

«RIT»

Foja: 1

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 24° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-37513-2017
CARATULADO : **BESALCO S.A./ FISCO DE CHILE.**

Santiago, a veintidós de octubre de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 29 de diciembre de 2017, don Matías Daneri Bascuñán, abogado, en representación judicial de **Besalco S.A.**, empresa constructora, ambos domiciliados en Av. Miraflores N°178, piso 11, comuna de Santiago, deduce demanda en juicio ordinario de Hacienda, en contra del **Fisco- Ministerio de Obras Públicas- Dirección General de Obras Públicas**, persona jurídica de derecho público, representada por doña María Eugenia Manaud Tapia, abogado, Presidenta del Consejo de Defensa del Estado, ambos domiciliados en Agustinas N°1687, comuna de Santiago, pretendiendo se declare que la Dirección de Vialidad del MOP incumplió el 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” al licitar un contrato cuyo proyecto de ingeniería adolecía de errores en las proporciones de TCN y ROCA, que forman parte del ítem 201-9 “Excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos”.; que condene al Fisco pagarle la suma de \$3.861.449.803, correspondiente a daño emergente, o la suma que el tribunal estime conforme al mérito



«RIT»

Foja: 1

del proceso, más el reajuste polinómico convenido en el contrato, reajustes legales, intereses y costas.

Sustenta su pretensión en haberse incumplido el contrato de obra pública denominado **“Construcción By Pass Ruta a-65, Cuesta Duplijsa, Sector Ruta 5 Norte, Tramo Dm.0.000,000-Dm.16.998,039”**, comuna de Pozo Almonte, Provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá, adjudicado a su representada, mediante Resolución D.G.O.P. N°137, de 19 de julio de 2012, consistiendo el incumplimiento, en no haber entregado a los proponentes, los antecedentes necesarios y suficientes para estimar los precios unitarios y cantidades, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 2° del D.S. MOP N°75/2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, con fecha 18 de mayo de 2017.

Indica que el contrato se adjudicó a su representada, por la suma de \$12.138.720.301, IVA incluido; con reajuste polinómico; y un plazo de ejecución de 480 días, correspondiendo el valor final de las obras a \$13.054.367.977, IVA incluido, con un total de 527 días, contrato que habría sido objeto de dos modificaciones.

Precisa que la resolución aprobatoria, no sólo habría adjudicado a su representada el contrato de obra pública, sino que también, aprobó los documentos que forman parte de la licitación y que serían vinculantes para las partes, consistentes en: 1) circulares aclaratorias del contrato, oficios números 5034, 5128 y 5713 de 2012; 2) antecedentes generales y descripción del proyecto; 3) plano de ubicación del contrato; 4) especificaciones técnicas ambientales; 5) cubicaciones del



«RIT»

Foja: 1

contrato, que contemplan: cantidades de obra, memoria de cubicaciones, perfiles tipo, láminas de obra tipo, cuadros de topografía, cuadros de alineamientos y geométricos; y 6) listado de planos, que contienen anexos de la Línea de base de patrimonio cultural, Acta de participación ciudadana, memoria de cálculo y especificación técnica para el muro de tierra estabilizada mecánicamente.

Expresa que los citados documentos se tuvieron a la vista por su representada, al momento de formular su oferta técnica y económica, existiendo un error del MOP, que habría provocado perjuicios a su parte.

Relata que la construcción contratada, consistía en la ejecución de un trazado alternativo a la Ruta A-65-Pozo Almonte-Mamiña, para evitar el paso por la cuesta, donde existía un peligro permanente de caída de rocas y cortes de camino, generando así una variante para el tránsito continuo y seguro de los vehículos de carga pesada, transporte de pasajeros y vehículos livianos, desde el poblado de Pozo Almonte hasta Mamiña, Parca, Quipisca y a la Compañía Minera Cerro Colorado, siendo descrito el proyecto definido por el MOP, como un trazado que inicia a la altura del km.29 de la Ruta A-65 y se conecta con la misma Ruta en el Km.44.6, con una extensión de 17 km, en sector desértico, donde se observan superficialmente gravas arenosas, sin actividad humana y con ausencia total de vida silvestre o animal.

