Talca, veintiocho de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos trigésimo primero, trigésimo segundo, y los párrafos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, decimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto del motivo vigésimo séptimo, que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar, y además en consideración:

PRIMERO: Que comparece el abogado Juan Antonio Vallejos Urbina, en representación de la parte demandante en autos de juicio ordinario caratulados "Ingeniería y Construcción Ay V Limitada con Talca Chillán Sociedad Concesionaria S.A.", Rol C-102-2011 ante el Juzgado de Letras de Parral, quien interpone recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 24 de octubre de 2017, que acogió la demanda interpuesta por la actora sólo en cuanto le ordena a la parte demandada pagar a la demandante la suma de $33.003.480 más IVA, reajustada y con intereses para operaciones reajustables conforme a lo expuesto en el considerando trigésimo de la sentencia recurrida, rechazando en todo lo demás lo pedido, sin condenar en constas a la demandada, decisiones que estima agraviantes para los derechos de su parte.

SEGUNDO: Que la parte recurrente fundamenta su pretensión en que la parte demandada, denominada "la Concesionaria", ha actuado de mala fe al negar la existencia de un acuerdo entre las parte en cuanto a las faenas o trabajos que son materia de la causa desde su primera presentación, trabajos que fueron efectivamente realizados por la recurrente en los nueves días posteriores al gran sismo del 27 de febrero de 2010, como se ha probado en el transcurso del juicio, de forma que solo quedó pendiente el pago por parte de la demandada, reconociendo dicha parte la superficie realizada, siendo esta de 16.124 metros cuadrados, a través de una carta respuesta entregada por el Gerente General de la Concesionaria, don Mario Bellerini Figueroa, el día 03 de junio de 2010, sin embargo, alega que existe una discrepancia entre las partes en cuanto al Volumen de los trabajos y a la clase o tipo de aquellos Trabajos o Faenas.

Alega que la profundidad de los trabajos realizados oscila entre los 1,30 y 1,50 metros, lo que discrepa demasiado del "espesor de 30 centímetros" que la Concesionaria reconoció en la mencionada carta. Señala también que los trabajos realizados consistieron en la remoción de estructuras, excavación y extracción de escombros, y la reparación y mejoramiento de terrenos o relleno de terraplenes de la

XHXWMGXDFV

Ruta 5 Sur, en los seis puntos específicos señalados en la demanda, enfatizando en que no se pactó un contrato de construcción, sino un contrato de prestación de servicios especiales destinados a salvar la contingencia que enfrentaba la Concesionaria, de forma que, a diferencia de lo mencionado en la sentencia en su considerando vigésimo quinto, la discrepancia en las faenas específicas era mayor que "sólo en el aporte de material granular", pues la Concesionaria ha negado no solo este relleno con "materia granular", sino todas las faenas especificas detalladas en su presentación, al igual que la demandada desconoce la profundidad de los trabajos, pues esta es cuatro o cinco veces superior a la reconocida por la contraparte, lo que señala esta suficientemente acreditado con la prueba rendida en el proceso.

Añade que, la suma demandada por su parte asciende a la cantidad de $402.727.697 como indemnización por daño emergente, lo cual ha sido acreditado, principalmente a través del Informe Técnico que rola a fojas 756 a 769, en donde consta el precio desglosado correspondiente a las faenas especificas realizadas, y cuyo monto total asciende a los $437.038.891. Con respecto al lucro cesante, señala que la decisión que no da ha lugar esta indemnización es injusta, pues la parte recurrente comprometió recursos monetarios y maquinarias sobre la base de que su contraparte le pagaría oportunamente, enfatizando que han transcurrido casi ocho años y esto aún no ha ocurrido. Indica que las obras deterioraron definitivamente maquinarias y equipos lo que le privó de ejecutar otras obras similares, dejando a su representada sin posibilidades de realizar más trabajos en la etapa posterior al "27 F", cuando existía una demanda mayor, de forma que no pudo competir en igualdad de condiciones con otras empresas similares, lo que derivó del incumplimiento de la parte demandada.

Además, señala que la contraparte debiera ser condenada en costas debido a la mala fe que ha mostrado al negar todos los servicios realizados por su parte y por su oposición a efectuar cualquier pago al que pueda verse obligado. Por último, hace presente que el tribunal a quo dictó su fallo sin esperar la realización de dos diligencias estimadas como vitales para su parte, siendo esta la absolución de posiciones y la inspección del tribunal de los lugares donde están acopiados los desechos o escombros extraídos de la Ruta 5 sur en las faenas de excavación, lo que les impidió acreditar de mejor forma los hechos controvertidos de autos.

