilidad contractual.

Indica que es demostración de esta falta de sustento normativo es la circunstancia de que la demandante no invoca en su demanda norma legal alguna en respaldo de esta pretensión subsidiaria.

Señala que aceptar este supuesto derecho de opción o concurrencia de responsabilidades en los contratos de obra pública, implicaría una absoluta pérdida de sentido de todas las normas legales y reglamentarias de derecho público que los gobiernan y son parte integrante del mismo contrato, en materias tan esenciales como la previsibilidad de los daños, la culpa de que se responde, la carga probatoria y la prescripción de las acciones.

Por consiguiente, cualquier indemnización de perjuicios a que pudiera tener derecho el demandante sólo podría fundarse en el supuesto incumplimiento del contrato de autos.



«RIT»

Foja: 1

Afirma que corresponde el rechazo de esta acción de la demanda por existir un contrato -que es ley para las partes - que ha regulado sus respectivas responsabilidades en relación con la obra pública de autos, del que la demandante no puede jurídicamente desentenderse a su conveniencia, y bajo cuyas normas debe ser resuelta la litis.

Alega la improcedencia de la acción in rem verso.

Señala que en subsidio de las acciones antes mencionadas, y para el caso de que ellas no fueren acogidas, la demandante interpone una acción restitutoria de enriquecimiento sin causa o de in rem verso, que sustenta en los mismos hechos que relata respecto de la acción principal, los que da por reproducidos - con exclusión de lo relativo al derecho -, destinada a obtener también el mismo resultado de las anteriores: el pago adicional de \$19.418.010.063, más IVA, reajustes e intereses corrientes y costas.

Señala la demandante que la obra adquirió un enorme valor introducido con sus recursos, los que no habrían sido comprendidos en los Estados de Pago que percibió. Se habría generado así un desequilibrio patrimonial antijurídico, un enriquecimiento injusto para su parte con cargo al empobrecimiento correlativo de su patrimonio.

Expone que si bien nuestro derecho vigente no consagra norma legal que establezca el enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones, es efectivo que diversas soluciones jurídicas que regula se hallan inspiradas en él, en el sentido de impedir que una persona se enriquezca a expensas de otra sin una causa justificada. Es el caso, por ejemplo, de los cuasicontratos.

Sostiene que en todo caso, para que proceda tal acción no basta con que haya un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de otra, efecto propio de todo contrato gratuito u oneroso, sino que es indispensable - y esto es lo esencial -, que ese enriquecimiento sea injusto, o sea, que carezca de una causa legítima. Exigencia esta última que en la especie no concurre desde que el pretendido enriquecimiento fiscal ha tenido por causa un contrato de obra pública y el correlativo desembolso de un precio que el Fisco de Chile pagó por la ejecución de esa obra; contrato y pago perfectamente legítimos.

Alega que hay pues un título y un pago que justifican ese enriquecimiento.

Además, el contrato de autos es indudablemente conmutativo, esto es de aquellos en que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que "se mira" como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, cuestión subjetiva que descarta la equivalencia matemática de las prestaciones.

En la especie, la propia demandante reconoce en su demanda que el precio pactado por la ejecución de la obra consistía en una "suma alzada", o sea, en un precio fijo, y no variable según costos determinados por el constructor. Por la misma razón no cabe invocar ningún desequilibrio financiero del contrato.

Que en relación con los distintos dictámenes de Contraloría General de la República que la demandante cita en esta parte en favor de su acción, debe tenerse especialmente en cuenta



«RIT»

Foja: 1

que, este órgano de control emitió uno específico para el caso de autos, relativo justamente a los mayores gastos generales y sobrecostos solicitados por la demandante, por el cual autorizó una ampliación de plazo de 90 días corridos con derecho a mayores gastos generales por \$95.348.129.- los que también le fueron íntegramente pagados a la demandante.

Existiendo entonces un pronunciamiento específico sobre mayores gastos generales de la obra de autos, debe estarse a él para la resolución de la presente litis.

Concluye que se debe rechazar también esta acción por no existir ningún enriquecimiento injusto o sin causa legítima en favor de su representado.

Alega la inexistencia de los supuestos perjuicios demandados.

Señala que los daños supuestamente causados a la demandante, como consecuencia de los incumplimientos contractuales que atribuye a su parte, y que, a su parecer, debería indemnizarle, no son tales; puesto que lo que ella llama "daños", en realidad, no son otra cosa que sobrecostos que exceden el precio fijo pactado por la ejecución de la obra, que ha debido y debe asumir y solventar sin derecho alguno a restitución o reembolso, atendida la modalidad a "suma alzada" del precio estipulado en el contrato de autos.

En efecto, a la demandante correspondía realizar todas las acciones y desembolsar todos los gastos necesarios para el cabal y oportuno cumplimiento del contrato, considerando que las demoras y obras extraordinarias necesarias para ello fueron oportuna y debidamente pactadas por las partes, de modo que, las sumas que hoy pretende que se le paguen como indemnización de perjuicios, debió asumirlas a su costo como parte de las obligaciones que contractualmente debía cumplir, por lo que no hay ningún perjuicio que haya experimentado que le deba ser indemnizado con motivo del contrato cuyo cumplimiento pide.

Manifiesta que resulta improcedente el del pago de intereses corrientes según lo ha reconocido la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Que a fs. 271 la parte demandante evacúa la réplica, ratificando los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda.

Indica que el contrato de obra pública celebrado por su representada que origina esta vía jurisdiccional, supuso para las partes determinadas prestaciones ordenadas a alcanzar la finalidad tenida en vista al contratar, cuál era la ejecución de obras públicas en beneficio de la comunidad, consistentes en uno de los principales ejes del Transantiago, como corredor de buses, conectando así las comunas de Santiago, Pedro Aguirre Cerda, Cerrillos y Maipú, comunas que corresponden a un alto porcentaje de la población de Santiago. A tal fin las partes contrajeron derechos y obligaciones recíprocas al tiempo de nacer el contrato obligaciones que cualifican jurídicamente a dicho acto jurídico como un contrato oneroso conmutativo.

Agrega que por otra parte su parte no cobra el precio acordado del contrato ni el pacto por obras extraordinarias o adicionales, si no que pretende la indemnización de perjuicios por



«RIT»

Foja: 1

los incumplimientos contractuales de la contraria que afectaron de tal manera las obras, que derivó en una obra diferente y por lo tanto en un contrato diferente, por la ruptura total del equilibrio de las prestaciones._

Manifiesta que estos son puntos de partida fundamental, y respecto de lo cual el Fisco no se pronuncia, puesto que la esencia de este tipo de contratación radica en que su decurso y el resultado del fin buscado por las partes, supone y requiere en todo momento de un equilibrio patrimonial derivado de su conmutatividad y basado en su onerosidad. Más aun, tratándose de la natural asimetría existente cuando los particulares contratan con un ente poderoso como la Administración del Estado.

Añade que nada de lo que señala la demandada logra explicar la brutal ruptura de ese equilibrio económico en que devino esta contratación en perjuicio de su parte y en beneficio de aquel. Lo más grave es que, con total displicencia, el ente fiscal pretende sostener que todos sus incumplimientos y negligencias, generadores de perjuicio al contratista, se encontrarían amparadas por el precio de la suma alzada. Es decir, si se contratan las características del contrato original con el resultado, esto es, que una obra prevista para ser ejecutada en 336 días, se extiende a 1.235 días por causas no imputables a Kodama, y mucho más grave que ello, es que el presupuesto original de estas obras de \$ 25.371.058.061 se elevó a más de \$60.000.000.000. Sin embargo, para el Fisco todo estaría cubierto por la suma alzada, sin que ello altere el contrato originalmente convenido, conclusión evidentemente inaceptable.

Lo anterior demuestra más allá de toda consideración, que los términos y supuestos técnicos y jurídicos bajo los cuales se licitaron estas obras resultaron ser groseramente errados, lo que no es de extrañar atendido que el proyecto Transantiago en su conjunto ha manifestado el mismo grado de improvisación y perjuicios a la comunidad toda. Más allá de las causas e imputabilidad de los hechos que condujeron a tal descalabro y desequilibrio económico, en los que se abundará más adelante, lo concreto es que a virtud del mismo, indica que su parte sufrió un severo perjuicio patrimonial, imprevisible conforme a estándares de conducta razonablemente exigibles a un contratista. Lo anterior en el contexto de una relación que debió estar inspirada por la razonabilidad, la justicia y el mutuo beneficio, la que resultó muy lejana de esas características, deviniendo sencillamente en abusiva.

Pareciera que la sinrazón fiscal pretende que Kodama, a pesar de ser una empresa de ingeniería altamente especializada, con más de 22 años de experiencia en el rubro, voluntaria e irracionalmente contrató para obtener como resultado su propia ruina económica, y supuestamente no realizar los estudios y análisis que las obras en licitación requerían tiempo de efectuar su oferta. El Fisco pretende con ello desentenderse de su propia responsabilidad y, como siempre ocurre, mirando para el lado, haciendo aparecer a su parte como la única responsable. Eso no es así, puesto que como se ha señalado, las causas de es



«RIT»

Foja: 1

dañoso descalabro son de plena responsabilidad del Fisco, y ello justifica desde luego interposición de la acción de cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, fundada en los groseros incumplimientos de la contraria y en subsidio las-peticiones de indemnización de manera autónoma al igual que la acción in rem verso.

Incluso si en un extremo no se diere por configurado el incumplimiento Fiscal, el resultado no sería sustancialmente diferente, pues nada justificaría el enriquecimiento del Fisco de \$ 19.418.010.063 (más IVA) a costa del patrimonio de su representada, razón que sustenta la referida acción in rem verso ejercida subsidiariamente en autos.

Añade que su parte no busca ni pretende lucrar indebidamente, sino simplemente que se restablezca el antes referido equilibrio patrimonial. Y esto, como lo señala la jurisprudencia y la doctrina, no implica restar valor al artículo 1545 del Código Civil que consagra el principio del pacta sunt servanda (el contrato es ley para las partes), sino su reafirmación, desde que da a las partes la posibilidad de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al prestar su consentimiento en este contrato.

Que en relación a la argumentación fiscal referente a los efectos del Convenio Mandato suscrito entre el Ministerio de Obras Publicas y el Serviu Metropolitano.

Que en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Fisco de Chile manifiesta que los argumentos dados no sólo por que contraviene expresamente las normas del ordenamiento jurídico.

Agrega que al interponer la demanda de autos, en atención a no existía acuerdo entre el Serviu y Kodama en los montos que debían ser indemnizados a Kodama por los incumplimientos Fiscales, (no así en la existencia de los incumplimientos imputables al mandante de la obra) se inició demanda en contra del Serviu ingresada bajo el Rol C- 27.734-2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago.

Hace presente que dicha demanda fue iniciada en contra del Serviu Metropolitano, toda vez que tal como se ha señalado dicho órgano fiscal era el mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad, de la Dirección General de Obras Públicas y del Ministerio de Obras Públicas para estos efectos. El procedimiento iniciado con motivo de esa demanda, fue terminado consensuadamente por las partes, mediante un contrato de transacción contenido en la escritura pública de fecha 25 de Enero de 2011, bajo el N° de Repertorio N° 2896 otorgado en la Notaría de Santiago de María Gloria Acharán Toledo, la que fuera aprobada en su oportunidad por el tribunal.

Agrega que en relación a dicha transacción, el Fisco de Chile inició una demanda de nulidad en contra tanto del Serviu como de Kodama, seguida ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol: C-18.714-2010, acción en la cual el Fisco de Chile ha sostenido precisamente lo contrario a lo que abusivamente sostiene en autos. A diferencia de lo que hoy sostiene, el Fisco de Chile ha señalado la existencia de un mandato con representación, es decir que todos los efectos del contrato se radican en el mandante Fisco de Chile en circunstancia que en estos autos sostiene lo contrario.



«RIT»

Foja: 1

Para mayor claridad de lo expuesto, en la demanda de nulidad de la transacción intentada por el Fisco de Chile, éste ha sostenido de manera textual: "Cuestión fundamental en el tema es que las actuaciones del Serviu RM, circunscritas a la contratación y control de las obras, comprendiendo labores administrativas y técnicas de licitación y contratación así como la supervisión especializada y la fiscalización de la ejecución de las mismas conforme a su legislación y reglamentación especial, lo fueron en carácter de simple mandatario".

"Desde luego se hizo creer que la transacción ponía término a un juicio propio de Serviu RM, en circunstancias que era un hecho evidente que el organismo no actuó ni podía actuar por sí en el contrato de construcción de obra y tampoco pudo hacerlo en un juicio que derivaba de esa misma relación concertada por Serviu RM como mandatario del Fisco-Dirección Nacional de Vialidad del MOP en virtud del Convenio Mandato..."

"La facultad de transigir que a los Serviu confiere el artículo 17, letra m) del DS 355 (Ministerio de V. y U.) de 1976, que aprueba el Reglamento Orgánico del Serviu, no legitima su actuación en este caso por cuanto está referida a litigios o a juicios en que Serviu haya sido parte, o sea, sobre asuntos propios suyos y no en los que actúa en interés y para otra entidad pública como mandatario en virtud de la Ley 18.091.

"Esta afirmación se encuentra categóricamente desmentida por el texto del Convenio Mandato y sus modificaciones, que demuestran que el contrato de construcción lo suscribió en calidad de mandatario, esto es por cuenta y riesgo de su mandante, la Dirección Nacional de Vialidad, dueña y financista de la obra".

"En la especie, Kodama, desde el llamado a licitación de la obra, y, obtenida ella en virtud de la Resolución N° 921, de 3 de noviembre de 26, del Director del Serviu RM que le adjudicó la construcción del referido Terminal, supo absolutamente que el licitador o adjudicante actuaba como mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad y no a nombre propio. Así fue abiertamente declarado y publicitado, por lo que el encargo no constituía un mandato secreto, reservado o fiduciario".

Advierte que lo señalado por el Fisco de Chile en autos, esto es la existencia de un mandato sin representación entre la Dirección de Vialidad y el Serviu RM, es precisamente lo opuesto a lo señalado por el mismo Fisco de Chile en otro juicio, esto es que el Convenio mandato suscrito entre la Dirección Nacional de Vialidad y el Fisco de Chile, es un mandato con representación. La posición fiscal en autos es acomodaticia y artificial y sólo pretende que su parte no sea indemnizada de los enormes perjuicios sufridos. Al mismo tiempo la posición fiscal repugna a la teoría de los actos propios, ampliamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia.

