

Santiago, dos julio de dos mil veintiuno.

Vistos:

En los autos Rol N° C-37513-2017, del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de esta ciudad, por sentencia de 22 de octubre de 2019 se resolvió rechazar la demanda deducida por Besalco S.A. en contra del Fisco de Chile, en cuya virtud pretendía se le indemnizara por la suma de \$3.861.449.803, correspondiente al daño emergente que habría sufrido a consecuencia del incumplimiento del contrato de obra pública denominado “Construcción By Pass Ruta a-65, Cuesta Duplijsa, Sector Ruta 5 Norte, Tramo Dm.0.000,000-Dm.16.9980,39”, por los errores del proyecto de ingeniería en las proporciones de TCN y ROCA que formaban parte del ítem 201-9 “Excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos”.

En contra de dicha sentencia el abogado Matías Cristóbal Daneri Bascuñán, por la parte demandante, dedujo recursos de casación en la forma y apelación, en tanto que la demandada, Fisco de Chile, adhirió al recurso de apelación, arbitrios que se ordenó traer en relación por resolución de fojas 678.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido en representación de Besalco S.A. se funda en la causal contenida en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido pronunciada la sentencia con omisión de los requisitos del artículo 170 del mismo cuerpo legal, extendiéndose el libelo a sus numerales 2, 4 y 6.

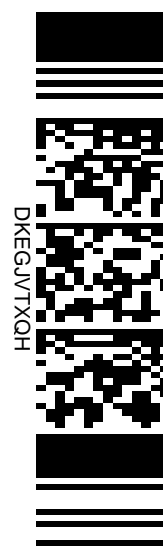
Indica en primer término que la sentencia no contiene la enunciación de los fundamentos de la acción intentada, particularmente en relación a la infracción al inciso segundo del artículo 2° del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, esto es, la no entrega en la fase de licitación de los antecedentes necesarios y suficientes para estimar precios y cantidades. Refiere que ante las dudas surgidas a los proponentes, entre ellos a la propia demandante, se consultó en reiteradas oportunidades a la licitante sobre las reales cantidades de ROCA y TCN del lugar de emplazamiento de la obra, frente a lo cual la demandada entregó a los oferentes



un estudio de mecánica de suelos denominado “Informe Geotécnico preparado por Petrus Consultores Geotécnicos”, lo que la sentencia reconoce en la letra d) del considerando Octavo, el que no fue objetado y ratificaba las cubicaciones del Ministerio de Obras Públicas. Tal informe solo se cita entre los antecedentes acompañados por la demandante, a pesar de su relevancia, pues contenía la información más certera desde el punto de vista técnico de las cubicaciones de TCN y ROCA, y las aclaraciones allí contenidas prevalecen sobre las especificaciones técnicas, circunstancias que el tribunal no consideró. El segundo fundamento de la acción ejercida que se reclama omitido es el reconocimiento de procedencia del pago efectuado por la propia demandada en favor del contratista, lo que consta en el Ord. N° 130, de 29 de julio de 2015, cuyo contenido se soslaya dentro de los “hechos acreditados en el proceso”. En el mismo sentido se critica por el impugnante la omisión de ponderar y analizar el Ord. N° 9453, de 2 de septiembre de 2016, citado en el motivo Octavo del fallo, antecedente respecto del cual el considerando Undécimo consigna que “ante la insistencia de la demandante, el Director Nacional de Vialidad solicitó un pronunciamiento sobre la propuesta de la actora a la Contraloría General de la República ...”. A juicio de la demandante, lo anterior no fue una mera consulta, sino un reconocimiento de la demandada respecto de la procedencia del pago en favor de la demandante.

El siguiente apartado de la casación formal se relaciona con la contravención al numeral 4° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, pues se afirma que el fallo carece de las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento. Según el impugnante, la sentencia omite considerar los dos instrumentos antes enunciados, esto es, el Informe Petrus y el reconocimiento de la demandada, apartándose de lo dispuesto por el artículo 5 transitorio de la Ley N° 3.390, de 15 de julio de 1918, en conexión a los artículos 170 y 785 del Código de Procedimiento Civil, dejando sin analizar la totalidad de la prueba rendida.