Por todo lo anterior, pide que se acoja con costas la demanda planteada por su representada, acogiendo los pagos de daño emergente, del lucro cesante y de las costas del juicio, con costas.

XHXWMGXDFV

TERCERO: Que son antecedentes de la causa: 1) Que, con posterioridad al terremoto de 27 de febrero de 2010, la parte demandada encargó a la demandante, y recurrente, la habilitación para la conectividad de la Ruta 5 Sur en los siguientes lugares: Sector Oriente Km. 324, enlace Retiro; Sector Oriente Km. 340,06; Sector Oriente Km. 341, Parral-Termas de Catillo, Chanco; Sector Oriente Km. 344,04 hasta el Km. 342,00; Sector Poniente Km. 344,04 hasta Km 342,00; Sector Poniente Km. 341, Parral- Termas de Catillo, Cauquenes, Chanco, de forma que la demandante se obligó a habilitar la ruta para el tránsito post terremoto, y la demandada debía, en su oportunidad, pagar por dicho servicio; 2) Que, en el momento del encargo por parte de la demandada al demandante, no se estipuló un precio determinado, posponiendo tanto el precio como el pago de los servicios; 3) Que, el trabajo encomendado a la demandante se ejecutó en el lapso de 9 días, sobre una superficie total de 16.124 metros cuadrados; 4) Que, con fecha 17 de mayo de 2010, se presentó, por parte de la demandante, un informe de cobro a la demandada en donde se señalaron los trabajos realizados, y la valoración de éstos efectuada por la demandante; 5) Que la demandada, con fecha 3 de junio de 2010, aceptó los trabajos realizados en cuanto a la duración de los mismos, el listado de maquinaria y personal, como también la superficie (metros cuadrados) intervenidos; 6) Que, a la fecha, la demandada no pagó por los trabajos realizados por la demandante, señalados en los puntos N°1 y 4.

CUARTO: Que, como bien señala la sentencia de primera instancia, durante el juicio se ha acreditado la existencia de un contrato entre las partes, ello por cuanto a la prueba documental rendida "Informe Cobro Ruta 5" -acompañado a fojas 966-, que fue respondido por la parte demandada a través del documento acompañado a fojas 964, el que no fue objetado, donde no se niega de ninguna forma los trabajos ni se alega la intervención de la actora sin consentimiento de la concesionaria, por lo que es lógico concluir que ambas partes tenían pleno conocimiento de lo acordado, no obstante la discrepancia en relación a los trabajos realizados y al valor de estos. Además, el consentimiento también se ve refrendado en la copia de la declaración policial voluntaria del Gerente de la demandada que consta a fojas 915, donde reconoce el acuerdo para restablecer el paso de los vehículos por la carretera 5 Sur después del terremoto del año 2010.

De forma que debe tenerse por acreditado la existencia del contrato entre las partes, y de igual forma el incumplimiento de la obligación de pago de la parte demandada, pues dicho incumplimiento no fue controvertido en juicio.

Asimismo, es menester hacer presente que estamos frente a una excepción a la regla que limita la prueba de testigos respecto a una

XHXWMGXDFV

obligación que haya debido consignarse por escrito, pues, la celebración del contrato se realizó en periodo de tiempo de emergencia, en donde lo importante era contener la emergencia y los daños ocasionados lo más pronto posible, de forma que nos hallamos dentro de lo establecido en el inciso tercero del artículo 1711 del Código Civil de la siguiente forma "Exceptuándose también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los Códigos especiales". De forma que es evidente que la imposibilidad de obtener la prueba escrita del contrato y sus términos es producto del hecho público y notorio de la ocurrencia del terremoto del 27 de febrero del año 2010.