Describe que las principales obras del proyecto habrían sido: movimiento de tierra; sub base granular y base granular; concreto asfáltico y rodadura con polímero; construcción de terceras pistas;



«RIT»

Foja: 1

construcción de obras de saneamiento y drenaje; elementos de control y seguridad; y construcción de lechos de frenado, todas las cuales habrían sido licitadas bajo la modalidad de serie de precios unitarios, con la particularidad que las obras relativas a movimiento de tierra (ítem 201-9) comprendía dos partidas distintas dentro del mismo ítem, esto es, *Excavación en TCN* (terrenos de cualquier naturaleza) y *Corte en Roca* (cuya remoción requiere uso de explosivos), para lo cual se fijó una unidad de medida de m³.

Alega que dentro de las obras de movimiento de tierra, se habría suscitado el problema con las labores de excavación de corte en roca y terreno de cualquier naturaleza, necesarias para la conformación y compactación de terraplenes para la construcción de la plataforma, en las condiciones definidas en el proyecto.

Manifiesta que el ítem que varió sustancialmente y que motiva esta acción, fue la *excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos*, ítem 201-9, y que su representada solicitó fuera pagado, en la proporción que realmente se verificó en terreno, dados los enormes errores del proyecto en esa parte, y no en la proporción, como se indicó en las Bases de Licitación, lo cual pese a haberse aceptado y reconocido por el MOP fue, sin embargo, negado por la Contraloría General de la República, en abierta infracción a los principios de equivalencia económica del contrato y enriquecimiento sin causa, entre otros.

Da cuenta que la Especificación Técnica del ítem 201-9, licitado por el Ministerio de Obras Públicas, fue:



«RIT»

Foja: 1

“Esta partida se refiere a las excavaciones requeridas para conformar la plataforma del Camino, u otras definidas en el proyecto. Los materiales a ser excavados aplicando esta partida, son los clasificados con “roca” y los clasificados como “terreno de cualquier naturaleza TCN”, de acuerdo a las definiciones de materiales del numeral 5.201.304 (7) del MC-V5.

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 documentos aplicables, se entregan sólo como información referencial.

El uso de esta partida única de excavación, permitirá al contratista cambiar de método de excavación según su rendimiento y conveniencia, sin necesidad de la ejecución de pruebas de arranque. Lo anterior con el objetivo de contribuir a una mayor agilidad de la obra que resulta beneficiosa para el contratista y el mandante.

Se recomienda a los proponentes el envío de sus propios expertos para la evaluación de los materiales, además se recomienda el uso de otras técnicas de auscultación para apoyar la determinación de los espesores de TCN y roca”.

En cuanto a la forma de pago, las bases establecieron que:

Se cuantificará y pagará por metro cúbico (m³) de excavación de corte en suelos y rocas con o sin uso de explosivos. La medición se



«RIT»

Foja: 1

realizará de acuerdo con las secciones geométricas de los Perfiles del Proyecto, respaldados por perfiles geométricos tomados antes y después de la excavación, previo V°B° del Inspector Fiscal. Serán de exclusivo cargo del Contratista las sobreexcavaciones y cortes no autorizados por el inspector Fiscal, incluso sus rellenos cuando corresponda.

El pago por esta partida incluye las operaciones de excavación, carguío, transporte y disposición final de los materiales extraídos en botaderos, terraplenes o pedraplenes autorizados por el Inspector Fiscal. Incluye la tramitación de las autorizaciones, caminos provisorios, y todos los demás trabajos y actividades necesarias para dar cumplimiento cabal a lo establecido en la presente especificación técnica.

No se hará distinción alguna, para efectos de pago de esta partida, entre los tipos de materiales a extraer, es decir, TCN o rocas removidos con explosivos o sólo con el empleo de maquinaria. Siendo aplicable a los aumentos de excavaciones que sean requeridos por el Inspector Fiscal durante el transcurso de la obra.