Por último, en lo concerniente a la causal de nulidad que el recurso vincula a la inobservancia de las exigencias del artículo 170 N° 6 del Código de



Procedimiento Civil, la parte recurrente manifestó expresamente en estrados desistir de ella.

Con los argumentos antes relacionados solicita en definitiva que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente en su reemplazo que acoja la demanda en todas sus partes, con costas.

Segundo: Que, conjuntamente, la parte demandante apeló del fallo de primer grado sosteniendo en lo sustancial que yerra el sentenciador al sostener que no se vulneró la obligación de entrega de información necesaria y suficiente, pese al reconocimiento de la Dirección de Vialidad, además de la calificación de referenciales dada a los antecedentes técnicos aportados por la entidad licitante, como si de ellos se pudiese o debiere prescindir al momento de la elaboración de ofertas. En síntesis, en términos porcentuales, afirma que la composición del terreno varió en forma sustancial, lo que transforma a la información entregada por el MOP en errónea e importa el incumplimiento de la demandada, conclusión diversa a la alcanzada por el tribunal como consecuencia de la errónea valoración de la prueba y de no haberse ponderado la totalidad de los elementos de convicción aportados, pues de haberse procedido conforme a derecho atendiendo a los hechos del proceso, se habría arribado a una conclusión diversa.

Tercero: Que, la adhesión a la apelación por parte de la demandada apunta únicamente a la decisión acerca de las costas, instando porque éstas sean impuestas a la demandante en consideración a que resultó totalmente vencida en todas sus pretensiones.

En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por la demandante:

Cuarto: Que conviene tener en vista que la jurisprudencia comparada, al exigir la motivación de los fallos, conforme a la tutela judicial efectiva, ha resumido su finalidad en que: 1° Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; 2° Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad



estableciendo su razonabilidad al conocer el por qué concreto de la resolución; 3° Permite la efectividad de los recursos; 4° Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la Ley.

Además, reiteradamente se ha fallado que para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el legislador, los jueces deben ponderar toda la prueba rendida, puesto que la valoración integral de la prueba así lo impone, tanto aquella en que se sustenta la decisión como la descartada o aquella que no logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos, lo cual no se logra con la simple enunciación de tales elementos sino que con una ponderación racional de los mismos. Esta mayor exigencia, si se quiere, proviene de la calificación de justo y racional del procedimiento que debe mediar para asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción.

Quinto: Que, en la especie, la causal de nulidad formal esgrimida en autos se configura cuando la sentencia no contiene “La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos” y “Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia”. Por ello, según constante jurisprudencia, el motivo de invalidación que se alega tiene un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de él se desprenda. Ello es así porque la finalidad de la casación formal no es ponderar la razonabilidad de otras posibles conclusiones, tampoco verificar si el razonamiento empleado ha sido o no arbitrario ni menos enmendar los errores o falsas apreciaciones en que pueda incurrirse en la señalada tarea.

Sexto: Que, en el caso de marras resulta evidente que la resolución objetada no adolece de las deficiencias denunciadas, toda vez que de un atento estudio de ella aparece una suficiente exposición de las acciones sometidas al conocimiento



del tribunal y sus elementos fundantes como los raciocinios que han servido de soporte a la conclusión, acatándose adecuadamente el mandato del legislador.