QUINTO: Que la prueba producida en esta instancia, consistente en la absolución de posiciones del demandante y apelante, don Eduardo Arzola Vásquez, en representación de Ingeniería y Construcción A y V Limitada, y del representante de la demandad don Mario Ballerini Figueroa, contribuyó igualmente, a establecer la existencia de una relación contractual entre las partes, en los términos que se tiene por establecidos en autos, dado que el demandante reconoció que Ingeniería A y V fue la encargada de haber ejecutado trabajos viales cuyo objetivo era reparar, habilitar y/o restituir la conectividad de la vía principal de la Ruta 5 Sur, tras los deterioros causados por el terremoto del 27 de febrero de 2010, asimismo, declara que la contraparte sí hizo recepción de las obras, que se le envió un informe de cobro y que recibió algunas cartas de la Concesionaria, aunque no recuerda la fecha, con propuestas de pago que se rechazaron por ser de un monto inferior al costo de los trabajos realizados, igualmente, reconoce que hubo un acuerdo de palabra entre don Mario Ballerini de hacer el trabajo y que se pagaría lo que saliera, ya que no se conocían los procedimientos que se realizarían, pues el trabajo era habilitar la ruta, porque en esos momentos el país estaba dividido en esa zona, y, además, declara que sí es efectivo que en la zona se habrían ejecutado, entre otras obras viales, las de excavación, remoción, extracción y/o movimiento de material, demolición de estructuras y estabilizado o compactación de rellenos, agregando que la magnitud de los trabajos fue repetida en varias oportunidades por la seguidilla de sismos en los días siguientes al terremoto y eso generó que los trabajos hubo que hacerlos en forma repetitiva, dado que el efecto de Licuefacción hacía que cada sismo que hubo emergía barro hacia la superficie y eso significaba que había que remover lo que se había hecho y reponer material nuevo. Y el demandado reconoció que sí es efectivo que el tramo de la Ruta 5 Sur (del kilometro 319 al kilometro 350) corresponden a un sector de la Ruta 5 Sur ubicado dentro de las comunas de Retiro y Parral, que sí es efectivo que los sectores que debieron ser reparados en el tramo indicado corresponden a

XHXWMGXDFV

reparaciones realizadas en la calzada oriente y en la calzada poniente de la misma Ruta 5 Sur, aunque aclara que existieron básicamente tres periodos de tiempo asociados a tres tipos diferentes de reparaciones, siendo la primera e inicial para tapar algunos hoyos y acomodar algunos desprendimientos para dar conectividad a vehículos de emergencia solicitados a la autoridad para dar paso hacia el sur, un segundo periodo de trabajos mayores que se desarrollaron principalmente desde el mes de marzo hasta probablemente septiembre de 2010 que permitió dar un cierto estándar a los usuarios de la ruta 5 sur para transitar en condiciones mínimas de seguridad, y un tercer periodo de reparaciones definitivas que se inició en septiembre de 2010, donde dichas reparaciones definitivas debieron ser previamente aprobadas por el MOP para recuperar el estándar de esa carretera, también, declaró que el señor Pablo González, jefe de atención de usuarios, fue la persona con que el señor Arzola Vásquez hizo el trato para realizar el trabajo, señalando que no hubo un acuerdo inicial de precios, sólo tapar algunos hoyos y baches para dar conectividad inicial luego del terremoto, además de reconocer que es efectivo que la empresa demandante efectivamente participó y ejecutó de los trabajos realizados en los lugares previamente señalados, aunque aclara que sólo participó en los trabajos de emergencia, de los siete o diez días iniciales luego de ocurrido el terremoto, luego de lo que se le pidió salir de algunos sectores que se estaban interviniendo pues ingresó una empresa llamada Claro Vicuña Valenzuela a ejecutar trabajo del segundo periodo mencionado.

SEXTO: Que producto de las especiales circunstancias en las que se pactó el contrato, no pudo determinarse anticipadamente ni fue posible especificar las labores que se realizarían para restablecer el tránsito vehicular por la ruta señalada.

En cuanto a las labores específicas realizadas por la recurrente, a juicio de este altísimo tribunal, se encuentran suficientemente acreditadas, principalmente por la declaración de testigos, las siguientes: 1) Remoción de estructuras; 2) Excavación en terreno de cualquier naturaleza (TCN); y 3) Relleno de terraplén. Todo lo que se acredita por las declaraciones de los testigos presentados en el juicio, así, el primer testigo de la parte demandante, don Hernán Downey, quien señala haber visto los trabajos que se realizaron indicando que "eran de excavación y relleno y recuperar desplazamiento de los terraplenes principalmente, en la medida que excavaban se encontraban con terrenos fangosos y licuados, lo que les hacía retirar ese material y reponerlo con material seco"; el segundo testigo de la parte demandante, don Robinson Castillo, señala que "las labores fueron retiro de material de asfalto y después retiro del material contaminado y la reposición de ese material para poder dar la conexión", también indica que "los rellenos fueron en profundidad, no