El precio unitario de esta partida definido en el presupuesto de adjudicación, se considerará inamovible y el contratista no podrá solicitar, bajo argumento alguno, la revisión de ellos o la creación de nuevas partidas para la ejecución de los trabajos previstos en este ítem. Los aumentos y disminuciones, que a juicio del Inspector Fiscal sean requeridos para la obra, se registrarán conforme a lo estipulado en los Art. 102 y 104 del RCOP.



«RIT»

Foja: 1

En consecuencia, esta partida se pagará a precio unitario único y considera todas las excavaciones previstas en el Contrato, definidas según el numeral 5.201.304 Excavación de Cortes del MC-V5”.

Expresa que la Especificación Técnica Especial (ETE) sería bastante clara al señalar que ninguna distinción se realizaría, tanto para efectos de la ejecución, como para el pago de ese ítem, lo cual no presentaría problema alguno si el MOP hubiera cumplido con su obligación de entregar los antecedentes necesarios y suficientes conforme con lo establecido en el inciso segundo del artículo 2o del RCOP, lo que no habría ocurrido, entendiendo que el Informe de Mecánica de Suelos de Petrus - Rev 1, Noviembre de 2008, N° 2940-ING-SGC-874/2008), que el MOP entregó a los licitantes, no cumpliría con ninguna de las condiciones de establecidos por el RCOP. Añade que, en complemento a la ETE, el cuadro de cubicaciones N° 2 de los documentos de licitación, referido a la ejecución del ítem 201-9, estableció la siguiente proporción en la conformación del terreno que debía excavarse o removerse, información que fue entregada a los proponentes durante la etapa de licitación, para el estudio de sus propuestas técnicas y económicas: Excavación en TCN: 617,235 m³ (80,145%); Excavación Roca: 152.907 m³ (19,854%) y que para mayor certeza de los datos y antecedentes facilitados, el MOP también entregó con los antecedentes de la licitación, mediante Oficio Ordinario N° 5713 de fecha 17 de mayo de 2012, junto a la Circular Aclaratoria N° 3, el *informe Geotécnico de Taludes* elaborado por la empresa Petrus - Rev 1, Noviembre de 2008, N° 2940-ING-SGC-



«RIT»

Foja: 1

874/2008 - el cual confirmó y aseveró que en el terreno a intervenir, el 80% del material a excavar para la ejecución de los taludes era ripiable (es decir, TCN) y que para el 20% restante se requerirían explosivos (es decir ROCA), lo que sería concordante con el cuadro N° 2 de las Especificaciones Técnicas Especiales mencionadas.

Indica que dichos valores y antecedentes entregados por el MOP, fueron los que sirvieron de base para la elaboración de la oferta de propuesta pública, haciendo presente la imposibilidad, tanto para su representada como para cualquier otro contratista, de efectuar un estudio geotécnico en la etapa de estudio de las propuestas, razón por la cual, fueron dichos antecedentes los utilizados por ellos para determinar el precio ofertado por el ítem 201-9, es decir, cada proponente, durante la etapa de licitación, establece el precio de dicha partida, en base a la información técnica entregada por la entidad licitante, en este caso, el informe de mecánica de suelos citado.

Reclama que los valores dados en las especificaciones técnicas, respecto de los porcentajes del material a excavar, donde sólo se aludió a un 20% de roca, serían totalmente determinantes para el estudio de la propuesta y el precio del ítem, siendo evidente que no sería lo mismo efectuar trabajos de excavación en TCN o roca con maquinaria, que la excavación de roca con explosivos, puesto que cada una de estas actividades tendría labores distintas, incidiendo aquello, directamente en el precio de cada una de ellas.