Séptimo: Que, en efecto, en relación a la inobservancia al numeral 2° del artículo 170, la falencia que se representa se encontraría en la sección expositiva de la sentencia, pero lo cierto es que de su análisis no existe tal yerro pues los fundamentos de la acción que se dicen omitidos sí se encuentran explícitamente recogidos en el fallo. Se advierte en la sentencia a propósito de este punto, que las obras relativas al movimiento de tierra correspondientes al ítem 201-9 comprendían dos partidas: la excavación en TCN (terreno de cualquier naturaleza) y corte en ROCA, cuya remoción requería el uso de explosivos. A propósito de las alegaciones del actor, añade el fallo que en terreno habría quedado evidenciado el error del MOP, que reconoció y aceptó, porque el porcentaje de roca informado por el organismo era sustancialmente inferior al real, lo que se traduciría en un aumento de los costos de ejecución del ítem 201-9. Y agrega luego que “La Dirección de Vialidad mediante Oficio ordinario N° 130 de 29 de julio de 2015 habría determinado que el no pago de las sumas reclamadas por los trabajos realmente ejecutados contendrían un enriquecimiento sin causa para el Fisco”, por las diferencias existentes entre el proyecto y lo efectivamente encontrado. Hace presente además que de acuerdo a lo expresado por la demandante, “las cantidades de excavación que se establecieron por la Dirección de Vialidad, no eran parte de las Especificaciones Técnicas, en su calidad de ‘referenciales’, sino que ellas fueron respaldadas en la Aclaración N° 3, por el informe geotécnico 2940-1NG-SGC-874/2008, elaborado por una reconocida empresa, esto es “Petrus Consultores Geotécnicos” siendo dicha aclaración, conforme lo previsto por el Artículo 2.3 de las Bases de Licitación, aquellas que priman ante cualquier conflicto de los antecedentes”.

Como se aprecia de las secciones reseñadas de la sentencia y las adicionales que el recurrente menciona, es manifiesto que los fundamentos de la acción en los puntos a que hace referencia el impugnante sí se encuentran



contenidos en el fallo, en la forma que ordena la ley, esto es, una “enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos”, sin que sea preciso extenderse a las conclusiones que de dichos antecedentes se pudieren derivar o los efectos jurídicos que su existencia acarree, ya que ese es un asunto de mérito, de ponderación de pruebas, lo que excede la exigencia del numeral segundo del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, por lo que este extremo del recurso habrá de ser desestimado.

Octavo: Que, el restante apartado del libelo de nulidad, en los términos desarrollados por el actor, se alejan de la causal esgrimida, pues el impugnante confronta las conclusiones de la sentencia con lo que a su entender es lo correcto, de lo que surgirían evidentes contradicciones y, a su entender- infracción grave al principio de fundamentación y al debido proceso, pero a través de ese ejercicio no logra demostrar cuáles son los vicios formales del fallo o la incorrección en el pensamiento de los jueces, los que tampoco resultan efectivos si se analiza el fallo, pues éste cumple con las exigencias de motivación antes referidas, exponiendo las reflexiones que condujeron a la decisión, explayándose sobre la prueba ofrecida, apreciada por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados por la ley.

Lo razonado por el fallo, en desmedro de la tesis del impugnante, no se traduce por sí solo en la contravención reclamada, pues en éste se aportan con claridad los motivos por los que se arribó a una determinada conclusión.

Noveno: Que, en rigor, como se aprecia y ya se anticipara, del tenor del recurso se desprende que lo que se intenta impugnar es la valoración que hizo el tribunal de la prueba, en base a la cual se fijaron los hechos que se alejan de los propuestos por el actor. Pero de acuerdo a lo razonado es dable concluir que las pretendidas infracciones que sirven de sustento al libelo de nulidad no son tales, por lo que no se configura la causal de invalidación formal esgrimida, en ninguno de sus capítulos.

En cuanto a los recursos de apelación:



Visto y teniendo, además, presente:

Décimo: Que el artículo 1° del Reglamento para Contratos de Obras Públicas dispone que aquél formará parte integrante de todos los contratos de ejecución de obras celebrados por el Ministerio de Obras Públicas, sus Direcciones Generales y Servicios, y por las empresas e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio, salvo aquellos casos calificados en que por decreto supremo se aprueben bases especiales que expresamente lo modifiquen. Los contratos se adjudicarán por licitaciones públicas, en las cuales podrán participar los contratistas inscritos en los registros del Ministerio que se determinen en las bases administrativas. Sin embargo, podrán adjudicarse por trato directo o cotización privada, en los casos indicados en el artículo 86 del D.F.L. MOP N°850, de 1997, que fija el texto actualizado de la Ley N°15.840, Orgánica del Ministerio. Las obras se ejecutarán por alguno de los sistemas establecidos en este reglamento.