Concluye que el Fisco de Chile no puede ahora alegar la existencia de un mandato sin representación o mandato a nombre propio, si antes en relación a los mismos hechos había señalado que existe un mandato con representación, postura que precisamente es la que ha forzado a nuestro representado a entablar la presente acción en contra del Fisco de Chile en



«RIT»

Foja: 1

resguardo de sus intereses y para evitar precisamente la prescripción de las acciones de cumplimiento e indemnización de perjuicios.

Indica que resulta absolutamente artificial la argumentación fiscal en cuanto que el contrato de obra pública fue suscrito por el Serviu RM, órgano público autónomo o descentralizado, que tiene personalidad jurídica, patrimonio y representante legal propios, y no por el MOP, dando a entender que por ese sólo hecho el mandato sería sin representación y por consiguiente resultaría obligado frente a nuestro representado sólo el Serviu RM. Esta argumentación resulta no sólo artificial sino también falaz. El hecho que el mandatario, en este caso el Serviu RM, sea un órgano con personalidad jurídica propia, en nada afecta los efectos del mandato con representación en cuanto a la radicación de los derechos y obligaciones en el mandante. En efecto la totalidad de los mandatos se confieren a personas naturales o jurídicas, independientes del mandante con patrimonio propio y demás atributo de la personalidad propios, como claramente ocurre en un mandato conferido entre personas naturales, razón por la que dicha circunstancia no constituye argumento alguno para acreditar un mandato sin representación.

Por otra parte no puede el Fisco de Chile, contrariando lo ya sostenido en otro juicio acerca de los mismos hechos, que la Dirección de Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas sólo contrajo la única obligación de financiar íntegramente la obra proveyéndole de los recursos monetarios necesarios para pagar los Estados de Pago que el Serviu RM le presentara y que dicha obligación sea sólo en beneficio dicho órgano. Ese sólo hecho no es indiciario de un mandato sin representación, en efecto dentro de las obligaciones del mandante por disposición expresa del artículo 2158 del Código Civil se encuentra precisamente la obligación del mandante de "proveer de lo necesario para la ejecución del mandato", es decir, la obligación de proveer los fondos para pagar la ejecución de la obra encargada es una obligación del mandante e inherente al mandato, con o sin representación.

En consecuencia no cabe duda que el mandante Dirección de Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas ha quedado obligado respecto de Kodama, y ello no ha ocurrido en virtud del mandato, que es una relación eminentemente contractual, si no que ocurre en virtud de la representación.

Alega que ha quedado acreditado que la alegación fiscal en relación a la falta de legitimación pasiva, no es más que un artilugio de la contraria para impedir el pago a nuestro representado de una legítima indemnización de perjuicios, llegando al extremo de desconocer los efectos del Convenio Mandato que han sido defendidos por el mismo ente fiscal, con vehemencia y contradictoria extrema ante otros tribunales de la República.

III.- En relación a la argumentación fiscal referente a que el Fisco de Chile no ha contraído las obligaciones cuyo cumplimiento se pretende, y que como consecuencia ello no tendría obligación de indemnizar.



«RIT»

Foja: 1

Señal que olvida la contraria que lo pretendido por su parte es el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios en cuanto el artículo 1591 del Código Civil dispone que "el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban". En consecuencia la contraria sólo cumple el contrato que lo vincula jurídicamente con Kodama, quedando liberado de la deuda si es que da debida satisfacción la misma, no sólo en cuanto al pago del precio si no que en cuanto al pago de las indemnizaciones debidas, con arreglo al referido artículo 1591 del Código Civil.

Al mismo tiempo olvida el Fisco de Chile que "a diferencia de lo que ocurre tratándose de la responsabilidad proveniente de un delito o cuasidelito cometido por el mandatario, el mandante es responsable de los perjuicios que se sigan del incumplimiento de lo pactado.

Ello por expresa disposición del artículo 2160 del Código Civil que señala: "El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Será sin embargo obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas en su nombre".

Es del caso que el mandante sólo podría exonerarse de responsabilidad alegando y acreditando la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo no es el caso de lo ocurrido en autos. Los incumplimientos del Serviu RM no tienen dicho carácter, precisamente desde que la intervención de éste como mandatario en la ejecución del contrato ha sido obra de un hecho voluntario y querido por el mandante

Así las cosas, no cabe duda alguna que el Fisco de Chile debe responder de los graves incumplimientos fiscales, y como consecuencia de ello indemnizar los perjuicios producidos a su representada.

IV.- Del deber de diligencia, base del incumplimiento contractual.

Alega que el Fisco asume una posición máximamente abusiva, pues plantea en la práctica que se trataría de un verdadero contrato de adhesión. Si bien esa es la impronta de actuación habitual de la Administración, por mucho que le pese, no puede desentenderse de que se trata de un contrato bilateral en que las partes contraen derechos y obligaciones recíprocas, contrato que además, como dijimos, tiene un carácter oneroso-conmutativo, lo que impone y supone no solo un pleno equilibrio patrimonial de las partes, sino también una impronta de actuación conforme a la buena fe. No debe olvidar el Fisco, que en este ámbito no actúa en ejercicio de su potestad de imperio como autoridad administrativa sino que como un contratante más, es decir en un plano de igualdad con su contraparte, que tiene derechos, pero también obligaciones que debe cumplir en forma leal y de buena fe.

Añade que no da cuenta de ese comportamiento, el pretender que, con una vaga e imprecisa información de las obras a ejecutar, con estudios incompletos, insuficientes o superficiales o con previsiones generales casi de "buena voluntad" contenidas en los antecedentes de la licitación, todos inductivos a error, se den por satisfechas sus obligaciones contractuales y específicamente su deber de conducta.



«RIT»

Foja: 1

Tampoco da cuenta de la buena fe Fiscal, el desconocer la realidad que fue develada en el desarrollo de las obras y que evidenció la necesidad de realizar estudios, proyectos, análisis, adquisición de terrenos, obras complementarias y extraordinarias y nuevas obras, mucho más allá de lo que pudo preverse con los antecedentes originales de la contratación, negándose a solventar los impactos de esas variaciones sustanciales en el patrimonio del contratante, empíricamente demostrables. Esa realidad demostró -como se señaló- que las obras que el Fisco licitó requirieron invertir casi el triple de los recursos estimados y más del triple del plazo para ejecutarlas.

Manifiesta que el contrato de suma alzada requiere que una invariabilidad de obra, la que debe quedar determinada en un inicio, sin que pueda permanecer a discreción del mandante determinarla, cuantitativa y cualitativamente durante el curso de los trabajos, ya que ambas partes han pactado una equivalencia entre las obligaciones que cada una de ellas ha asumido en relación a la otra. Por otro lado, Kodama participó activamente en el proceso de licitación precontractual de estas obras fundada en su experticia, efectuando los estudios pertinentes que le eran dables de ser razonablemente exigidos, realizando las consultas del caso. Con base en ello formuló su oferta, siéndole en definitiva adjudicadas las obras. Tratándose de un contrato establecido en beneficio de ambas partes, el deber de conducta y diligencia de Kodama de conformidad al artículo 1547 del Código Civil es el que corresponde a la que emplean ordinariamente los hombres en sus negocios propios de acuerdo al artículo 44 del mismo Código. Con base en ese deber de conducta, y confiado en que la contraria a su turno actuaría en forma responsable y de buena fe suministrando información fiel, exacta y oportuna en relación con los antecedentes técnicos y jurídicos de las obras a ejecutar, su parte decidió concurrir a la licitación adoptando aquellas previsiones y recaudos razonables, que un buen padre de familia, en idénticas circunstancias habría adoptado.

Por ello es evidente que la falta de previsibilidad que el Fisco imputa a Kodama, era exigible pero sobre bases razonables y no exigiendo una conducta previsora desmedida que habría resultado francamente rayana en la paranoia al tiempo de la adjudicación de las obras. Es obvio que si se hubiera exigido tal nivel de previsora fantasía, ninguna empresa se habría presentado a la licitación y menos Kodama. En cualquier escenario, el Fisco habría tenido que pagar lo mismo, pues los costos de esta obra pública, habrían sido aquellos que la realidad ha demostrado que, más casi triplican el costo determinado al inicio del contrato.

Alega que no puede pretender el Fisco, como así lo afirma, que con el pago de los estados de avance y obras referidas, habría pagado todo lo que debía a Kodama. Debe nuevamente recordársele al Fisco, lo dispuesto en el artículo 1591 del Código Civil, que en su inciso segundo establece: “El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”. Con base en esta clara disposición legal, el Fisco jamás podrá tendrá por cumplidas sus obligaciones, mientras no pague íntegra y exactamente las indemnizaciones que debe a Kodama, y que son materia de esta vía jurisdiccional.

Del mismo modo el Fisco sostiene que su representada pretende imponerle, unilateralmente por la vía judicial un aumento de precio de la obra, al margen del contrato y modificaciones.



«RIT»

Foja: 1

Afirma que Kodama no pretende aumentar el precio del contrato, simplemente pretende ser indemnizado de los perjuicios causados por los incumplimientos contractuales de la contraria, incumplimientos múltiples y grotescos que rayan en la mala fe según se expuso en la demanda y se reitera nuevamente en esta etapa procesal. No está de más recordarle al Fisco que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil, le corresponde la carga de probar que ha actuado con la diligencia y cuidado que le era exigible en relación al contrato sub iudice.

Finalmente, buscando nuevamente su exculpación, el Fisco en forma oportunista intenta imputar una serie de atrasos y supuestos incumplimientos de Kodama, para configurar un presunto cumplimiento tardío e imperfecto de sus obligaciones. Controvierte todas y cada una de las afirmaciones Fiscales, señalando que toda supuesta demora y tardanza en la ejecución de determinadas tareas tuvo como causa fundamental la necesidad de ejecutar obras no previstas y programadas que modificaron y alteraron radicalmente la naturaleza, condiciones, extensión y costos de estas obras, reiteramos, basados en la total e inexcusable negligencia fiscal. Se invocan atrasos, pero se olvida el Fisco que independiente de la cantidad de recursos que Kodama pudiese haber invertido en las obras, cada peso extra le generaba más pérdidas, puesto que no se podía avanzar, dado que la cantidad de interferencias era tal — según se acreditara en la etapa procesal correspondiente- y afectaba la ruta crítica, que mi parte sufrió los perjuicios que se señalaron en la demanda y que oportunamente se acreditarán.

V-. De la excepción de renuncia interpuesta.

En cuanto a la excepción interpuesta por el Fisco de Chile referente a la renuncia del derecho a mayores gastos generales, reajustes e indemnizaciones en la relación con la obra pública de autos, supuestamente formulada tanto en el contrato de construcción como en cada uno de los Convenidos Ad- Referéndum, debe ser expresamente rechazada por resultar manifiestamente improcedente.

La alegación fiscal en cuanto a que su parte "no tiene derecho a cobrar indemnización al Serviu Metropolitano ni podrá pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen", amparando dicha afirmación en la Resolución N° 921, alegación absolutamente inaplicable. Dicha alegación no sólo debe ser desestimada por que pretende amparar un brutal desequilibrio en las prestaciones de las partes-que deben mirarse como equivalentes-, sino que constituye una interpretación absurda de la referida cláusula, ello porque de la misma fluye sin lugar a dudas que la renuncia a las indemnizaciones se refiere a perjuicios generados por la ejecución de los trabajos (como por ejemplo si un trabajador se accidentara en la ejecución de la obra y el contratista se viera obligado a indemnizarlo, no pudiendo cobrar dicha indemnización a la contraria) pero por los incumplimientos contractuales del co-contratante.



«RIT»

Foja: 1

Por otra parte el Fisco de Chile opone excepción de renuncia del derecho a mayores gastos generales, reajustes e indemnizaciones, porque en su particular entender ello habría ocurrido en la firma de cada convenio modificadorio. Cabe hacer presente que en cada uno de los convenios ad referendum, por medio de los cuales se fue prorrogando el plazo de vigencia del Contrato, el Serviu exigió la inserción de la referida cláusula de renuncia. Pero olvida el Fisco que dicha renuncia, en caso de ser válida y aplicable al caso sub-lite, sólo podría afectar a aquellos casos en que la ampliación de plazo se encuentra fundada y se origina sólo en el acuerdo de nuevas y mayores obras, pero en caso alguno puede amparar la situación en que el mayor plazo se origina, otorga y pacta a consecuencia del incumplimiento del mandante en sus obligaciones contractuales, que son precisamente las que protege y regula el Artículo 92 inciso 2 del DS 236.

Manifiesta que se debe considerar que todos estos convenios son regularizaciones a posteriori que hace el mandante del plazo de vigencia del Contrato.

Sin perjuicio de esta renuncia impuesta, el tenor de esa cláusula en caso alguno produce el efecto de inhibir la presente demanda, por la sencilla razón que las renunciaciones de los derechos, para el caso de pretender interpretar que la inclusión de la cláusula señalada produciría tal consecuencia, deben ser expresas, específicas- no generales- y, por lo mismo, no se presumen, es decir, son excepcionales, y por lo tanto, de aplicación y de interpretación restrictiva. Todo ello se infiere de principios generales de Derecho los cuales, además, están refrendados en los artículos 1393, 1562 y 2462 del Código Civil. Por lo anterior, la extensión que debe dársele a la interpretación de dicha cláusula, es, por lo mismo restrictiva y no extensiva, relativa únicamente al punto sobre el que se refiere la renuncia y no otro.

VI.- En cuanto a la improcedencia de la acción de cumplimiento de un contrato supuestamente extinguido.

Al respecto pretende sostener el Fisco de Chile que las obligaciones del contrato habrían sido cumplidas íntegramente y que como consecuencia de ello de manera que el contrato se habría "extinguido" por el pago o prestación de lo debido sin que sea posible exigir su cumplimiento forzado.

Señala en primer término que los contratos no se extinguen, sino que se cumplen, reiterando que en estos autos se ha solicitado el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, amparados en la norma del artículo 1591 del Código Civil que dispone: "el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban". En consecuencia mientras no se encuentren pagadas las indemnizaciones, el contrato no se encuentra íntegramente cumplido.

VII.- En cuanto a que el Fisco de Chile no habría reconocido a la demandante Perjuicios.



«RIT»

Foja: 1

Indica que para fundamentar esta alegación la contraria reitera que quien reconoció adeudar la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento fue el Serviu RM y no el Fisco de Chile.

Afirma que el Fisco pretende abstraerse absolutamente de los efectos del mandato otorgado por ella al Serviu RM y abstraerse además de lo sostenido por en el juicio acerca de la nulidad de la transacción. Señala que dicha afirmación la ha efectuado el Serviu RM en representación del Fisco de Chile, más aun cuando el Serviu RM era el organismo técnico mandatado para la contratación y ejecución de la obra pública denominada Corredor Pedro Aguirre Cerda y único sabedor de los múltiples incumplimientos en que el mismo había incurrido y perjuicios que habría generado.