XHXWMGXDFV

se puede reemplazar una capa superficial, tiene que ser en profundidad. Al final medimos fue una profundidad de metro cincuenta, ese fue un promedio que sacamos de los sectores que se repararon", también, el cuarto testigo de la parte demandante, don Milton Ávila, indica que "se trabajó en la sustracción de materiales de la carretera que estaban en malas condiciones y a la vez esas excavaciones se trasladan a botaderos y se reemplazan por materiales secos y se iban compactando en capas de 20 cm", agregando que "hubieron excavaciones de más de 2 metros, como también hubieron algunas de un metro, se sacó mucho material (…) La profundidad promedio de los trabajos fue de 1,60 Mts"; el quinto testigo de la parte demandante, don Walter Fuentes, manifiesta que "hubo que hacer desplazamiento de material, compactación de material, nivelar, transportar materiales para habilitar la carretera, había mucho material de asfalto el cual imposibilitaba el tránsito de vehículo, para lo cual se utilizó excavadoras, retroexcavadoras y camiones tolva para mover esos materiales y habilitar el paso" agregando que existieron trabajos de "profundidades más o menos 1,30 o 1,50 mts.", por último, el sexto testigo de la parte demandante, don Nolberto Mella, señaló que "las labores consistían en remoción de escombros, centros de acopio e hizo relleno", además, sobre la profundidad indica que "en algunas partes fue más profunda y en otras no tanto, en las partes más bajas no fue menos de un metro. Además, de las declaraciones del testigo de la parte demandada, sólo se puede desprender que existieron daños en la carretera y se apreciaron "grandes excavaciones", lo que no desvirtúa ni contradice lo declarado por los testigos de la recurrente.

Por lo anterior, se tiene por acreditado la existencia de estas tres labores realizadas en una superficie de 16.124 metros cuadrados, y con una profundidad aproximada de 1,30 metros.

SÉPTIMO: Que, queda por dilucidar el aspecto principal de a controversia de autos y que dice relación con el precio de las obras ejecutadas por la demandante, teniendo en cuenta que el valor mínimo de las mismas, reconocido por la demandan en su respuesta al informe de cobro, equivale a $30.003.480, más IVA.

Sin embargo, en dicha propuesta de la demandada, se consideró el valor de cada rubro conforme a su precio en tiempos de normalidad y no en la situación de catástrofe en que se realizaron.

En este contexto es que se debe analizar la prueba rendida, estimando que el informe técnico acompañado por la actora, que fuera realizado por don Hernán Downey conjuntamente con lo declarado por este en el juicio, de manera coherente con los dichos de los testigos presentados por la demandante, permiten asignarle valor probatorio en los términos establecidos en el artículo 1712 del Código Civil, en

XHXWMGXDFV

relación con lo prevenido en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, dado que lo expuesto y concluido en dicho informe, tiene un correlato probatorio con la testimonial de autos referida, de tal manera que reviste caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento en estos sentenciadores.

OCTAVO: Que, en cuanto al precio de las obras sin perjuicio de lo establecido en el motivo anterior, esta Corte está de acuerdo en señalar que la forma idónea de acreditar estos montos es a través de una prueba pericial, la que no fue rendida en juicio. Así la parte que demanda, presentó el referido Informe Técnico que rola de fojas 756 a 769, más la documental acompañada por la parte demandada que rola a fojas 833 a 899 sobre los factores en común que tuvo el trato con otros contratistas que ejecutaron labores de emergencia en la ruta 5 sur con posterioridad al terremoto, documentos de los cuales se pueden desprender los valores por metro cúbico cobrados bajos los ítems con nombres similares a las labores acreditadas en juicio, sobre todo teniendo en cuenta, la especial relevancia que tiene este medio de prueba, según se ha dicho en el considerando 4º, acerca de la no aplicación de la restricción de la prueba de testigos, contenida en el artículo 1711 del Código Civil.

Así, respecto a los valores sobre Remoción de estructuras, los precios oscilan entre los $48.461 alegados por la demandante y los $28.680 desprendidos de los documentos acompañados por la demandada, valores que sirven de base para establecer que el promedio del valor de estas labores corresponde a $38.570 por metro cúbico, de forma que al calcular el valor total por la superficie reclamada por la demandante (16.124 metros cuadrados por 0,20 metros de profundidad) se obtiene un total de $62.190.268.- por concepto de este ítem.

Luego, en cuanto a las labores sobre Excavación de Terreno TCN, utilizando los mismos antecedentes es posible establecer que los precios oscilan entre $5.812 a $2.925 por metro cúbico, de forma que se fijara el valor de las labores realizadas en autos por el promedio de estos precios, lo que asciende a la suma de $4.368 por metro cúbico. Así, el valor total obtenido al calcular dicha cantidad por la superficie trabajada (16.124 metros cuadrados por 1,3 metros) equivale al monto total de $91.558.521.