A su turno, el artículo 2° de la misma normativa prescribe que “Para contratar cualquier obra deberá existir previamente autorización de fondos y deberá disponerse de bases administrativas, bases de prevención de riesgo y medioambientales, especificaciones técnicas, planos y presupuesto, con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato. Todos los documentos señalados forman parte del respectivo contrato, debiéndose fijar en las bases administrativas el orden de precedencia para su aplicación. Quedarán incluidas en el contrato todas las obras contempladas en las especificaciones técnicas y en los planos correspondientes; estos antecedentes deberán ser los necesarios y suficientes para estimar los precios unitarios y las cantidades.”

Undécimo: Que dentro de las especificaciones técnicas del contrato de marras se estableció que los pronósticos o evaluaciones acerca de las condiciones de dificultad o facilidad para excavar o los métodos posibles a emplear que se hubieren definido durante la fase de estudio de ingeniería o que se encuentren en cualquier parte de los documentos de licitación u otros aplicables, se entregan solo



como “información referencial”, por lo que se recomendó a los proponentes el envío de sus propios expertos para la evaluación de los materiales además del uso de otras técnicas de auscultación para apoyar la determinación de los espesores de TCN y roca.

Duodécimo: Que, según el parecer de la demandante, la entrega del estudio de mecánica de suelos a consecuencia de las reiteradas consultas sobre la cantidad de roca y TCN en fase de licitación, que no solo fueron formuladas por Besalco sino por otros proponentes, tuvo la virtud de ratificar las cubicaciones en cuanto a la composición del suelo, de cuya prevalencia en relación a los antecedentes que formaron parte del contrato -especificaciones técnicas- surgiría la pretensión de la empresa adjudicataria de exigir un mayor valor por los costos adicionales que debió asumir, como consecuencia de la entrega de información que calificó de errada y que causó perjuicios al contratista, por los que la demandada debiese responder.

Décimo tercero: Que a pesar de las dudas planteadas por el actor y demás proponentes, que advertían diferencias de relevancia con clara incidencia en el valor final, constituyendo el ítem 201-9 un elemento de riesgo, en particular luego de la visita a terreno, la demandada respondió a tales cuestionamientos que debían estarse a lo establecido en los antecedentes de la licitación, en conocimiento, además, que el ítem en cuestión era a precio unitario. También se informó a las oferentes, en fase de licitación, que los porcentajes de TCN y roca indicados sobre las cantidades que figuren en cualquier antecedente del proyecto se considerarían “referenciales”, por lo que el contratista debía remitirse a los alcances contenidos en las bases de licitación. Es por ello que la circunstancia que se haya añadido un estudio de mecánica de suelos con posterioridad no tuvo la virtualidad de modificar el carácter referencial de la información relativa al ítem 201-9, como pretende el actor, porque de manera uniforme se contestó que en este aspecto prevalecían las bases, sin que haya sido necesario indicar expresamente que el estudio de



mecánica de suelos también era referencial, pues tal circunstancia siempre fue conocida por la demandante.

Décimo cuarto: Que, adicionalmente ha de relevarse que la actora reconoció expresamente que en la etapa precontractual no era posible determinar de manera efectiva los porcentajes reales de roca y TCN, de allí el levantamiento de preguntas aclaratorias entre los proponentes y la intención de desagregar en dos partidas distintas el mentado ítem 201-9, precisamente porque era una variable muy riesgosa, y los movimientos de roca y TCN tienen precios muy distintos. Pero esa pretensión no prosperó, circunstancia que no puede soslayarse ni menos achacar sus consecuencias a la demandada, particularmente porque la proporción “aproximada” de 80-20% de composición del suelo nunca dejó de ser “referencial”, cuestión que la entidad licitante no silenció, es más, lo reiteró ante las consultas que le fueron formuladas.