VIII.- Acción autónoma de indemnización de perjuicios.

Alega que contrariamente a lo sostenido por la defensa fiscal la autonomía de la acción indemnizatoria compensatoria por incumplimiento de contrato entablada subsidiariamente, tiene en el caso contrato sub lite diversas fuentes de origen, que llevan todas a la misma conclusión no existe duda alguna que nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho de Kodama a ser indemnizado de los perjuicios, con prescindencia del derecho alternativo a solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato esto es el derecho a solicitar la indemnización como único remedio por el incumplimiento fiscal. Ello fundado en el cumplimiento de obligación de hacer_ expresamente asumidas por el ente fiscal en el contrato celebrado con Kodama.

Es del caso que los artículos 1553 y 1555 del Código Civil confieren al acreedor de una obligación de hacer o de no hacer la facultad para demandar la indemnización compensatoria como remedio autónomo, según se explicó latamente en la demanda.

Reitera que no existe conflicto normativo entre las normas citadas y el artículo 1489 del Código Civil, toda vez que ellas deben ser interpretadas armónicamente y en especial en relación al principio de la especialidad que ha aplicado sistemáticamente nuestra Excelentísima Corte Suprema.

Lo anterior ha sido ratificado por la construcción dogmática y jurisprudencia que ha establecido el derecho a la indemnización compensatoria de manera autónoma, por aplicación del propio artículo 1489 del Código Civil.

IX.- Acción subsidiaria in rem verso.

Señala el demandado que en la especie el ejercicio de la acción subsidiaria in rem verso resulta improcedente por existir entre las partes una relación contractual, ya que -según se desprende



«RIT»

Foja: 1

de sus palabras- por el hecho de existir un vínculo jurídico previo como es el contrato de obra pública, no se configura un enriquecimiento sin causa.

Para fundamentar esta alegación la contraria reitera lo ya señalado a lo largo de su libelo, en cuanto a que quien reconoció adeudar la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento fue el Serviu RM y no el Fisco de Chile. Al respecto reitera que la alegación fiscal resulta vergonzosa, toda vez que pretende abstraerse absolutamente de los efectos del mandato otorgado por ella al Serviu RM y lo que es más grave aún pretende abstraerse de lo sostenido en el juicio acerca de la nulidad de la transacción. Evidentemente que dicho reconocimiento lo ha efectuado el Serviu RM en representación del Fisco de Chile, más aun cuando el Serviu RM era el organismo técnico mandatado para la contratación y ejecución de la obra pública denominada Corredor Pedro Aguirre Cerda, y único sabedor de los múltiples incumplimientos en que el mismo había incurrido y perjuicios que habría generado.

Destaca que el Fisco de Chile admite en su contestación que el Serviu RM reconoció adeudar dicha suma de dinero a su representada, es decir no ha discutido ni la existencia de dicho reconocimiento ni el monto reconocido adeudar. Ello implica un reconocimiento por parte del Fisco de Chile, quedando sólo por determinar si dicho reconocimiento lo obliga o no. Para dichos efectos reiteramos Sin realizar en su contestación un análisis acabado sobre la concurrencia del enriquecimiento sin causa en la especie, radica su análisis en el hecho de estimar que no se cumpliría uno de los presupuestos fundamentales del enriquecimiento sin causa, el cual consiste, justamente, en la carencia de una causa o justificación.

Sostiene la parte demandada que no se puede afirmar la existencia de enriquecimiento sin causa en sede contractual, pues la aplicación de un contrato forzaría a concluir en la existencia de causa. Así, parece llegar a la conclusión de que cualquier enriquecimiento de alguna de las partes en detrimento de la otra encontrará causa y justificación en el contrato.

En este orden de ideas, concluye su argumentación señalando que la acción in rem verso se enmarca únicamente en el ámbito extracontractual en cuanto éste tiene como supuesto ineludible la ausencia de contrato.

Queda de manifiesto la confusión que afecta a la demandada entre dos nociones totalmente diferentes: (i) la existencia de un vínculo jurídico contractual entre enriquecido y empobrecido y (ii) la existencia de una causa o justificación del enriquecimiento, diferencia que pasamos a exponer.

Como se ha dicho, un presupuesto fundamental para la configuración de un enriquecimiento sin causa, consiste en la ausencia de causa del enriquecimiento.



«RIT»

Foja: 1

De lo dicho, resulta fácil concluir que el enriquecimiento sin causa exige la falta de justificación del enriquecimiento o atribución patrimonial, y no la falta de un vínculo jurídico contractual entre enriquecido y empobrecido, lo cual resulta, para estos efectos, irrelevante.

La parte demandada incurre en un notable yerro al determinar el sentido de la "justificación" de que debe carecer el enriquecimiento para generar la obligación restitutoria, llegando a suponer que la existencia de un vínculo jurídico contractual sirve de causa para cualquier enriquecimiento y empobrecimiento correlativos que experimenten las partes.

En un enriquecimiento sin causa, como su misma denominación indica, es el enriquecimiento el que debe carecer de justificación y la existencia de un contrato puede no ser causa justificante del enriquecimiento de una de las partes, lo cual ocurrirá particularmente cuando el enriquecimiento es producto de prestaciones no impuestas por el contrato. En tal situación, incluso habiendo vínculo jurídico contractual previo, el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo no encuentran en él su justificación.

Agrega que el contrato si bien sirve de fundamento para las prestaciones e indemnizaciones que se deban las partes por imposición del mismo contrato, de ninguna manera puede sustentar la apropiación de una ventaja indebida derivada de prestaciones no contempladas en el contrato ni abarcadas por la ejecución de buena fe del mismo.

Un correcto análisis de los presupuestos de la acción in rem verso nos lleva a concluir que puede perfectamente haber enriquecimiento sin causa entre quienes guardan alguna relación contractual, y en el mismo ámbito de esta relación contractual, pues el contrato puede no abarcar la apropiación de dicha ventaja, no siendo entonces "causa" en los términos del enriquecimiento sin causa. Esto tendrá lugar justamente cuando, como en la especie, las prestaciones de una parte exceden a aquellas que impone el contrato.

Este enriquecimiento devendrá en injusto además si, como sucede en el caso sub judice, no hay una retribución por aquella actividad o prestación no contemplada originalmente en el contrato, pero que como se dijo produjo un enriquecimiento en la contraparte (en el caso, a favor del Ministerio de Obras Públicas y por ende del patrimonio fiscal).

Una vez establecida -de manera categórica- la procedencia del enriquecimiento sin causa en el ámbito contractual, y a mayor abundamiento, también es posible encontrar esta institución en los contratos mismos de construcción de obra pública como el que nos convoca. Así lo acreditan los numerosos dictámenes de la Contraloría General de la República citados por esta parte en el libelo de demanda.

Estos pronunciamientos como se dijo nos permiten concluir, como regla fundamental, que en materia de contratación administrativa, ante trabajos efectivamente realizados cabe una justa remuneración a los contratistas. Si la obra, el servicio o los materiales se incorporaron al patrimonio estatal, cabe una justa remuneración a quien los proporcionó. Dicho en otros términos, si hubo un trabajo efectivamente realizado y un beneficio fiscal, corresponde una justa remuneración al contratista.



«RIT»

Foja: 1

Por todo lo señalado, procede acoger la demanda de enriquecimiento sin causa, dado que se dan todos los elementos para que nazca tal obligación en el Fisco (enriquecido) en favor de Kodama (empobrecido). En particular, se dan las siguientes circunstancias:

1. El enriquecimiento sin causa y las obligaciones que genera son plenamente aplicables en materia de contratos de obra pública,
2. Existió un beneficio para el Fisco tanto por el ahorro en que incurrió al no pagar a Kodama los mayores costos por las obras que no estaban contemplados en el contrato como por el mayor valor de dichas obras adicionales que quedaron en su patrimonio sin hacer una contraprestación como debe ser- a favor de Kodama.

Esta situación produjo en Kodama un menoscabo patrimonial considerable, cumpliéndose de esta manera todos los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa, arriba señalados.

Por consiguiente, el Fisco debe ser condenado a la restitución de los mayores costos en que incurrió la empresa contratista, no siendo óbice para ello la existencia de un vínculo contractual, porque tales costos redundaron en un beneficio público consistente en el mayor valor incorporado actualmente en las obras y perfectamente cuantificado.

Que a fs. 307 la parte demandada evacua la dúplica.

Señala que insiste la demandante en este capítulo en invocar en apoyo de su acción el principio del equilibrio económico-financiero del contrato y la teoría de la imprevisión, sin agregar nada nuevo o relevante.

Por consiguiente, sobre este particular, reitera que dichos principio y teoría son construcciones meramente doctrinarias que carecen de consagración legal en nuestro derecho, el cual, en cambio, impone el principio del estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales libremente contraídas - salvo únicamente caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados por el deudor, si los alega -; compromiso que encuentra en el contrato de obra pública a suma alzada-cuyo es el contrato de autos-una de sus más notorias manifestaciones.

Agrega que la aceptación de dichos principio y teoría, tal como los formula la demandante en su réplica, tendría efectos muy negativos en el tráfico de las relaciones contractuales, con graves consecuencias para la necesaria certeza y seguridad jurídica de los contratantes, tanto públicos como privados; por cuanto parecen destinados a relativizar y debilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el compromiso que constituye su esencia y la noción misma de deber contractual.

Que en relación a los efectos del Convenio-Mandato suscrito entre el Mop y Serviu Metropolitano manifiesta la demandante que su parte estaría argumentando en este juicio lo contrario de lo que argumentó en el juicio de nulidad de transacción caratulada "Fisco Chile con Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano y Consorcio Construcción Kodama Ltda.", Rol N° 18.714-2011, del 16° Juzgado Civil de Santiago ¹, en el sentido que, en este último, mi parte habría sostenido que el convenio-mandato suscrito entre Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio



«RIT»

Foja: 1

de Obras Públicas y el mencionado servicio, para la construcción de la obra pública de autos, habría sido un mandato "con" representación, en cambio, ahora, en este juicio, estaría diciendo que dicho mandato habría sido "sin" representación.

Alega que lo anterior no es efectivo, ya que su parte ha sostenido invariablemente en ambas causas - que el referido convenio-mandato fue "sin" representación, puesto que por disposición expresa del artículo 16 incisos 1° y 4° de la Ley N° 18.091, el mandatario debía obrar "a nombre propio" frente al contratista, esto es, como lo dice claramente esta norma, "sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades"; aunque con una señalada restricción, a saber, que la atención financiera y pagos de la obra correspondía en forma exclusiva al mandante, cuestión que, por lo demás, se expresó con toda claridad en el contrato de construcción y en cada una de sus modificaciones.

Agrega que el obrar con o sin representación del mandante era un aspecto irrelevante en esa litis, ya que, en cualquier caso, el mandatario siempre actúa por cuenta y riesgo del mandante, y, además, en ambos, debe ceñirse estrictamente a los términos del mandato, por disposición expresa del artículo 2131 del Código Civil, en la especie, debía respetar la mencionada restricción financiera, lo que no cumplió en la transacción.

Sostiene que el Serviu Metropolitano actuó siempre frente a la demandante - en particular en la suscripción del contrato de construcción y sus modificaciones y aspectos técnicos de la obra-"por cuenta" de la Dirección Nacional de Vialidad, pero "a nombre propio" y no en "su representación"; y además con la restricción de que todo lo concerniente a la atención financiera y pagos de la obra permaneció siempre radicada en su mandante.

Por el contrario, es la demandante la que ha variado su posición, infringiendo la doctrina de los actos propios, puesto que en el referido juicio del 16° Juzgado Civil de Santiago sostuvo como argumentación central a lo largo de toda su defensa, tanto en primera como en segunda instancia, y en sus recursos de casación, que el mandatario Serviu Metropolitano actuó frente a ella "sin" representación, o sea, "a nombre propio" (y por tanto la Dirección Nacional de Vialidad o Fisco de Chile carecía de legitimación activa para demandarla); en cambio, en este juicio, alega que dicho servicio suscribió el contrato de construcción "en representación" de la misma Dirección Nacional de Vialidad o Fisco de Chile (y por tanto, este tendría legitimación pasiva para ser demandado en esta causa).

Asimismo, reconoce en su demanda que se dirigió antes, el año 2010, en contra del Serviu Metropolitano - causa rol N° 27.734-2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago - para cobrarle los mismos perjuicios que ahora cobra a su parte, y fundada en los mismos supuestos incumplimientos contractuales, demostrando con ello que el supuesto incumplidor del contrato de construcción y legitimado pasivo en el juicio de autos es el Serviu Metropolitano y no el demandado Fisco de Chile.



«RIT»

Foja: 1

Que en cuanto a que el Fisco de Chile no ha contraído las obligaciones cuyo cumplimiento se pretende y no tendría obligación de indemnizar, manifiesta que siempre ha sostenido ni en este, ni en ningún otro juicio, que el Serviu Metropolitano actuó frente a la demandante, en el contrato de autos y sus modificaciones, "en representación" de la Dirección Nacional de Vialidad; sino que, como ya he dicho, por cuenta y riesgo de ella, pero a nombre propio, y con la ya mencionada restricción en cuanto a la atención financiera y pagos de la obra.

Reitera que como consecuencia de que el Serviu Metropolitano actuó frente a la demandante a nombre propio y no en representación de su mandante, las obligaciones que contrajo quedaron radicadas exclusivamente en él y en caso alguno en su mandante.

Que en lo relativo al deber de diligencia manifiesta que todas las alegaciones de la demandante que consigna en este capítulo no dicen relación con el Fisco de Chile sino con su contraparte contractual el Serviu Metropolitano, el que actuó por cuenta de aquél pero a nombre propio, conforme a sus propias normas.

Reitera que la demandante suscribió un contrato "a suma alzada", lo que implica asumir la construcción de las obras a cambio de un precio único y final, o sea, sin derecho a cobrar por los mayores costos en que efectivamente haya incurrido el constructor, por entenderse que estos son asumidos por este último; y que lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de ambas partes de efectuar de común acuerdo modificaciones al contrato a fin de hacerse cargo, justamente, de los hechos nuevos o imprevistos que surgieren durante su vigencia y que justificaren técnica y razonablemente aumentos de plazo y de precio; y que en el hecho el contrato fue modificado en seis oportunidades, modificaciones que absorbieron todos y cada uno de tales hechos, sin que asista a la demandante derecho alguno para pretender imponerle unilateralmente, ni al mandante ni al mandatario, por la vía judicial, mayores pagos por encima del precio pactado en el contrato y sus modificaciones.