Por último, respecto a las labores de relleno de terraplén, utilizando el mismo método descrito, los valores oscilan entre los $7.012 y los $10.500, obteniendo un valor promedio de $8.756 por metro cúbico, precio que, multiplicado por la superficie fijada, da como resultado el monto total de $183.536.267.

XHXWMGXDFV

De esta forma, el valor de todas las labores especificas realizadas asciende al monto de $337.285.056, el que este tribunal *ad quem* fijara como valor prudencial por concepto de daño emergente, lo que se condice con lo establecido y estimado en el informe técnico presentado por la demandante que fuera cuando por el demandante y que fuera emanado por el Ingeniero Hernán Downey, referido en el motivo que precede.

NOVENO: Que, en cuanto a la indemnización solicitada por concepto de lucro cesante, este tribunal, está de acuerdo con lo razonado por el tribunal de primera instancia, por cuanto no se ha acreditado en el juicio el presupuesto fáctico en la que se funda dicha pretensión, de forma que no hay prueba que de cuenta de la imposibilidad de haber suscrito nuevos contratos producto del desgaste de las maquinas al realizar los trabajos de autos, ni indicios o prueba pericial que permita determinar que el monto por concepto de esta indemnización ascienda al 15% del valor de la obra, es más, como bien específica el fallo recurrido, la prueba de la demandante, a fojas 943, acredita que la recurrente efectuó otros trabajos para otras empresas. Además, la prueba testimonial no añade mayor información para esclarecer la existencia de estos perjuicios y su causalidad con el incumplimiento de la obligación principal ni el monto al que ascenderían, de forma que, al no haberse acreditado de forma suficiente, se rechazará este punto.

DÉCIMO: Que, en lo relativo a la alegación de las costas del juicio, la buena fe procesal puede definirse como "Aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta, concepto jurídico indeterminado y desde una perspectiva necesariamente genérica" (Pico Junoy, Joan (2013). El principio de la Buena fe Procesal, p.69), de esta forma, el mismo autor citado menciona como ejemplos de vulneraciones al principio de la buena fe procesal el formular pretensiones o excepciones manifiestamente infundadas, lo que justificaría la correspondiente condena en costas (p.132).

Así, esta Corte considera que la conducta de la contraparte de negar, durante gran parte del proceso, la existencia de un quantum razonable de la obligación y de los trabajos realizados, efectivamente dan indicios en tal sentido, razón que motiva su condena en costas.

Por estas consideraciones y vistos además lo dispuesto en los artículos 186 del Código de Procedimiento Civil, **SE CONFIRMA**, con costas, la sentencia definitiva apelada del 24 de octubre de 2017 emanada del Juzgado de Letras de Parral, **CON DECLARACIÓN** en los puntos decisorios IV y V, disponiéndose en su lugar lo siguiente:

XHXWMGXDFV

I. Que se acoge la demanda interpuesta por Ingeniería y Construcción A y V Ltda., representada legalmente por Eduardo Arzola Vásquez, en contra de Talca Chillán Sociedad Concesionaria S.A. representada legalmente por Mario Ballerini Figueroa, sólo en cuanto ordena pagar a la demandante la suma prudencial de 337.285.056 pesos, reajustada y con intereses para operaciones reajustables, desde la notificación legal de la demanda, rechazándose lo solicitado por lucro cesante y daño moral.

II. Que se condena a la parte demandada, Talca Chillán Sociedad Concesionaria S.A. representada legalmente por Mario Ballerini Figueroa, al pago de las costas del juicio.

Redacción del Abogado Integrante don **Ruperto Pinochet Olave**.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N°5026-2017 Civil.

Rodrigo Francisco Javier Biel Melgarejo
Ministro(P)
Fecha: 28/08/2019 14:18:44

Jeannette Scarlett Valdés Suazo
FISCAL
Fecha: 28/08/2019 14:21:48

Ruperto Andres Pinochet Olave
Abogado
Fecha: 28/08/2019 14:18:44

Gonzalo Enrique Pérez Correa
MINISTRO DE FE
Fecha: 28/08/2019 14:25:40

XHXWMGXDFV

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Talca integrada por Ministro Presidente Rodrigo Biel M., Fiscal Judicial Jeannette Scarlett Valdes S. y Abogado Integrante Ruperto A Pinochet O. Talca, veintiocho de agosto de dos mil diecinueve.

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

XHXWMGXDFV

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antartica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.