Pretender deslindar la falta de acuciosidad de la actora en que la Dirección de Vialidad es el organismo administrativo con mayor especialización en construcción de obras públicas en Chile no basta, pues bien puede decirse lo mismo de la actora, toda vez que un proyecto de la entidad del licitado no permite la participación sino de especialistas, como es el caso de Besalco.

Décimo quinto: Que tal como plantea el actor, “los antecedentes que pone la administración a disposición de los interesados durante la licitación (y no otros) serán precisamente los que estos considerarán para preparar sus ofertas”. En el caso de la especie, dados los términos de las bases, es el proponente quien debe considerar los costos de ejecución, para lo cual se le señaló que hiciera su propio estudio del terreno, vale decir, con ello se traspasó el riesgo al oferente, de lo que deriva que la obligación de precaver ese riesgo o cuantificarlo es del contratista, pues los pronósticos entregados en relación a las posibles dificultades de excavar como tantas veces se ha dicho fueron meramente referenciales.

A lo anterior se suma otro dato de relevancia, cual es el precio de la obra y su forma de pago. Así se estipuló en las bases que el pago por esta partida -201-9-,



incluía las operaciones de excavación y todos los trabajos y actividades necesarias para dar cumplimiento cabal a lo establecido en la especificación técnica, sin distinción alguna entre los tipos de materiales a extraer, es decir, TCN o rocas removidas con explosivos o solo con el empleo de maquinaria, condiciones que requerían de los proponentes especial acuciosidad y no estarse a cubicaciones meramente referenciales.

Décimo sexto: Que ahondando en lo anterior, si la partida generaba controversia o particular preocupación se imponía la auscultación propia, o bien la empresa era libre de sustraerse del proceso sin asumir el riesgo que envolvía su omisión, pero de insistir en la propuesta, como sucedió, pudo tomar resguardos y hacer una propuesta de precio ajustada a lo observado en terreno o por último asumir el riesgo a precios inferiores para asegurar la adjudicación, pero la onerosidad sobreviniente, en las condiciones anotadas, no puede estar determinada por la falta de previsión o culpa de Besalco.

Décimo séptimo: Que, ahora bien, cualquiera que sea la connotación que quiera darse al pronunciamiento de la Dirección de Vialidad y su consulta a la Contraloría General de la República, lo cierto es que el precio unitario de la partida estaba previamente definido y en carácter inamovible en el presupuesto de adjudicación, sin que el contratista pudiese solicitar, bajo argumento alguno, la revisión o creación de nuevas partidas para la ejecución del trabajo correspondiente al ítem 201-9.

Décimo octavo: Que, por ende, la conclusión alcanzada a partir del análisis y ponderación de las pruebas rendidas en cuya virtud el tribunal consideró que los presupuestos de la acción no se demostraron, es una cuestión que no merece reproche por parte de esta Corte, cuyo parecer, motivaciones y resolución se comparte.

Décimo noveno: Que a partir de las conclusiones anteriores, lo expuesto por las partes y estimando que la actora litigó con fundamento plausible, se mantiene la decisión acerca de las costas de la causa.



Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes, 764 y 768 del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

1.- Se rechaza el recurso de casación en la forma deducido por el abogado Matías Daneri Bascuñán, en representación de la parte demandante, contra la sentencia de 22 de octubre de 2019, pronunciada en la causa Rol N° C-37513-2017, del 24° Juzgado Civil de esta ciudad.

2.- Se confirma la referida sentencia en todas sus partes.

Regístrese y comuníquese.

Redacción a cargo de la ministra Sra. Plaza.

No firma la abogada integrante señora Coppo, por haber cesado funciones en esta Corte.

N° 16.479-2019-CIVIL.





DKEGJTXQH

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Paola Plaza G., Guillermo E. De La Barra D. Santiago, dos de julio de dos mil veintiuno.

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



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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica 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>