Que en lo relativo a la excepción de renuncia, expone que la demandante sostiene que sería improcedente esta excepción porque las estipulaciones de renuncia suscritas por ella se referirían únicamente a los perjuicios generados por la ejecución de los trabajos pero no a los provenientes de incumplimientos contractuales de su co-contratante.

Niega la efectividad de lo anterior, ya que la renuncia de acciones que suscribió reiteradamente la demandante dice relación con cualquier cobro que pretendiere, más allá del precio estipulado en el contrato -a suma alzada - y sus modificaciones.

Además, en este juicio la demandante no ha demandado a su co-contratante, el Serviu Metropolitano, único obligado ante ella, de manera tal que le resultará imposible obtener suma alguna de su parte fundada en que aquél incumplió sus obligaciones.

Que en lo que respecta a la improcedencia de la acción de cumplimiento de un contrato extinguido, expresa que la obra de autos fue terminada y entregada por la demandante en acta de recepción final y que el precio pactado en el contrato y sus modificaciones le



«RIT»

Foja: 1

íntegramente pagado sin que exista ningún Estado de Pago pendiente. Por consiguiente, el contrato se extinguió por el modo llamado pago, de todas sus obligaciones recíprocas; la acción de cumplimiento forzado del contrato carece así de todo sustento, porque ella supone que hay un contrato vigente incumplido, cuyo no es el caso.

Que en cuanto a que el Fisco de Chile no ha reconocido a la demandante perjuicios, señala que el Fisco de Chile, jamás le ha reconocido el derecho a mayores gastos generales provenientes de la obra de autos, lo que ahora reitero.

Que en lo que dice relación con la acción autónoma de indemnización de perjuicios lo dicho por la demandante tampoco alcanza para desvirtuar el argumento de la contestación de que conforme a nuestro derecho no es aceptable que pueda hacerse valer una acción indemnizatoria como si el contrato suscrito por las partes no hubiese existido, o sea, al margen de lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil.

Que al respecto, la demandante no ofrece en su réplica ningún argumento de texto que la autorice a interponer esta acción con carácter autónomo, y como no sea bajo la forma de la responsabilidad contractual o extracontractual.

En efecto, de acuerdo a nuestro derecho vigente, el deber que tiene una persona de indemnizar o compensar a otra sólo puede encontrar sustento en dos fuentes, a saber, en una obligación preexistente emanada de la ley, el contrato o el cuasicontrato, o bien, en un hecho doloso o culposo que ha causado daño sin que exista una obligación preexistente entre el autor del daño y quien lo ha padecido.

Que finalmente en lo que dice relación con la acción in rem verso, señala que en sus argumentaciones la demandante no demuestra que el supuesto enriquecimiento que menciona sea injusto, o sea, que carezca de una causa legítima.

Afirma que es lo cierto que en la especie esta exigencia no concurre desde que el pretendido enriquecimiento fiscal ha tenido por causa un contrato de obra pública y el correlativo desembolso de un precio que el Fisco de Chile pagó por la ejecución de esa obra; contrato y pago perfectamente legítimos. Hay pues un título y un pago que justifican ese enriquecimiento. Además, los mayores costos en que habría incurrido la demandante no necesariamente aumentaron el valor de las obras contratadas por sobre el precio pagado, puesto que han podido provenir de los yerros de la propia demandante.

Que a fs. 336 se recibe la causa a prueba, resolución modificada a fs. 377.

Que a fs. 913 se citó a las partes a oír Sentencia.



«RIT»

Foja: 1

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA:

PRIMERO: Que el Fisco de Chile al contestar la acción dirigida en su contra opone la excepción de falta de legitimación pasiva, solicitando que esta sea acogida y en consecuencia se rechace la demanda.

Funda la excepción deducida en la circunstancia que la actora sustenta todas sus acciones, esto es, la principal y las subsidiarias, en los supuestos incumplimientos en que habría incurrido su parte de diversas obligaciones del contrato, lo que le habría generado perjuicios por la suma de \$19.418.010.063 más IVA, suma que solicita le sea indemnizada.

Agrega que sin embargo el contrato de autos, según lo reconoce la propia demandante, fue suscrito exclusivamente por ella y el Serviu RM, órgano público autónomo y descentralizado, que tiene personalidad jurídica, patrimonio y representante legal propio y no por su representado, único demandado en el juicio.

Manifiesta que la propia actora explica en su demanda que el Serviu RM suscribió el contrato de autos como mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad, en virtud de un Convenio- Mandato que ambos órganos suscribieron al amparo de lo autorizado y dispuesto por el artículo 16 de la ley 18.091. Indica que se trata de un Convenio- Mandato que está regido especialmente por la norma citada y demás normas de derecho público aplicables a la actuación de los citados órganos estatales y en subsidio por el derecho común.

Indica que la norma citada en parte alguna de su texto dispone que por el hecho del mandato, el mandatario asuma representación del mandante, no autorizando tampoco que las partes estipulen dicha representación. Concluye que este Convenio-Mandato no confirió al Serviu RM la representación de la Dirección Nacional de Vialidad, ya que si bien es un mandato, es sin representación, en cuya virtud el Serviu RM en su calidad de mandatario se obligó personalmente frente a la actora y por lo tanto el contrato no obliga a su parte.

Sostiene que en mérito del citado Convenio-Mandato en calidad de mandatario el Serviu RM contrajo para con la Dirección Nacional de Vialidad la obligación de actuar como órgano técnico en la construcción de la obra de autos, correspondiéndole entre otras tareas de acuerdo a la normativa de sus propias obras las de redactar las bases de licitación, llamar a la licitación pública, adjudicar, suscribir el contrato de obra pública y modificarlo de ser necesario, fiscalizar la ejecución de la obra, aplicar multas y autorizar los pagos al contratista.

Añade que a su vez su representado en mérito del Convenio-Mandato y en calidad de mandante contrajo para con el Serviu RM la única obligación de financiar íntegramente la obra, proveyéndole de los recursos monetarios necesarios para pagar los estados de pago que aprobara y le formulara.



«RIT»

Foja: 1

Agrega que su representado no contrajo con la demandante ninguna de las obligaciones cuyo supuesto incumplimiento le atribuye y hace valer como justificación de sus acciones, tanto principales como subsidiarias.

Señala que el único autor de los incumplimientos solo ha podido ser el organismo que contrajo para con la actora las respectivas obligaciones, en la especie, el Serviu RM, órgano distinto de su representado y por el cual no responde y que no es demandado en esta causa.

Manifiesta que la demanda contiene una grave contradicción, ya que se acciona en contra de su representada atribuyéndole autoría y responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales, pero por otra parte señala que esta obligación la adquirió el Serviu RM y no su representado.

Expresa que la sola circunstancia de que la obra pública objeto del contrato de construcción haya sido ejecutada en beneficio del Fisco de Chile como mandante y por su encargo, no lo convierte en autor o responsable de los supuestos incumplimientos contractuales en que dice haber incurrido el Serviu RM mandatario.

Finalmente sostiene que resulta tan evidente la falta de legitimación pasiva del Fisco de Chile para ser demandado, que la propia actora señala que se dirigió en el año 2010 en contra del Serviu RM para cobrarle los mismos perjuicios que ahora le cobra a su parte fundada en los mismos supuestos incumplimientos contractuales.

SEGUNDO: Que la actora al replicar respecto de la excepción en análisis, señala que, al no existir acuerdo entre el Serviu y su parte en los montos en que debía ser indemnizada por los incumplimientos fiscales, Kodama inició una acción en contra del Serviu ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, autos Rol 27734-2010.

Agrega que dicha causa se dirigió en contra del Serviu Metropolitano, ya que dicho órgano fiscal era el mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas para estos efectos.

Señala que el procedimiento iniciado con motivo de esta demanda fue terminado por acuerdo de las partes mediante un contrato de transacción contenido en la escritura pública de fecha 25 de enero de 2011 bajo el N° 2896 otorgado en la Notaria de María Gloria Acharan.

Manifiesta que en relación a dicha transacción el Fisco de Chile inició una acción nulidad en contra del Serviu y de Kodama, en la que el demandado ha sostenido lo contrario a lo que hace en autos, ya que alega la existencia de un mandato co



«RIT»

Foja: 1

representación, es decir, que todos los efectos del contrato se radican en el mandante, esto es, el Fisco de Chile.

Que en cuanto a la alegación del Fisco mediante la cual sostiene que existió un mandato pero que fue sin representación repugna a la teoría de los actos propios, ya que antes en relación a los mismos hechos ha señalado que existió un mandato con representación.

Que en relación a la argumentación Fiscal respecto que el contrato fue suscrito el Serviu RM, órgano autónomo o descentralizado, que tiene personalidad jurídica, patrimonio y representante legal propio y no por el MOP, entendiéndose que por ese solo hecho el mandato sería representación y por ese solo hecho solo resultaría obligado el Serviu RM, resulta falaz, ya que el hecho que el mandatario sea un órgano con personalidad jurídica propia, en nada afecta los efectos del mandato con representación en cuanto a la radicación de los derechos y obligaciones en el mandante. Agrega que la totalidad de los mandatos se confieren a personas naturales o jurídicas, independientes del mandante con patrimonio propio y demás atributos de la personalidad propios, como claramente ocurre en un mandato conferido entre personas naturales, por lo que dicha circunstancia no constituye argumento para acreditar un mandato sin representación.

Argumenta que el Fisco de Chile contradice lo ya sostenido en otro juicio acerca de los mismos hechos, en cuanto a que la Dirección de Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas solo contrajo la única obligación de financiar íntegramente la obra proveyéndolo de los recursos monetarios necesarios para pagar los estados de pago que el Serviu RM le presentara y que dicha obligación sea solo en beneficio de dicho órgano. Afirma que ese solo hecho no es indiciario de un mandato sin representación, ya que dentro de las obligaciones del mandante por disposición expresa del artículo 2158 del Código Civil se encuentra precisamente la obligación de proveer de lo necesario para la ejecución del mandato, es decir, la obligación de dar los fondos para apagar la ejecución de la obra encargada es una obligación del mandante e inherente al mandato, con o sin representación.

Concluye que el mandante Dirección de Vialidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas ha quedado obligado respecto de Kodama y ello no ha ocurrido en virtud del mandato, que es una relación eminentemente contractual, si no que ocurre en virtud de la representación.

TERCERO: Que al evacuar la réplica la parte demandada en relación a la contestación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por su parte señala que no efectivo que haya sostenido en el juicio de nulidad de transacción seguido ante el Juzgado Civil, autos Rol N°18.714-2011 que el Convenio-Mandato suscrito entre Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y el Serviu RM par



«RIT»

Foja: 1

construcción de la obra pública materia de autos habría un mandato con representación y que en esta causa habría dicho que dicho mandato era sin representación.

Reitera que el referido Mandato-Convenio fue sin representación, ya que por disposición expresa del artículo 16 incisos 1° y 4° de la ley 18.091 el mandatario debía obrar “a nombre propio” frente al contratista, esto es, como lo dice claramente la norma “sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades”, aunque con una restricción que la atención financiera y pagos de la obra correspondía en forma exclusiva al mandante, cuestión que, por lo demás se expresó con toda claridad en el contrato de construcción y en cada una de sus modificaciones .

Agrega que en el referido juicio señaló que la circunstancia de la representación era irrelevante, ya que en cualquier caso, el mandatario siempre actúa por cuenta y riesgo del mandante y además en ambos debe ceñirse a los términos del mandato por disposición expresa del artículo 2131 del Código Civil, respetando en la especie la restricción financiera, lo que no cumplió en la transacción.

Finalmente sostiene que el Serviu Metropolitano actuó siempre frente a la demandante por cuenta de la Dirección Nacional de Vialidad pero a nombre propio y no en representación y con la restricción de que todo lo concerniente a la atención financiera y pagos de la obra permaneció siempre radicada en su mandante.

Afirma, que por el contrario, ha sido la demandante quien ha variado su posición, infringiendo la doctrina de los actos propios, ya que en el referido juicio del 16° Juzgado Civil de Santiago sostuvo como argumentación central a lo largo de toda su defensa, tanto en primera, como en segunda instancia y en sus recursos de casación que el mandatario Serviu Metropolitano actuó frente a ella sin representación o sea a nombre propio, en cambio en este juicio alega que dicho servicio suscribió el contrato de construcción en representación de la misma Dirección Nacional de Vialidad o Fisco de Chile.

Asimismo reconoce que en su demanda que se dirigió antes, el año 2010 en contra del Serviu Metropolitano, causa Rol N°27.734-2010 del 10° Juzgado Civil, para cobrarle los mismos perjuicios que ahora le cobra a su parte, fundada en los mismos supuestos incumplimientos contractuales, demostrando con ello que el supuesto incumplidor del contrato de construcción y legitimado pasivo en el juicio de autos es el Serviu Metropolitano y no el Fisco de Chile.

CUARTO: Que en orden a resolver la excepción en análisis corresponde establecer primer término que de conformidad con la prueba documental que fue acompañada a 530 por la parte demandante, sin objeción de la contraria, lo que además se encuentra reconocido en los escritos de discusión de las partes, el Serviu Metropolitano celebró



«RIT»

Foja: 1

Convenio Mandato con la Dirección Nacional de Vialidad de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas en virtud de lo autorizado por el artículo 16 de la ley 18.091, con fecha 6 de julio de 2006, mediante el cual aquella encargo al Serviu Metropolitano en forma completa e irrevocable la construcción de la Habilitación del Corredor de Transporte Público Avda. Pedro Aguirre Cerda, específicamente entre Alameda y Pajaritos, asumiendo el mandante el financiamiento de las obras, convenio que fue aprobado por Resolución N°2244 del Director General de Obras Públicas de fecha 18 de julio del año 20106 y Resolución N°3994 del Director Serviu Metropolitano.

Que asimismo queda acreditado que la demandante Kodama se adjudicó la licitación de la construcción de la obra antes indicada, dictándose por el Serviu RM la Resolución N°921 de fecha 30 de noviembre de 2006, mediante el cual se contrató a la actora para que realizará la ejecución de las obras de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avda. Pedro Aguirre Cerda de Santiago, Estación Central, Cerrillos y Maipú.

QUINTO: Que teniendo presente los hechos establecidos en el motivo que precede, corresponde al Tribunal determinar, si al celebrar el contrato de construcción con la demandante, el Serviu Metropolitano lo hizo en representación de la Dirección de Vialidad o bien actuó en nombre propio.