Hace presente que el párrafo 1° del punto 5.201.304 (7) del Volumen 5 del Manual de Carreteras, normativa técnica que formaría



«RIT»

Foja: 1

parte de todo contrato de obra pública vial, señala que: *“Se calificará como **roca** el material constitutivo de aquellas excavaciones que deban efectuarse en formaciones geológicas, firmemente cementadas o litificadas, mediante el uso imprescindible, sistemático y continuo de explosivos; debido a que no puedan ser removidas mediante maquinarias”*. Por su parte, el párrafo segundo añade: *“Se calificará como **terreno de cualquier naturaleza (TCN)** todos aquellos materiales que no cumplan con la definición anterior”*.

Manifiesta que, atendido lo establecido en el contrato, el ítem 201-9 tendría un precio unitario, que no distinguiría entre corte en TCN y corte en roca, por lo cual, su representada, durante la licitación, ofreció un precio de \$4.450 m³., pero que luego pudieron constatar en terreno, junto con la Inspección Fiscal y la Asesoría a dicha inspección, durante las pruebas ejecutadas en el desarrollo del contrato, que existió un error en el proyecto entregado por la Dirección de Vialidad, puesto que el porcentaje informado por el MOP no era consistente con la realidad, siendo los porcentajes reales, los siguientes: excavación en TCN: 326.318 m³ (44%) y excavación en roca 415.176 m³ (56%).

A raíz de lo anterior, señala que los antecedentes entregados por el MOP habrían inducido a error a su representada, al formular su previo considerando un 20% de roca, porcentaje sustancialmente inferior al real, esto es, un 56%, lo que se traduciría en un aumento considerable en los costos de ejecución del ítem 201-9, razón por la



«RIT»

Foja: 1

cual presentan esta demanda, a fin de que se les indemnicen los perjuicios sufridos a raíz del error en el proyecto de la licitante.

Relata que de acuerdo con lo establecido en el *Reglamento para Contratos de Obras Públicas*, su representada requirió al MOP el pago de los perjuicios ocasionados, solicitando la eliminación o supresión del ítem 201-9 y la incorporación de dos ítems o partidas nuevas, esto es, *excavación en TCN* y *excavación en roca con uso de explosivos*, pidiendo, en definitiva, se aplicara la forma tradicional utilizada por el MOP en los llamados a licitación, lo cual estaría además establecido en el Manual de Carreteras de Vialidad, informando los siguientes precios \$3.806=\$3.644 en Corte en TCN y de \$16.123=\$806 por Corte en Roca, y un valor Neto Corte ponderado de \$4.450m³, todo ello considerando la real proporción del corte en Roca, pero respetando el precio ofertado.

Hace presente que la Dirección de Vialidad habría solicitado al Inspector Fiscal preparar una respuesta a su solicitud, quien mediante **Oficio Ordinario N°108**, de 19 de diciembre de 2009, habría informado que la cantidad de roca ascendía a un 56% y que su volumen alcanzaba a 415.176 m³, ante lo cual el Depto. de Construcción del MOP habría solicitado ahora a su División Jurídica un pronunciamiento, la cual, mediante Oficio Ordinario N°58, de 8 de marzo de 2015, señaló que, en principio, la petición no era procedente, fundándose principalmente en 4 normas reglamentarias, a saber el artículo 4 N°22 del RCOP, el N°35 del mismo artículo, y los artículos 76 y 102 del mismo cuerpo normativo.



«RIT»

Foja: 1

Añade que su representada, frente a la respuesta obtenida, realizó una nueva presentación, explicando el por qué la negativa era contraria a derecho; por su parte, 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, constituían un enriquecimiento sin causa para el Fisco, debido principalmente a las sustanciales diferencias entre las cantidades consideradas en el proyecto y las efectivamente encontradas, haciendo presente que, no obstante todo lo anterior, por tratarse de un ítem a suma alzada, sugiere que el cambio aplicable se realice en la liquidación del contrato, de modo que exista un pronunciamiento previo de la Contraloría General de la República, y que a través del **Ord. N°9458**, de 2 de septiembre de 2016, el Director Nacional de Vialidad le habría solicitado a la Contraloría General un pronunciamiento sobre la situación señalada.

Expresa que finalmente, a través del **Dictamen N°07988**, de 9 de marzo de 2017, la Contraloría General de la República rechazó la petición por ellos formulada, fundado, principalmente, en el principio de igualdad de los oferentes, pues la alternativa señalada implicaría variar los precios unitarios del contrato, los cuales sería inamovibles; pero dejando de lado, a juicio del actor, otros principios que los afectarían derechamente, obviando, además, dictámenes anteriores del mismo organismo, relativos a los errores de proyecto.

Hace presente que la Contraloría habría dictaminado: 1. Que la Dirección de Vialidad incumplió su obligación de entregar



«RIT»

Foja: 1

antecedentes necesarios y suficientes en la licitación; 2. Que la Dirección de Vialidad debe adoptar medidas para que estas situaciones no vuelvan a ocurrir.

Para el actor, la respuesta de la Contraloría no analizaría los restantes principios conculcados, como son el enriquecimiento sin causa, la buena fe en la ejecución de los contratos, el principio de legalidad, el propio contrato y el *Reglamento para Contratos de Obras Públicas*, que permitiría siempre a las partes, por razones técnicas, modificar el contrato; además de las normas del derecho común que protegen al contratante diligente, razón por la cual estiman contrario a derecho, a la justicia y equidad el dictamen del órgano de control, haciendo presente, además, que en nada se afectaría el principio de igualdad de los proponentes, por cuanto, independientemente de quien hubiere resultado adjudicatario o ganador de la licitación, se habrían encontrado con las mismas diferencias existentes entre los antecedentes del proyecto, especialmente en lo que refiere al estudio de mecánica de suelos y la realidad verificada en terreno, añadiendo que, no obstante ser los antecedentes entregados en la Licitación solo referenciales, el propio Director de Vialidad, en su Ord. 9358, habría establecido, ante la consulta efectuada por los proponentes, relativa a la composición del material asociado al ítem 201-9, que la información se respaldó con un informe técnico, que validaba las cantidades indicadas previamente por el MOP.

En cuanto a la *inamovilidad del precio*, hace presente que el criterio que la propia Contraloría habría sostenido para otros casos,



«RIT»

Foja: 1

salvo este, sería que frente a una partida a suma alzada, que tiene por objeto traspasar al contratista el riesgo en la variación de las cantidades previstas por el mandante y que obligan al contratista a efectuar un estudio más acucioso del proyecto, sería esencial que las especificaciones técnicas y los planos sean suficientes para determinar las cantidades y, consecuentemente, el precio, habiendo sostenido el órgano contralor que en caso que no sean suficientes los antecedentes entregados por la administración, resultaría necesario determinar las cantidades reales del ítem y modificar el proyecto entregado, acordando con el contratista un precio unitario por el ítem en cuestión, citando al efecto jurisprudencia administrativa de los años 2009 y 2014, concluyendo que la Administración, amparada en las declaraciones que todo proponente debe acompañar, no podría eximirse de la responsabilidad de indemnizar los perjuicios generados por causa de error, en los antecedentes de la licitación.

Hace presente, además, que las *cantidades de excavación* que se establecieron por parte de 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, razón por la cual, el informe entregado por el MOP sería de vital importancia, pues definió la geometría de los taludes de corte y



«RIT»

Foja: 1

entregó los lineamientos para determinar la metodología constructiva del movimiento masivo de tierra, resultándole evidente al actor que, si el estudio de mecánica de suelos no fue objetado ni puesto en duda por la propia Dirección de Vialidad, menos lo sería por el contratista, quien en base a la visita a terreno, más las máximas de la experiencia, no habría podido advertir las diferencias y características especiales del suelo y subsuelo existentes y menos, contradecir un informe detallado y especializado.