SEXTO: Que el inciso 4° del artículo 16 de la ley 18.091 dispone que no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las entidades a las cuales se les aplica, podrán alternativamente, encomendar a los organismos técnicos del Estado, por medio de un mandato completo e irrevocable, la licitación, adjudicación, celebración de los contratos y la ejecución de estudios, proyección, construcción y conservación de obras de cualquier naturaleza que hayan sido previamente identificadas. El cumplimiento del mandato quedará sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades y el mandante se obligará a solventar, dentro del plazo de tres días hábiles, salvo casos especiales previamente acordados en el mandato, los estados de pago que le formule la entidad técnica.

SEPTIMO: Que del análisis de la norma transcrita en lo precedente y teniendo además presente el contenido del Convenio Mandato celebrado ente la actora y el Serviu RM, es posible concluir, a juicio de esta Sentenciadora, que en este caso, si bien no se señala expresamente que el mandatario obrará en representación del mandante, la naturaleza del encargo que se encomienda, esto es, la construcción de un corredor para el transporte público, se efectúa en razón del carácter técnico del organismo respectivo, pero la ejecución financiera del mismo al mandante, quien sería el que solventaría los estados de pago que se presentaren, por lo que los efectos del contrato se radicarían en su patrimonio, lo que lleva necesariamente a sostener que el mandato fue ejercido en representación de la Dirección Nacional de Vialidad.

Que en nada altera la conclusión precedente la alegación del Fisco de Chile hecha en el orden a señalar que teniendo el Serviu RM personalidad jurídica y patrimonio propio, habría contratado a su nombre, ya que dichas circunstancias en nada obstan que al eje-



«RIT»

Foja: 1

el mandato encomendado lo hiciera en representación de su mandante, a saber, la Dirección Nacional de Vialidad, pues la calidad de órgano público descentralizado dice relación con la posibilidad de actuar en la vida jurídica de forma independiente y autónoma de otro órgano del Estado.

EN CUANTO AL FONDO:

OCTAVO: Que en orden a acreditar la existencia de un vínculo contractual entre demandante y demandado, términos y eventuales modalidades del mismo, la parte demandante acompañó prueba documental consistente en Antecedentes de Licitación del Contrato consistentes en Especificaciones Técnicas del Proyecto de Ingeniería “Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda Tramo Alameda-Pajaritos, Tramo 1, 2 y 3, Antecedentes de la Licitación del Contrato, Bases, Antecedentes Técnicos y Administrativos en formato, Bases de la Licitación Pública N°06-30057584-0-01 para “Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avda. Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú, Bases Técnicas de Obra de Vialidad Urbana “Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú, Consultas, Aclaraciones y Adiciones, copia de Protocolización de Resolución N°921 de fecha 30 de noviembre de 2006, Copia de Ordinario N°6647 de fecha 29 de noviembre de 2002, Copia de Convenio Ad Referéndum N°01 de fecha 29 de noviembre de 2007, Copia de la Resolución N°1123 de fecha 21 de diciembre de 2007, Copia de Convenio Ad Referéndum N°2 de fecha 16 de septiembre de 2008, Copia de Resolución Exenta E-7569 de fecha 2 de diciembre de 2008, Copia de Resolución Exenta N°3688 de fecha 2 de julio de 2009, Copia de Resolución Exenta N°04498 de fecha 1 de julio de 2009, Copia de Convenio Ad Referéndum N°03 de fecha 26 de junio de 2009, Copia de Resolución Exenta N°09631 de fecha 31 de diciembre de 2009, Copia de Resolución N°134 de fecha 25 de agosto de 2010, Copia de Resolución N°1941 de fecha 30 de marzo de 2011, sin objeción, por lo que apreciadas de conformidad con las reglas reguladoras de la prueba permiten establecer que se aceptó la oferta propuesta por Consorcio Construcciones Kodama Ltda. hecha en la licitación pública N°06-30057584-0-01 referida a la Construcción Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú contratándosele para la ejecución de dicho proyecto en la suma alzada de \$25.567.058.561 incluido el valor Proforma por \$196.000.000, fijándose como plazo de entrega 336 días corridos a contar de la fecha del acta de entrega de Terreno, estableciendo además que la Dirección Nacional de Vialidad del MOP pagaría a Consorcio Construcciones Kodama Ltda. hasta la suma \$25.567.058.561 mediante estados de pago que formularía el Director de Obras y que deberían llevar las firmas del contratista o de su representante legal, el Jefe de Unidad de Insp. Vialidad Urbana e Intermedia y el Jefe del Dpto. de Obras Pavimentación.

Que asimismo es posible establecer, en cuanto a la descripción del proyecto en relación con las obras contempladas, que para lograr cumplir con la faja requerida, existien



«RIT»

Foja: 1

expropiaciones en algunos sectores menores, estas zonas se encontrarían liberadas a fines de marzo del 2007.

Que en lo que respecta al traslado de las instalaciones de servicios básicos que existían en la obra, queda acreditado que se fijó en un valor pro forma estimado de \$196.000.000.

Finalmente es posible establecer que durante el desarrollo de la obra existieron aumentos y disminuciones de obra, como asimismo obras extraordinarias que implicaron ampliaciones del plazo original para la ejecución de las obras, aumentándose aquel de 336 días a 1235 días.

NOVENO: Que a fin de establecer el cumplimiento del demandado de las obligaciones emanadas del contrato, el actor rindió prueba documental, a saber, Copia de Decreto Exento N°8 de fecha 25 de enero de 2011, copia autorizada con certificado de vigencia de la escritura de transacción suscrita entre Consorcio Construcciones Kodama Ltda. y el Serviu Metropolitano de 25 de enero de 2011, copia de “Informe Contrato Construcción Habilitación Corredor Transporte Publico Avenida Pedro Aguirre Cerda, comuna de Estación Central, Santiago Cerrillos y Maipú,” Informe de Investigación al Transantiago Comisión Investigadora, Antecedentes de Licitación de Contrato consistentes en especificaciones técnicas del Proyecto de “Habilitación Corredor de Transporte Público Avda. Pedro Aguirre Cerda Tramos 1, 2 y 3, Antecedentes de licitación de Contrato , Bases, Antecedentes Técnicos y Administrativos en formato, Bases de la Licitación Pública N°06-30057584-0-01, Bases Técnicas Obra de Vialidad Urbana, Especificaciones Técnicas, Aclaraciones, Adiciones para el estudio de licitación, consultas a la licitación Pública, Acta de entrega de Terreno, Copia de contrato de compraventa de Lote 7B-Tramo 3, acta de acuerdo de fecha 23 de junio de 2008, contrato de arriendo de fecha 8 de septiembre de 2007, libro de obras con su respectivo libro de inspección, oficios del Serviu de fechas 4 de mayo de 2006, 12 de septiembre de 2006, 8 de noviembre de 2006, 29 de junio de 2007 y 4 de octubre de 2007, copia Ord N°6647 de fecha 29 de noviembre de 2002, copia de Convenio Ad Referéndum N°01, copia de Resolución Exenta E-7569 de fecha 2 de diciembre de 2008, copia de Resolución Exenta N°3688 de fecha 2 de julio de 2009, Resolución Exenta N°04498 de fecha 1 de julio de 2009, Copia de Convenio Ad Referéndum de fecha 26 de junio de 2009, Copia de Resolución Exenta N°09631 de fecha 31 de diciembre de 2009, Copia de Resolución N°134 de fecha 25 de agosto de 2010, Copia de Resolución de fecha 1941 de fecha 30 de marzo del 2011, Copia N°3994 de fecha 10 de agosto de 2006, Copia de Modificación de Convenio Mandato de fecha 16 de noviembre de 2007, Copia de Resolución N°3802 de fecha 26 de noviembre de 2007, Copia de Resolución N°6809 de fecha 29 de noviembre de 2007, Copia de modificación de convenio mandato de fecha 13 de octubre de 2010, copia de Resolución N°3802 de fecha 26 de noviembre de 2010, copia de Resolución N° 6809 de fecha 29 de noviembre de 2007, copia de modificación de convenio mandato de fecha 13 de octubre de 2010, Cop



«RIT»

Foja: 1

de Resolución N°3807 de fecha 3 de noviembre de 2010, Copia de Resolución N°7899, Copia de modificación de convenio Mandato de fecha 31 de marzo de 2011, Copia de Resolución N°1847 de fecha 9 de mayo de 2011, Copia de Resolución Exenta N°03074 de fecha 1 de junio de 2006, copia de Resolución Exenta N°7569 de fecha 2 de diciembre de 2008, Copia de Resolución Exenta N°09631 de fecha 31 de diciembre de 2009, Copia de Resolución Exenta N°3688 de fecha 7 de mayo de 2009, Copia de Resolución Exenta N°04498 de fecha 1 de julio de 2009, Copia de carta Gantt, copia de programa de trabajo Carta Gantt, Copia de Libro de Inspección N° 3, N°0048, Copia de Ord. N°5736 de fecha 26 de octubre de 2007, copia de libro de inspección N°7 folio N°27, copia de libro de Inspección N°4, Folio N°28, Copia de libro de Inspección N°7, Folio 32, Copia de Ordinario N°874 de fecha 18 de febrero de 2008, Copia de Ordinario N°00276 de fecha 4 de mayo de 2006, Copia de Ordinario N°280 de fecha 12 de septiembre de 2006, Copia de Ordinario N°2633 de fecha 8 de noviembre de 2006, Copia de Ordinario N°1671 de fecha 10 de abril de 2007, Copia de Ordinario N°1671 de fecha 10 de abril de 2007, Copia de Ordinario N°1710 de fecha 13 de abril del 2017, Copia de Ordinario N°2494 de fecha 18 de mayo, Copia de Ordinario N°2797 de fecha 6 de junio de 2007, Copia de Ordinario N°3524 de fecha 29 de junio de 2007, Copia de Ordinario N°3003 de fecha 3 de julio de 2007, Copia de Ordinario N°3002, Copia del libro de Inspección N°5, folio N°0012, Copia de Ordinario de fecha 3 de diciembre de 2007, Copia de Ordinario N°880 de fecha 18 de febrero de 2008, Copia de Ordinario N°3180 de fecha 24 de junio de 2008, copia del libro de inspección N°9, Folio N°49, Copia de Libro de Inspección N°10, Folio 06, Copia de Libro de Inspección N°10, folio N°16, Copia de Ordinario N°7570 de fecha 22 de diciembre de 2008, Copia de Ordinario N°7572 de fecha 22 de diciembre de 2008, Copia de Ordinario N°3262 de fecha 29 de mayo de 2009, Copia del Libro de Inspección N°11, Folio N°32, Copia de libro de Inspección N°11, Folio N°27, Copia de libro de Inspección N°11, Folio N°20, Copia de libro de Inspección N°11, Folio N°16, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°5, Copia del Libro de Inspección N°10, Folio N°9, Copia de Estado de Pago N° 3,9 valor Proforma, Copia de Estado de Pago N° 3,8 Valor Proforma, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°48, Libro de Inspección de fecha 7 de mayo de 200, folio N°42, Copia de Ordinario s/n de fecha 16 de mayo de 2007, Copia de Ordinario N°3030 de fecha 4 de julio de 2007, Copia de Ordinario N°3691 de fecha 6 de julio de 2007, Copia de Libro de Inspección N°06, Folio N°0050, Copia de Libro de Inspección N°07, Folio N°0011, Copia de Libro de Inspección N°07, Folio N°40, con anexos, Copia de Libro de Inspección N°07, Folio N°45, con anexos, Copia de Libro de Inspección N°07, Folio N°49, Copia de Libro de Inspección N°08, Folio N°02, con anexos, Estado de Pago N°1 Obras Extraordinarias, Copia de Ordinario N°202 de 4 de mayo de 2006, Copia de Ordinario N°7435 de fecha 13 de diciembre de 2006, Copia de Ordinario N°7436 de fecha 13 de diciembre de 2006, Copia de Ordinario N°017 de fecha 3 de enero de 2007, Copia de Ordinario N°2632 de fecha 18 de mayo de 2007, Copia de Ordinario N°5576 de fecha 22 de octubre de 2007, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0036, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0050, Copia de Libro de Inspección N°7, Folio N°0001, Copia de Libro de Inspección N°8, Folio N°35, Copia de Acta de Acuerdo de fecha 20 de julio de 2006, Copia Ordinario s/n de fecha 12 de abril de 2007.



«RIT»

Foja: 1

2007, Copia de Ordinario N°2836 de fecha 14 de junio de 2007, copia de contrato de arrendamiento de fecha 6 de septiembre de 2007, copia de Libro de Inspección N°3, Folio N°0029 y adjuntos, Copia de Libro de Inspección N°5, Folio N°0029, Libro de Inspección N°8, Folio N°43, copia de acta de acuerdo de fecha 13 de junio de 2008, copia de acta de acuerdo de fecha 23 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°3197 de fecha 24 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°3184 de fecha 24 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°3186 de fecha 24 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°3186 de fecha 24 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°3186 de fecha 24 de junio de 2008, Copia de Ordinario N°305 de fecha 16 de enero de 2009, Copia de Ordinario N°2678 de fecha 16 de noviembre de 2009, Copia de Ordinario N°7567 de fecha 21 de diciembre de 2006, Copia de Ordinario N°0025 de fecha 3 de enero de 2007, Copia de Ordinario N°264 de fecha 11 de enero de 2010, Copia de Ordinario N°6202 de fecha 31 de diciembre de 2008, Copia de Ordinario N°444 de fecha 29 de enero de 2009, Copia de Ordinario N°1411 de fecha 9 de febrero de 2009, Copia de Ordinario N°768 de fecha 9 de febrero de 2009, Copia de Ordinario N°1420 de fecha 26 de marzo de 2009, Copia de Ordinario N°5546 de fecha 8 de octubre de 2009, Copia de Ordinario N°370 de fecha 15 de febrero de 2010, Copia de Ordinario N°4605 de fecha 14 de diciembre de 2007, Copia de libro de Inspección N°11, Folio N°11, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°12, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°31, Copia de Libro de Inspección N°3, Folio N°15, Copia de Libro de Inspección N°05, folio N°0024, Copia de Libro de Inspección N°05, folio N°05, Folio n°0025, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0011, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0016, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0029, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0030, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0031, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0040, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio 0041, copia de Libro de Inspección N°7, Folio N°0013, Copia de Libro de Inspección N°7, Folio N°24, Copia de Libro de Inspección N°7, folio 34, Copia de Libro de Inspección N°08, Folio N°06, Copia de Libro de Inspección N°08, Folio N°06, Copia de Libro de Inspección N°08, Folio N°22, Copia de Libro de Inspección N°10, Folio N°25, Copia de Libro de Inspección N°10, Folio N°29, Copia de Libro de Inspección N°10, folio N°50, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°1, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°2, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio N°9, Copia de Libro de Inspección N°11, Folio 13, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°27, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°29, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°30, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°37, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°43, copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°46, Copia de Libro de Inspección N°09, Folio N°47, Copia de Libro de Inspección N°4, Folio N°0018, Copia de Libro de Inspección N°5, Folio N°0041, Copia de Libro de Inspección N°6, Folio N°0025, Copia de Libro de Inspección Folio N°08, Copia de Libro de Inspección Folio N°14, Copia de Libro de Inspección Folio N°23, Copia de Libro de Inspección Folio N°50, Copia de Libro de Inspección Folio N°24, Copia de Libro de Inspección N°3, Folio N°0028, Copia de Libro de Inspección Folio N°2, Copia de Libro de Inspección N°4, Folio N°0045, Copia de Libro de Inspección N°32, Copia de Resolución Exenta N°09593 de fecha 30 de diciembre de 2009, Acta de reunión de fecha 30 de abril de 2007, Copia de Ordinario N°7246 de fecha 4 de octubre de 2010, Acta de recepción de Obras de Pavimentación de fecha 28 de mayo de 2016, los que ponderados legalmente permiten tener por acreditado que el traslado de instalaciones de empresas de servicios



«RIT»

Foja: 1

produjeron con mucha posterioridad a la entrega del terreno por parte del Serviu a la demandante y que en la fecha fijada en las bases de licitación para que la faja se encontrara totalmente liberada, esto es, a finales del mes de marzo de 2007, aún se encontraban pendientes expropiaciones de diversos lotes que se ubicaban dentro del terreno en que se realizaría la obra, las que se fueron concretando durante la realización del proyecto. Que asimismo queda establecido que en relación al Colector N°7 que en la ejecución del mismo se presentaron interferencias que importaron una ampliación del plazo de ejecución de la obra, que el proyecto presentado por Serviu a Ferrocarriles del Estado solo constituía un anteproyecto que requería de modificaciones y posterior aprobación por parte de la empresa, dicho proyecto fue finalmente elaborado y ejecutado por Kodama.