Invoca para su pretensión lo previsto en el artículo 4 N°15 del *Reglamento de Contrato de Obras Públicas*; principios generales del derecho administrativo, como la *alteración del equilibrio económico financiero* en la ejecución de contratos de obra pública, el principio de buena fe contractual, y los artículos 1437, 1440, 1441, 1445, 1489, 1545, 1546, 1547, 1560, 1566, 1567 del Código Civil, reclamando como daño emergente la suma total de \$3.861.449.803, moneda base de contrato, y de acuerdo a las medidas que habría adoptado para evitar mayores perjuicios.

Indica que si se hubiere licitado en dos partidas, tal como lo establece el *Manual de Carreteras*, el valor de cada ítem sería, de acuerdo a las cantidades señaladas en el proyecto de \$1.251.523.233, por los 326.318 m³ de volumen removido en TCN y de \$ 6.695.275.583, por los 415.176 m³ de volumen removido en Roca, lo que arrojaría un total de \$7.946.798.816, aun cuando el MOP pagó, por el ítem completo, la suma de \$3.299.648.300, correspondería pagar al contratista la diferencia, es decir, la suma de \$4.646.405.372, no



«RIT»

Foja: 1

obstante lo cual, atendido que la actora, en aras de disminuir el perjuicio patrimonial causado por el error en el proyecto de la demandada, reprogramó sus labores, renegoció con sus proveedores e incorporó acciones, para tener rendimientos más eficientes, razón por la cual, incurrió en un perjuicio económico de \$3.861.449.803, que es la suma demandada.

Con fecha 12 de marzo de 2018, **contestó la demandada**, solicitando el rechazo de la demanda, con costas, fundada en que, reconociendo que se adjudicó a la demandante, mediante Resolución D.G.O.P N°137, el contrato de obra pública denominado “*Construcción By Pass Ruta A-65, Cuesta Duplijsa, Sector Ruta 5 Norte, Comuna de Polo Almonte, Provincia de Tamarugal, Región de Tarapacá*”, proyecto que fue cofinanciado por la Compañía Minera Cerro Colorado, de acuerdo al interés de ésta en el mismo; y que se suscitó un reclamo de la contraria, por el ítem 201-9, referido a un aumento del volumen de remoción de roca, los cuales fueron rechazados administrativamente, resultaría, en primer lugar, que *no habría un incumplimiento contractual* del MOP, respecto de su obligación de entregar a los proponentes, los antecedentes necesarios y suficientes para estimar los precios unitarios, por el hecho de ser las estimaciones contenidas en los documentos de licitación, acerca del porcentaje de roca presente en el terreno, diversas a la situación real, constatada durante la ejecución del contrato, ello, porque no se habría infringido el artículo 2° del *Reglamento para Contratos de Obra Pública*, puesto que, en atención a la naturaleza y complejidad de los



«RIT»

Foja: 1

proyectos de obra pública, el deber de *entregar a los proponentes especificaciones técnicas y planos necesarios y suficientes para estimar los precios unitarios y las cantidades de obra*, se entendería cumplido al proporcionar, en las bases de licitación, elementos mínimos que permitan a los oferentes construir sus propuestas o proyectos definitivos, haciendo presente que este tipo de licitaciones van dirigidas a empresas altamente especializadas, inscritas en el Registro de Empresas Contratistas y Consultores del MOP (apareciendo la demandante registrada como Contratista de Obras Mayores), nómina que incluiría compañías que cumplen con los más altos estándares de especialización técnica, experiencia en el mercado y capacidad financiera, para asumir compromisos de la magnitud de la obra sub lite, no siendo obligatorio para la entidad licitante, según la demandada, incorporar informaciones completas o estimaciones exactas, menos aún, tratándose de partidas de tan difícil definición, como puede ser la composición geológica del trazado completo de una ruta, entendiendo que el deber del licitante se agotaría en entregar las informaciones indispensables y estimaciones referenciales y que a partir de dichos elementos y con los debidos estudios y experiencia en la materia, las empresas destinatarias construirían sus propuestas.

Señala que la Circular Aclaratoria N°3 de la Licitación no tendría el alcance que pretende darle el actor, puesto que no habría nada en la misma que indique que las estimaciones relativas a la composición del ítem 201-9 tengan el carácter de definitivas o



«RIT»

Foja: 1

invariables, por lo cual, no habría contradicción o conflicto en los antecedentes, en la medida en que la Aclaración no haría otra cosa que reiterar las estimaciones o pronósticos, pero sin alterar el carácter referencial de los mismos y sin eliminar las prevenciones y recomendaciones, consignadas en las Bases Técnicas, razón por la cual, resultaría completamente inoficioso acudir a la norma del 2.3. de las Bases, que tendrían por objeto resolver posibles conflictos, que no se darían en la especie.

Añade que no sería cierto que la demandante haya estado imposibilitada de advertir las posibles diferencias que podrían presentarse entre las estimaciones contenidas en los documentos de la licitación y la situación real del terreno y que el tenor de las estipulaciones, que describen el ítem cuestionado y su calificación, de *meramente referencial*, debieron servir de incentivo suficiente a la empresa, no sólo para efectuar una visita previa al terreno, sino que para acoger y practicar las recomendaciones efectuadas, explícitamente, por el propio licitante y encomendar a sus propios expertos la evaluación de los materiales y el uso de otras técnicas de auscultación y que si la empresa tuvo dudas, acerca de la real composición de los materiales, debió obrar con un grado de diligencia acorde a dichas dudas, máxime si existieron advertencias por parte de la propia autoridad, no estimando admisible que una empresa con la trayectoria y experiencia de la actora, contratista habitual, pretenda excusarse de haber adoptado los mínimos resguardos, que tales circunstancias exigían, lo cual no se vería alterado por la supuesta modificación a las



«RIT»

Foja: 1

Bases, según la cual, se habría excluido la visita a terreno, atribuyendo el actor a dicha mención un alcance que claramente no tendría, puesto que la misma se referiría a la exigencia establecida en el numeral 3.2., letra i) de las Bases de Licitación, en relación al contenido de la Oferta Técnica, añadiendo que cuando la visita a terreno ha sido declarada obligatoria en las Bases, sería preciso que la Oferta Técnica contenga un Acta de dicha visita y que en este caso, al señalarse que la misma no es necesaria, querría decir, únicamente, que esta no es obligatoria para efectos de incorporar el Acta respectiva, pero en ningún caso querría decir que el contratista, en resguardo de sus intereses y actuando con un mínimo grado de diligencia, haya previsto, no solo realizarla, sino también recoger las restantes recomendaciones, que la propia autoridad licitante le dirigió.

Expresa que la Dirección General de Obras Públicas solicitó a la Contraloría General de la República un pronunciamiento sobre este tema y que mediante dictamen N°07988, de 9 de marzo de 2017, el ente contralor se pronunció en términos negativos, puesto que lo propuesto importaba *“...una variación de los precios unitarios acordados -que conforme a la citada preceptiva son inamovibles- y que, además, teniendo presente fundamentalmente los términos de las especificaciones técnicas especiales y el tenor de las respuestas proporcionadas por esa Dirección frente a las consultas formuladas precisamente acerca de esta materia en el procedimiento licitatorio, la misma atenta contra el principio de igualdad de los oferentes que participaron en el certamen, no cabe sino concluir que dicha medida*



«RIT»

Foja: 1

resulta improcedente, por cuanto se aparta del marco normativo que rige al contrato”.

Manifiesta que el precio del contrato de Construcción de Obra Pública estará regulado en las Bases Administrativas de la Licitación y que una vez aceptada por la autoridad licitante la propuesta económica formulada por la contratista, habrían quedado fijados los precios a pagar por la construcción. Por otra parte, expresa que según la unidad de medida y pago de las obras, comprendidas en el ítem 201-9, serían claras las siguientes conclusiones: i) para efectos de calcular el precio de la partida 201-9, no se hará distinción alguna entre los tipos de materiales TCN o roca removidas con explosivos, pagándose al *precio unitario único* todas las excavaciones previstas en el contrato; ii) El precio así fijado se considerará “inamovible”, no pudiendo el contratista “bajo argumento alguno”, solicitar la revisión de los precios o la creación de nuevas partidas, como en su momento propuso la empresa demandante; iii) que la decisión de considerar una partida única de excavación, tuvo por objeto permitir al contratista cambiar de método de excavación, según su rendimiento y conveniencia, sin la necesidad de ejecución de pruebas de arranque, esto, con el objeto de contribuir a una mayor agilidad de la obra, lo cual resultaría beneficioso para el contratista y el mandante.