Que de igual modo se agregaron set de correos electrónicos sostenidos entre Serviu y Kodama, Copia de correos electrónicos de fecha 24 de abril, 28 de abril de 2007, 2 de mayo de 2007, 11 de mayo de 2007, 22 de mayo de 2007, 23 de mayo de 2007, 24 de mayo de 2007, copia de cadena de correos electrónicos sobre traslados de servicios, copia de correo electrónico de fecha 6 de junio, 12 de junio, 25 de junio de 20107, copia de correo electrónico de fecha, 4 de julio, 10 de julio de 2007, 12 de julio de 2007, 27 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 3 de junio de 2008, copia de correo de fecha 4 de marzo de 2008 asunto reinicio de trabajos, copia de correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2008, copia de correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2008, copia de correo electrónico de fecha 16 de abril de 2008, copia de correo electrónico de fecha 26 de marzo de 2008, copia de correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2008, copia de correo electrónico de fecha 18 de abril de 2008, copia de correo electrónico de 27 de mayo de 2008, copia de correo electrónico de fecha 10 de julio de 2008, copia de correo electrónico de fecha 12 de agosto de 2008, copia de correo electrónico de fecha 22 de septiembre de 2008, copia de correo electrónico de fecha 27 de abril de 2007, copia de correo electrónico de fecha 12 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 26 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 22 de junio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 28 de junio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 6 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 10 de julio de 2007, correo electrónico de fecha 12 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 25 de julio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 2 de abril de 2009, copia de correo de fecha 26 de junio de 2007, copia de correo electrónico de fecha 15 de marzo de 2007, copia de correo electrónico de fecha 5 de abril del 2007, los que no fueron incorporados de conformidad con lo previsto en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, por no se les podrá otorgar valor de prueba.

Que respecto de set de siete monografías, copias de publicaciones en el diario El Mercurio de fecha 16 de agosto de 2011, 22 de enero de 2012, 30 de abril del 2011, copia de entrevista a Gastón Escala de fecha 8 de mayo de 2011, copia de estudio “Renegociaci de Concesiones en Chile”, carta de fecha 28 de junio de 2007 emanada de Caffar S.A., acta de acuerdo de fecha 20 de julio de 2006, autorización de ingreso anticipa cartas de GTD de fecha 11 de octubre de 2007, 12 de septiembre de 2008, carta de EFER fecha 12 de octubre de 2017, acta de reunión, copia de carta de fecha 7 de agosto



«RIT»

Foja: 1

emanada de Metrogas, copia de carta de fecha 27 de septiembre de 2007 de Chilectra, Copia de carta de fecha 11 de octubre de 2007 de GTD, Copia de carta de fecha 26 de octubre de Chilectra, copia de carta de fecha 28 de noviembre de GTD, carta de fecha 4 de diciembre de 2007 de Chilectra, carta de fecha 19 de marzo de 2007 emanada de Telefónica, copia de carta de fecha 28 de abril de 2008 de Telefónica, Copia de carta de fecha 12 de septiembre de 2008 de GTD, copia de carta de fecha 12 de septiembre de GTD, Copia de Carta de fecha 27 de septiembre de 2007 de Chilectra, Copia de carta de fecha 1 de diciembre de 2006 de EFE, copia de carta de fecha 12 de diciembre de EFE, copia de carta de fecha 12 de octubre de 2007 de EFE, copia de carta de fecha 27 de junio de 2007 de Indura S.A, copia de carta de fecha 28 de junio de 2007 de Inmobiliaria Caffarena S.A, copia de carta de fecha 10 de julio de 2007 de Chile Properties S.A., copia de carta de fecha 2 de agosto de 2007 de Productos Turu Hnos. S.A., copia de carta de fecha 6 de noviembre de 2007 de Sociedad Ingeniería Rukawe, Copia de carta autorización de fecha 3 de julio de 2007 emanada de Caffarena, Copia de carta de fecha 2 de junio de 2009 de Autopista del Sol, Antecedentes de Licitación del Contrato consistentes en especificaciones técnicas Informe Comisión Investigadora del Transantiago elaborado por Alianza Chile, copias de escrituras públicas de reconocimiento de Galo Ríos Prichard y Alejandro Barrientos Cifuentes, Propuesta técnica de fecha 11 de julio de 2011 emitida por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Fotocopia de Avance Primera Etapa noviembre de 2011, Informe Pericial elaborado por CEAL, Fotocopia del Tercer Informe de Avance Diciembre de 2011 Informe Pericial elaborado por CEAL Fotocopia del Tercer Informe de Avance Complementado enero de 2012 elaborado por CEAL, Fotocopia de Informe Final Actualizado Marzo 2012 Informe Pericial elaborado por CEAL por tratarse de documentos emanados de terceros al juicio que no les prestaron su reconocimiento en el mismo carecen de mérito probatorio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 346 N°1 del Código de Procedimiento Civil.

Que en cuanto a tabla de modificaciones del contrato, la carta de fecha 2 de agosto de 2010 de Reclamación Administrativa de gastos y mayores costos, cartas de Kodama de fechas 5 de enero de 2007, 6 de febrero de 2007, 16 de enero de 2008, 7 de noviembre de 2007, 5 de agosto de 2008, 24 de enero de 2007, Copia de Carta de fecha 19 de octubre de 2007, Copia de Carta de fecha 7 de febrero de 2008, Copia de Carta de fecha 5 de enero de 2007, Copia de Carta de fecha 24 de abril del 2017, Copia de Carta de fecha 7 de junio de 2007, Copia de carta de fecha 7 de febrero de 2008, Copia de carta de fecha 23 de junio del 2008, copia de carta de fecha 9 de septiembre de 2008, Copia de carta de fecha 2 de abril de 2007, copia de carta de fecha 16 de abril de 2007, copia de carta de fecha 7 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 4 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 7 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 15 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 25 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 22 de junio de 2007, copia de carta de fecha 28 de junio de 2007, copia de carta de fecha 29 de junio de 2007, copia de carta de fecha 3 de julio de 2007, copia de carta de fecha 23 de julio de 2007, copia de carta de fecha 27 de julio de 2007, copia de carta de fecha 2 de agosto de 2007, copia de carta de fecha 2 de noviembre de 2007, copia de carta de fecha 19 de diciembre de 2007, copia de carta de fecha 28 de marzo de 2007, copia de carta de fecha 30 de marzo de 2007, carta



«RIT»

Foja: 1

10 de abril de 2007, carta de fecha 30 de abril del 2007, copia de carta de fecha 14 de junio de 2007, copia de carta de fecha 28 de junio de 2007, copia de carta de fecha 24 de agosto de 2007, copia de carta de fecha 2 de octubre de 2007, copia de carta de fecha 19 de octubre de 2007, carta de fecha 15 de enero de 2008, copia de carta de 28 de octubre de 2009, copia de carta de fecha 8 de enero de 2008, copia de carta de fecha 8 de enero de 2008, copia de carta de fecha 15 de enero de 2008, copia de carta de fecha 16 de enero de 2008, copia de carta de fecha 24 de enero de 2008, Copia de carta de fecha 5 de agosto de 2008, carta de fecha 7 de noviembre de 2008, carta de fecha 17 de noviembre de 2008, copia de carta de fecha 17 de noviembre de 2006, copia de carta de fecha 24 de enero de 2007, copia de carta de fecha 9 de febrero de 2007, copia de carta de fecha de fecha 26 de febrero de 2007, copia de carta de fecha 28 de marzo de 2007, copia de carta de fecha 29 de marzo de 2007, copia de carta de fecha 4 de abril de 2007, copia de carta de fecha 11 de abril del 2007, copia de carta de fecha 23 de abril de 2007, copia de carta de fecha 7 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 8 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 11 de mayo de 2007, copia de carta de fecha 18 de febrero de 2010, copia de carta de fecha 18 de julio de 2007, copia de carta de fecha 10 de agosto de 2007, copia de carta de fecha 4 de septiembre de 2007, copia de carta de fecha 3 de octubre de 2007, copia de carta de fecha 4 de octubre de 2007, copia de carta de fecha 24 de enero de 2008, copia de carta de fecha 5 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 7 de febrero de 2008, copia de carta e fecha 8 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 15 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 22 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 11 de septiembre de 2008, copia de carta de fecha de 19 de marzo de 2009, copia de carta de fecha 18 de mayo de 2008, copia de carta de fecha 12 de mayo de 2008, copia de carta e fecha 23 de junio de 2008, copias de cartas de fecha 3 de junio de 2008, copia de carta de fecha 12 de junio de 2008, copia de carta de fecha 13 de junio de 2008, copia de carta de fecha 20 de junio de 2008, copia de carta de fecha 26 de junio de 2008, copia de carta de fecha 5 de septiembre de 2007, copia de carta de fecha 26 de mayo de 2008, copia de carta de fecha 18 de junio de 2008, carta de fecha 25 de junio de 2008, copia de carta de fecha 23 de octubre de 2008, copia de carta de fecha 6 de enero de 2009, copia de carta de fecha 27 de mayo de 2009, copia de carta de fecha 18 de junio de 2009, copia de carta de fecha 26 de junio de 2009, copia de carta de fecha 22 de septiembre de 2009, copia de carta de fecha de fecha 30 de octubre de 2009, copia de carta de fecha 2 de diciembre de 2009, copia de carta de fecha 23 de diciembre de 2009, copia de carta de fecha 4 de enero de 2010, copia de carta de fecha 5 de enero de 2010, copia de carta de fecha 11 de enero de 2010, copia de carta de fecha 12 de enero de 2010, copias de cartas de fecha 24 de febrero de 2010, copias de cartas de fecha 15 de marzo de 2010, copia de carta de fecha 16 de marzo de 2010, copia de carta de fecha 22 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 18 de marzo de 2008, copia de carta de fecha 1 de abril del 2008, copia de fecha 22 de septiembre de 2009, copia de carta de fecha 12 de junio de 2009, copia de carta de fecha 30 de septiembre de 2009, copia de carta de fecha 27 de octubre de 2009, copia de carta de fecha 12 de febrero de 2007, copia de carta de fecha 24 de abril de 2009, copia de carta de fecha 27 de enero de 2009, copia de carta de fecha 1 de febrero de 2008, copia de carta de fecha 28 de junio de 2007, copia de carta de fecha 6 de agosto de 2007, copia de carta de fecha 18 de octubre de 2007, copia de carta de fecha 3 de enero de 2009, copia de carta de fecha 8 de enero de 2009, copia de carta de fecha 19 de febrero de 2009, copia de carta



«RIT»

Foja: 1

fecha 20 de febrero de 2009, copia de carta de fecha de 12 de marzo de 2009, copia de carta de fecha 18 de octubre de 2007, copia de carta de fecha 22 de octubre de 2008, copia de carta de fecha 23 de diciembre de 2008, copia de carta de fecha 11 de mayo de 2009, copia de carta de fecha 12 de mayo de 2009, copia de carta de fecha 25 de agosto de 2010, copias de facturas emanadas de Kodama signadas con los números 342 a 371 y 381 en el escrito rolante a fs. 548 y siguientes de fecha 28 de mayo de 2016, carta de fecha 17 de mayo de 2010, no se les asignara valor de prueba por emanar de la parte que los presenta.

Que en relación al Informe de mayores plazos y sus respectivos anexos “Estudio de Impacto en plazos del proyecto corredor de Transporte Público PAC” elaborado por Dictuc S.A y la carta Gantt impactada emanada de Ingeniería Dictuc, si bien fueron reconocidos a fs.504 por el deponente Ricardo Chamorro Vera, quien manifiesto en su declaración, que los referidos documentos poseen su firma y que participó en ellos en su calidad de jefe de los equipos que desarrollaron el estudio, tratándose de informes de carácter técnico en los que se emite opinión respecto de puntos debatidos en la causa, no puede sino ser considerado como un Informe de Perito, como ya se señaló respecto de la declaración prestada por el testigo antes individualizado, por lo que constituyendo una prueba no decretada por el Tribunal, no será considerada probatoriamente.

DECIMO: Que idéntico fin probatorio rindió prueba testimonial, a saber, las declaraciones de José Luis Paz Muñoz de fs. 514 y siguientes, Octavio Navarrete Mehech fs. 521 y siguientes, Dante Hernández Canales de fs. 705 y siguientes y Sergio Brito Ávila a fs. 715 y siguientes, quienes examinados legalmente al tenor de los puntos de prueba fijados en autos, estuvieron contestes en señalar que el contrato materia de autos consistía en la construcción de un corredor para el transporte público a suma alzada, por lo que el mandante debía entregar todos los proyectos acabados y las condiciones especiales que se especificaban en las bases, tales como plazos de entrega de terrenos y solución de interferencias, determinando el Fisco los valores proforma en un monto cercano a los \$200.000.000. Indican que una vez comenzado los trabajos se pudo advertir por la demandante que los proyectos no estaban aptos para construir, por lo que sufrieron grandes cambios, a saber, no contemplaban la mayoría de las interferencias con servicios, muchos de los cuales no habían sido discutidas con los dueños de los servicios, así como con las Municipalidades de las comunas a través de las que se extendía el proyecto. Que en cuanto a las interferencias señalan que entre las más importantes se encontraba el puente EFE, lo que no se había discutido con Ferrocarriles, por lo que era impracticable llevarlo a cabo dentro de los plazos estipulados en el contrato. Asimismo otra interferencia de gran relevancia fue el Colector en el que el proyecto estaba mal diseñado, ya que interfería en otros proyectos que fueron detectados al momento de la construcción del mismo, por lo que fue necesario efectuar modificaciones.



«RIT»

Foja: 1

Manifiestan que las expropiaciones no se encontraban saneadas, por lo que no era posible dar continuidad a la obra, ya que los terrenos no podían ser entregados, lo que ocurrió mucho más allá del plazo fijado. Asimismo la actora llegó incluso a comprar terrenos para poder llevar a cabo los trabajos en los plazos fijados.

Concluyen que todos los incumplimientos por parte del Serviu RM originaron que se produjera un gran aumento en el plazo de ejecución de la obra que pasó de estar fijado en once meses a casi tres años, alterando de esta manera la secuencia constructiva, generando alzas en los costos de ejecución, que en el caso de los valores Proforma pasaron de estar contemplados en cerca de doscientos millones de pesos a más de cuatro mil millones de pesos.

Que apreciadas las declaraciones precedentes de conformidad con el numeral segundo del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, se ha de tener por cierto lo declarado por aquellos, por lo que su declaración constituye plena prueba respecto de los hechos y circunstancias contenidos en su testimonio.

Que asimismo se rindió declaración por parte de Ricardo Enrique Chamorro Vera a fs. 504 y siguientes, quien manifestó que reconocía el informe acompañado por la demandante a fs. 399, señalando que participó en él como jefe de los equipos que desarrollaron el estudio en el que la metodología se basó en el estudio exhaustivo de la información de terreno expresada mediante documentos tales como libros de inspección, cartas, informes de terreno, informe de maquinarias, lo que permitió estimar la historia de los problemas demandados por Kodama así como los plazos involucrados en el desarrollo de estos problemas, testimonio que será descartado probatoriamente por esta Sentenciadora, ya que el deponente ha declarado en autos en base a sus conocimientos técnicos manifestando una opinión sobre los hechos motivo de la causa, reuniendo entonces las características de un perito más que las de un testigo, prueba que no ha sido decretada por el Tribunal, razón suficiente para su testimonio no pueda ser valorado.

DÉCIMO PRIMERO: Que asimismo obran en autos respuestas de oficios solicitados por la demandante a fs. 733 y siguientes, en el que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo acompaña copia de Decreto Exento N°8 de 25 de enero de 2011 y copia de Informe elaborado por Subdirector de Pavimentación y Obras Viales y por el Subdirector del Jurídico, ambos del Serviu Metropolitano, sin objeción, los que ponderados legalmente permiten establecer, en lo que interesa al punto de prueba en análisis, que el Serviu reconoció adeudar la suma de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales.

Que asimismo resulta probado que hubo modificaciones en la ejecución de la obra importaron aumentos de plazo y de montos por adición de obras nuevas no consideradas inicialmente en el proyecto licitado, algunas de las cuales eran críticas para el contrato



«RIT»

Foja: 1

Asimismo queda establecido que existieron una serie de dificultades durante la construcción de la obra, tales como la falta de entrega de parte del Serviu de antecedentes críticos para hacer un proyecto construible, así por ejemplo el Paso Inferior de Melipilla en el que solo entregó un anteproyecto general el que no podía ser aprobado por el contratista si existían discrepancias entre Serviu y EFE. Por otra se prueba que no se consideraron en la ejecución de la obra interferencias con los servicios de utilidad pública y comunicaciones, lo que influyó en el desarrollo de la obra, ya que la ejecución de la obra experimentó una demora importante, ya que se consideró un trabajo lineal, con muchos frentes de trabajo, pero ello no fue posible debido, ya que hubo detenciones y reinicio de faenas en forma permanente, como asimismo regreso sucesivo a los frentes de trabajo por la liberación tardía de la faja y desprogramada en función de la carta Gantt, circunstancias que originaron mayores costos y plazo para la ejecución del contrato. Que de igual modo ha quedado establecido que el Serviu solicitó detenciones en la ejecución de las obras en función de la necesidad del comercio en atención a que se encontraban en fechas de mayores ventas y que la faja no se encontraba disponible en la fecha establecida en las bases del contrato, esto es, fines del mes de marzo del año 2007, encontrándose a esa fecha liberada solo el 62% de la faja total del proyecto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que obra en autos peritaje elaborado por el ingeniero Sergio Lehuede Fuenzalida, el que en sus conclusiones manifiesta que a finales del año 2006 el Serviu RM llamó a licitación para la construcción del corredor del Transantiago Pedro Aguirre Cerda en sus tramos 1,2,3, entregando para ello además de las bases administrativas, los proyectos tanto del pavimento como los que involucran la construcción del corredor, entendiéndose por tales los traslados de servicios, puentes y pasos niveles y los proyectos de expropiación. Agrega que en el acto de entrega de terreno a Consorcio Construcciones Kodama Ltda. se señala que la mayor parte de la faja estaba ya liberada o en vías de liberarse y lo que faltaba estaría disponible a más tardar el 31 de marzo de 2007. Las obras del contrato se debían construir sobre los terrenos pertenecientes a particulares, los que debían ser expropiados, o sobre terrenos fiscales (FACH), los que debían ser cedidos al Serviu RM por las respectivas instituciones fiscales propietarias, sin que a marzo de 2007 se hubieran iniciado los contactos para lograrlo. Que en el caso de los terrenos pertenecientes a particulares, a fines de marzo de 2007 había solo una mínima parte expropiada, a lo que se agregan los sucesivos errores cometidos por Serviu RM en los procesos de expropiación, lo que implicó que la faja estuviera totalmente liberada, solo en los primeros meses del año 2010. Manifiesta que al no estar libres oportunamente los terrenos para construir la obra, el contratista se vio obligado a reprogramar la faena, contemplando en su reprogramación numerosos frentes de trabajo de menores dimensiones, con el consiguiente mayor plazo de ejecución y sus costos asociados. Debido a la demora por parte del Serviu RM en la expropiación de los terrenos, Consorcio Construcciones Kodama Ltda. inició contactos y gestiones con los propietarios para apurar los trámites respectivos, llegando incluso a adquirir a su nombre y costo algunos lotes, con el fin de disponer de los terrenos para ejecutar la obra. La gestión que antes de ser aprobada por el Serviu RM fue rechazada y/o demorada en repetidas ocasiones. Señala que al mes de noviembre de 2007, término original del contrato, la liberación de la faja presentaba un avance de solo un 45%, debiendo haber estado resuelta en marzo de 2007. Este atraso obligó al contratista a fraccionar la obra en numerosos frentes de trabajo y



«RIT»

Foja: 1

como contemplaba en su programa original, 2 o 3 grandes frentes de trabajo con ejecución continua y secuencial. Indica que otro hecho que impactó el programa de la obra y sus costos fue la demora por la inexistencia de proyectos de especialidades debidamente consensuados con las empresas de servicios y con las respectivas Direcciones de Obra Municipales involucradas en el proyecto. Afirma que los proyectos entregados al contratista a la fecha de entrega del terreno eran de tal grado de imprecisión, que Serviu RM le entrega posteriormente un nuevo set de planos, que originan realizar más de 150 notas de cambio de este. Expresa que algunos de los cambios impactaron fuertemente sobre los plazos, métodos de trabajo y costos respecto a los considerados en la propuesta. Destaca que por tratarse de un contrato a suma alzada los proyectos de especialidades y de servicios, debían estar totalmente ejecutados, aprobados y consensuados por los intervinientes, hecho que en este caso no ocurrió, por una notable imprecisión en los antecedentes aportados por Serviu RM, situación que representó para el Consorcio Construcciones Kodama Ltda. un cambio respecto a lo considerado en su propuesta, con el consiguiente perjuicio y mayores costos. En relación a los desvíos de tránsito, el proyecto original entregado por el Serviu RM sufrió innumerables modificaciones, ya que no se contaba con las autorizaciones de los órganos pertinentes, UOCT, Municipalidades involucradas y de Carabineros de Chile, agravado por otras interferencias en la liberación de faja, por lo que los cambios a los proyectos de modificación de servicios produjeron un replanteo en los desvíos de tránsito, respecto de lo considerado originalmente. Asimismo los planos entregados por Serviu RM para el estudio de la propuesta, el catastro de las instalaciones existentes a modificar eran de tal grado de imprecisión, que produjeron un atraso permanente en los programas de trabajo del contratista. Manifiesta que Consorcio Construcciones Kodama Ltda., según Bases de Licitación debía verificar la existencia de interferencias, pero no se le pueden imputar mayores plazos y costos que esta situación le implico, ya que era imposible de prever en el contrato. Que por otra parte la modificación en la exigencia del IRI con posterioridad al inicio del contrato le representó al contratista mayores costos y plazos, como el mayor cepillado en los hormigones para cumplir el mayor requerimiento por medición del IRI cada veinte metros. En el transcurso de la obra a solicitud del mandante se exigieron aceleraciones de obra, para entregar tramos en servicio antes de la fecha programada por el contratista. Finalmente señala todos los mayores plazos que representaron un aumento desde los 336 días originales a los 1235 días, impacta en los costos de Consorcio Construcciones Kodama Ltda. básicamente sobre los gastos generales.

DÉCIMO TERCERO: Que por su parte el Fisco de Chile aportó prueba documental, a saber, Convenio Mandato de fecha 6 de julio de 2006 suscrito entre la Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y el Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana, Resolución Exenta N°2244 de fecha 18 de julio de 2006 de la Dirección Nacional de Vialidad, Resolución Exenta N°3994 de fecha 10 de agosto de 2006 del Serviu RM, Resolución N°625 de fecha 6 de octubre de 2006 del Director del Serviu, Oficio Ordinario N°7206 de fecha 29 de noviembre de 2006 del Serviu RM, Resolución N°921 de fecha 30 de noviembre de 2006 del Serviu RM, Acta de Entrega de terreno de fecha 29 de diciembre de 2006, Modificación del Convenio Mandato de fecha 16 de noviembre suscrito entre la Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y el Serviu RM, Resolución N°3802 de fecha 26 de noviembre de 2007 de la Dirección de Vialidad, Resolución N°6809 de fecha 2007 del Serviu RM, Convenios Modificatorios a Ad-Referéndum, Resolución N°134 de fecha



«RIT»

Foja: 1

16 de febrero de 2010, Resolución Exenta N°3688 de fecha 7 de mayo de 2009 del Serviu, Dictamen N°49348 de 25 de agosto de 2010 de la Contraloría General de la República, Oficio Ordinario N° 7246 de fecha 4 de octubre de 2010, Oficio Ordinario N°7246 de fecha 4 de octubre de 2010 del Director de Serviu RM, Informe Técnico de fecha 4 de octubre de 2010, de la Subdirección de Pavimentación y Obras Viales del Serviu RM, Informe Investigación Especial N°27 de la Contraloría General de la República, Bases Administrativas Especiales de Licitación Pública N°06-30057584-0-01 de la obra materia de autos, resoluciones modificatorias del contrato de construcción de obra pública emitidas por el Serviu, copia de contestación de la demanda presentado por el Serviu en los autos Rol N°27.734-2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago, documentos relativos al pago de la obra por parte de la Dirección de Vialidad, Resoluciones de expropiación de terrenos y actas de entrega de terrenos efectuadas por el Serviu Metropolitano emitidas entre el 22 de febrero y 18 de noviembre de 2009, copia de la sentencia de primera instancia pronunciada con fecha 26 de junio de 2014 en los autos Rol N°27.734-2010 del 10° Juzgado Civil de Santiago, Sentencia de Segunda Instancia de fecha 30 de diciembre de 2014 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y Sentencia de casación de fecha 10 de diciembre de 2015 de la Excm. Corte Suprema, los que apreciados de conformidad con las reglas reguladoras de la prueba permiten establecer, en lo que interesa al punto de prueba en análisis, la existencia de modificaciones al contrato original que produjeron ampliaciones del plazo de ejecución de la obra, que la Contraloría General de la República mediante Dictamen N°49348 de 25 de agosto del año 2010 representó el pago de mayores gastos generales aprobados en razón de no podía generar indemnización cuya base fuera la base de cálculo fuera el monto inicial del contrato el que resultaba vinculante para el Serviu RM y que la Investigación de la Contraloría General de la República relativa a la transacción celebrada entre el Serviu y Kodamam concluyo que el primero al celebrar el contrato de construcción materia de la causa, en su calidad de mandatario de la Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas debió comunicar y hacer partícipe a su mandante de las actuaciones y decisiones que llevaron a la transacción, constatándose además que el informe justificatorio de montos elaborados con posterioridad al contrato no se ajustó a la normativa aplicable en la determinación del valor del valor de \$14.096.984.927 como procedente a indemnizar, resultando justificados administrativamente la suma de \$131.351.373, sin perjuicio de lo relativo a las multas pendientes de definir.

DÉCIMO CUARTO: Que el N°30 del artículo 4° del Decreto 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas señala que para la correcta interpretación del Reglamento, se entiende por N°30 Propuesta a Suma Alzada: La oferta a precio fijo, en que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios, y cuyo valor total corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de precio unitario, si los hubiere. El valor del contrato podrá estar afecto a algún sistema de reajuste conforme con lo estipulado en el artículo 108.

DÉCIMO QUINTO: Que la doctrina por su parte ha entendido que el contrato a suma alzada es aquel en que se acuerda la ejecución de una obra dentro de un plazo y por un precio determinado, el que se mantiene invariable, en que el contratista aporta los materiales



«RIT»

Foja: 1

trabajo, asumiendo el riesgo económico del mismo, como contrapartida de tener la administración del contrato, permitiéndole de esta manera el manejo de sus gastos y utilidades.

DÉCIMO SEXTO: Que de conformidad con lo expuesto en el motivo que precede es posible afirmar que el contrato a suma alzada puede ser considerado un contrato oneroso, esto es, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1440 del Código de Bello, tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro y además conmutativo, es decir, según lo dispone el artículo 1441 del cuerpo legal citado, aquel en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

DECIMO SEPTIMO: Que sin perjuicio de haber establecido en lo precedente que resulta un elemento propio del contrato a suma alzada la existencia de un precio fijo por la ejecución de la obra, dicho elemento puede ser objeto de revisión e incluso modificación, si las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato variaron con ocasión del incumplimiento negligente del mandante de la obra de las obligaciones que le imponía el contrato y se generaron mayores costos de ejecución de la obra encomendada, circunstancias que no resultan imputables al contratista. Ello resulta de ser un contrato oneroso conmutativo, esto es, el contratista lo celebró esperando recibir una utilidad y una contraprestación equivalente a la que ha otorgado, por lo que sostener la invariabilidad del precio atentaría contra la buena fe contractual, ya que si bien, como se señaló, el contrato a suma alzada conlleva un riesgo económico para el contratista que lo celebra, dicho riesgo lo asume en el entendido que se produzca por su propia negligencia o por modificaciones del mercado, más no por la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte.

DÉCIMO OCTAVO: Que el artículo 1489 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

DÉCIMO NOVENO: Que de conformidad con la norma transcrita en lo precedente y el mérito de la prueba rendida y ponderada legalmente, a juicio de esta Sentenciadora, ha quedado acreditado en autos que Serviu RM en su calidad de mandatario del Fisco de Chile incumplió obligaciones que le imponía el contrato celebrado con la actora, a saber, entrega de faja liberada más allá del plazo previsto en las bases de licitación, retraso en traslado de instalaciones de servicios lo que se produjo durante la ejecución del proyecto en diversas etapas del mismo, trabajos que se realizaron en forma incompleta que luego debieron ser terminados en otras fases de avance de las obras, entrega de proyectos defectuosos o de simples anteproyectos, los que debieron ser asumidos por la propia demandante, falta de proyectos de especialidades respecto de obras respecto de las cuales se encontraban involucradas diferentes Municipalidades y falta de determinación de interferencias, incumplimientos contractuales que significaron que proyecto que contemplaba el contrato y las bases de licitación y especificaciones técnicas que integraban tuvieron cambios que modificaron no solo los plazos en que se ejecutarían trabajos-alterando la secuencia constructiva establecida por el contratista- que sino también obra en sí, entendiéndose que en esta se encuentran comprendidos diferentes aspectos en el iter



«RIT»

Foja: 1

ejecución y desarrollo, esto es, disponibilidad de trabajadores y maquinarias y costos pro forma, entre otros, por lo que a juicio del Tribunal y de conformidad con lo previsto por el artículo 1547 del Código de Bello los incumplimientos denunciados resultan imputables al Fisco y en consecuencia corresponde a este indemnizar los perjuicios que su conducta le ocasionó a la demandante.

VIGESIMO: Que la demandada opone excepción de renuncia a los perjuicios demandados, argumentando que de conformidad con el N°6 letra d) de lo Resolutivo de la Resolución N°921 de fecha 30 de noviembre de 2006, que constituye el contrato de obra de autos, se estipuló expresamente respecto del contratista: “ Que no tiene derecho a cobrar indemnización al Serviu Metropolitano ni podrá pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por las alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente, ni por cualquier otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato”.

Agrega que en todos los convenios modificatorios o ad Referéndum sobre aumentos de plazo, obras y gastos generales, la demandante suscribió, sin excepción alguna, una renuncia expresa a reajustes, indemnizaciones y mayores gastos generales a que tuviere o pudiese tener derecho con motivo de las respectivas modificaciones, todo ello en atención a que el contrato celebrado se suscribió bajo la modalidad a suma alzada, cuyo efecto es, que el constructor se obliga a ejecutar la obra a cambio de una suma única de dinero y nada más, por lo que opone la excepción de renuncia a mayores gastos generales, reajuste e indemnizaciones en relación a la obra pública de autos, ello de conformidad lo autoriza el artículo 12 del Código Civil, tanto en el contrato de construcción, como en cada una de las modificaciones o convenios Ad Referéndum.

VIGESIMO PRIMERO: Que la actora al evacuar la réplica, en relación a la excepción de renuncia, solicita su rechazo, señalando que es improcedente, ya que resulta una interpretación absurda de la cláusula aludida, ya que la renuncia aludida se refiere a los perjuicios generados por la ejecución de trabajos pero no a los incumplimientos contractuales del co contratante. Asimismo señala que el Fisco opone excepción de renuncia a del derecho a mayores gastos generales, reajustes e indemnizaciones, porque ello habría ocurrido en la firma de cada convenio modificatorio, pero dicha cláusula en caso de ser válida solo podría afectar a aquellos casos en que la ampliación de plazo se encuentra fundada y se origina solo en el acuerdo de nuevas y mayores obras, pero en caso alguno puede amparar la situación en que el mayor plazo se origina, otorga y pacta a consecuencia del incumplimiento del mandante en sus obligaciones contractuales, que son las que protege y regula el artículo 92 del inciso 2 del DS 236.

Finalmente señala que para que las renunciaciones produzcan efectos deben ser expresas y no pueden presumirse, son excepcionales y en consecuencia de aplicación e interpretación restrictiva.

VIGESIMO SEGUNDO: Que si bien aparece del tenor literal del Decreto N°921 la existencia de una cláusula de renuncia a indemnizaciones y mayores gastos por parte de Kodama, ella puede ser interpretada en el sentido propuesto por el Fisco de Chile, ya que como bien se en el motivo décimo séptimo, la buena fe contractual que integra el contenido de todo contrato de su posterior ejecución, impide entender que dicha renuncia se refiera a los daños



«RIT»

Foja: 1

provengan del incumplimiento de su co contratante, ya que ello significaría condonación de dolo futuro, cuestión que se encuentra prohibida en nuestra legislación, por lo que necesariamente la excepción en análisis deberá ser rechazada.

VIGESIMO TERCERO: Que en orden a acreditar la existencia de perjuicios, naturaleza y monto, Kodama rindió prueba documental, debidamente individualizada y ponderada en el motivo Noveno, la que no se reproduce por razones de economía procesal, dentro la que destaca probatoriamente el documento denominado “Informe Contrato Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos Maipú”, elaborado por funcionarios de su dependencia, la existencia de un detrimento económico para Kodama ascendente a \$14.096.984.927 derivado directamente de la falta de integridad y sustentabilidad de los proyectos entregados por dicho Servicio para la ejecución de las obras, como asimismo la ineficiente programación en el desarrollo oportuno de los respectivos procesos expropiatorios.

VIGESIMO CUARTO: Que con idéntico fin probatorio la actora rindió prueba testimonial consistente en las declaraciones de José Luis Paz Muñoz fs. 514 y siguientes y Octavio Navarrete Mehech a fs. 521 y siguientes, quienes interrogados legalmente y sin tacha señaló el primero de ellos que atendida la discontinuidad de los trabajos, sobre costos importantes y una multiplicidad de frentes de trabajo se generó un importante perjuicio para la demandante. Agregó que la multiplicidad de frentes de trabajo provocó tener un incremento importante en los recursos a emplear, lo que significa multiplicar la supervisión y por ende los gastos indirectos y de administración, ya que se incrementan para adecuarse a esta nueva condición no contemplada en el estudio. Añade que los incrementos de plazo, las interferencias y la multiplicación del costo real y final de las obras no fueron previsto por Kodama, ya que se trataba de un contrato a suma alzada y los contratos de esta naturaleza deben estar absolutamente afinados y aprobados los proyectos que se entregan para su estudio y ejecución de la obra. Indica que Kodama soporto el sobre costo que generó el mayor plazo y todos los problemas descrito, con la confianza que su relación de más de 20 años con el Fisco le permitiría solucionar los problemas de sobre costos enfrentados en otras obras con anterioridad. Finalmente señala que los valores pro forma aumentaron de 200 millones de pesos a 4.500 millones de pesos.

Que el segundo de los deponentes manifestó que el contrato no se terminó en el plazo y que solo se hizo en el año 2010, lo que conllevó a que la demandante financiara gran parte de los gastos generales producto del atraso generado por un proyecto no acabado, ascendiente a 10 mil millones de pesos, solo por efecto de atraso de las obras, ya que se debió mantener personal fijo y gastos de servicios por más de 900 días adicionales al plazo establecido en la propuesta. Indica que los rendimientos no fueron los esperados en atención a que las empresas de servicios debían hacer cambios, lo que no fue contemplado por el mandante debido a que en los valores proforma fueron 196 millones y el valor real pagado fue más de 4 mil millones. Afirma que atendido que el contrato fue celebrado bajo la modalidad de suma alzada se esperaba que el mandante entregara todos los proyectos totalmente acabados y las condiciones especiales que especifican en las bases las cuales el contratista debe considerar en su estudio, por lo que asume que los proyectos no tendrán modificación, que las expropiaciones serían entregadas en el plazo estipulado en las bases y que los cambios de servicios se encontraban acordados con



«RIT»

Foja: 1

empresas respectivas, lo que en la realidad no ocurrió. Expone que el aumento de valores proforma tuvo como consecuencia que debido a que el presupuesto que tenía el mandante las compañías de servicios no podían generar los cambios de servicios dado el costo ofrecido por las compañías de servicios llevando esto a generar conversaciones y alternativas entre el mandante y las compañías para obtener el menor costo y poder conseguir los fondos necesarios para que las obras se pudieran ejecutar, debido a que estas en específico no las podía ejecutar la constructora, sino contratistas especializados de las empresas de servicios, no pudiendo ejecutarse ninguna obra mientras aquellas no procedieran al traslado de sus servicios. Respecto de los extra costos indicó que ellos comprenden los gastos generales, aceleración de obra, costos financieros, aumentos de obra no cancelados, inversiones en maquinaria y equipos, entre otros.

Que reuniendo las declaraciones de los testigos los requisitos establecidos en el numeral segundo del artículo 384 del Código de Enjuiciamiento Civil, se tendrá por cierto lo declarado por ellos.

VIGESIMO QUINTO: Que de igual modo obra en autos Informe de Peritos en el que se expone por el Ingeniero Sergio Lehuede, en relación al punto de prueba en análisis, que analizados los antecedentes, es posible observar que se produjo una distorsión entre el aumento de plazo y el aumento de las obras contratadas, lo que generó un grave perjuicio al contratista, perjuicio generado por la pérdida de rendimiento en los recursos de mano de obra y maquinaria, como por otra la circunstancia de tener que mantener estructura de gastos generales de la obra durante los 1235 días, sin contar con los volúmenes de obra para recuperar el mayor costo por gasto general de la obra. Afirma que todos los mayores plazos que representaron un aumento desde 336 días originales a 1235 días impactaron en los costos de Consorcio Construcciones Kodama Ltda. básicamente sobre los Gastos Generales cuyo mayor costo se calculó proporcionalmente a los considerado en su propuesta, cantidad que asciende a \$9.974.155.154. Que respecto de los mayores costos directos verificados en las partidas afectadas no consideradas en el presupuesto original, como las obras extraordinarias, compra de lotes para liberar faja, perjuicios a subcontratistas por mayor plazo, mayor gestión de apoyo a valores proforma ascienden a \$2.544.880.740. Agrega que todos los costos están expresados en la moneda del contrato, valores que se encontraban congelados hasta el vencimiento del plazo original, el mes de noviembre de 2007 más un mes, a partir de esa fecha se le reconoce un valor por reajuste de \$7.868.335.263 y un valor por costo financiero de \$3.520.444.12. Finalmente concluye que el costo de las indemnizaciones calculadas asciende a \$23.907.815.169 sin IVA reajustados a diciembre de 2016, incluyendo el reajuste y el costo financiero de la deuda desde la fecha de término del contrato original, esto es, el mes de diciembre de 2007.

VIGESIMO SEXTO: Que Consorcio Construcciones Kodama Ltda. ha solicitado en autos el pago de la suma de \$19.418.010.063 a título de daño emergente producido por el incumplimiento contractual del Serviu RM., mandatario del Fisco de Chile, respecto de las obligaciones que emanaban para el ente fiscal del contrato de construcción denominado “Habilitación del Corredor de Transporte Público Pedro Aguirre Cerda- Tramo Alame Pajaritos”.

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que habiendo establecido la existencia de incumplimiento contractual por parte de demandada de autos y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1547 c



«RIT»

Foja: 1

Código Civil, aquella no logró mediante la prueba rendida en autos destruir la presunción contenida en la norma citada, por lo que su incumplimiento resulta ser culpable, como también origen de los perjuicios demandados, en atención a la evidente relación de causalidad entre aquellos y el incumplimiento denunciado, por lo que reuniéndose los requisitos de procedencia de la acción resarcitoria procede fijar el monto de la misma.

VIGESIMO OCTAVO: Que atendido el mérito de los antecedentes probatorios analizados y ponderados en los motivos que preceden, especialmente la prueba documental y pericial ha quedado, a juicio del Tribunal, probado que los perjuicios corresponden a la suma que el propio Serviu reconoció adeudar en su oportunidad, esto es, \$16.636.412.630, cantidad que deberá pagar el Fisco de Chile más reajustes e intereses, desde que este fallo quede ejecutoriado, sin IVA por improcedente.

VIGESIMO NOVENO: Que los restantes medios de prueba en nada alteran lo resuelto.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 12, 1440, 1441, 1489, 1547 y 1698 y siguientes del Código Civil, 144, 170, 177 y 342 N°2 y 3, 346 N°1 y 3, 348 bis, 384 N°2 y 426 y demás normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, artículo 16 Ley 18.091, artículo 4° N°30 Decreto 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas, se declara:

- I-. Que se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el demandado;
- II-. Que se acoge la demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios y en consecuencia se condena al Fisco de Chile a pagar a Consorcio Construcciones Kodama Ltda. a título de daño emergente la suma de \$16.636.412.630, cantidad que deberá pagar el Fisco de Chile más reajustes e intereses, desde que este fallo quede ejecutoriado, sin IVA por improcedente.
- III-. Que atendido lo resuelto se omite pronunciamiento respecto de las demandas subsidiarias de indemnización de perjuicios y de restitución por enriquecimiento sin causa;
- IV-. Que se condena en costas al Fisco de Chile por haber resultado totalmente vencido.

Rol 2645-2015.

**Dictada por doña Rommy Müller, Juez Titular del Sexto Juzgado Civil de Santiago.
Autoriza doña María Elena Moya Gúmera, Secretaria Subrogante.**

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, veintiocho de Diciembre de dos mil diecisiete**