Hace presente que, tal como se reconoce por el actor, su representada efectuó el pago íntegro y oportuno de dicha partida en disputa, en los términos y por los montos fijados en los documentos del



«RIT»

Foja: 1

contrato, por lo cual nada se adeudaría por tal concepto al demandante.

Arguye que la demanda no puede prosperar, porque la pretensión indemnizatoria del actor contravendría el claro tenor de los documentos de la licitación, relativos al precio del contrato de construcción de obra pública y vulneraría disposiciones expresas del *Reglamento para Construcción de Obras Públicas*. Además, la pretensión contravendría lo dispuesto en los artículos 78 y 108 de dicho Reglamento, al indicar, el primero de ellos, que en los contratos pactados a suma alzada, el valor de la propuesta quedará fijado por la suma total indicada por el proponente, mientras que, en la modalidad de serie de precios unitarios, el valor de la propuesta quedará fijado por la suma de los productos de los precios unitarios del proponente, multiplicados por las cantidades de obra establecidas. Y por su parte, el inciso 1º del artículo 108 citado, establece que, una vez convenido el precio para la suma alzada o para los precios unitarios de las obras contratadas, dicho precio se considerará invariable, con la salvedad del sistema de reajuste se fije en las bases administrativas y que la señalada *invariabilidad* resultaría del todo incompatible con la posibilidad de modificar los precios, envuelta en la pretensión indemnizatoria del demandante.

Descarta, la demandada, que puedan aplicarse en autos las teorías basadas en el equilibrio económico financiero del Contrato de Obra Pública alegado por el actor, ello, porque a) *dicha pretensión solo podría prosperar cuando la excesiva onerosidad para el privado*



«RIT»

Foja: 1

derive de alguna circunstancia ajena a su voluntad o del ejercicio de facultades exorbitantes por parte del ente estatal y que en autos la excesiva onerosidad provendría de la falta de previsión del propio contratista, quien debidamente advertido, omitió realizar pruebas o exámenes que le recomendó la autoridad, para elaborar su propuesta económica de manera diligente; b) porque la posibilidad de modificar el precio por circunstancias sobrevinientes no sería compatible con el régimen que disciplina el contrato de Construcción de Obra Pública, puesto que conforme al artículo 78 del Reglamento de Construcción de Obras Públicas, en los contratos pactados a suma alzada, el valor de la propuesta quedará fijado por la suma total indicada por el proponente, mientras que en la modalidad de serie de precios unitarios, el valor de la propuesta quedará fijado por la suma de los productos de los precios unitarios del proponente, multiplicados por las cantidades de obra establecidas y por su parte, el inciso 1° del artículo 108 del mismo cuerpo reglamentario, establece que una vez convenido el precio para la suma alzada o para los precios unitarios de las obras contratadas, dicho precio se considerará invariable, con la salvedad del sistema de reajuste que se fije en las bases administrativas y que dicha invariabilidad resultaría del todo incompatible con la posibilidad de modificar los precios, por circunstancias sobrevinientes, que hagan más gravosa la ejecución de la obra, razón que llevaría a descartar la aplicación de la doctrina del equilibrio económico financiero al régimen legal del contrato de Construcción de Obras Públicas y que igualmente incompatible resultaría dicha doctrina con el régimen



«RIT»

Foja: 1

licitatorio, propio de este tipo de contratos, puesto que en ellos el precio resultaría de la competencia entre los varios proponentes, por lo que, cualquier alteración posterior, operada durante la ejecución de la obra, vulneraría el principio esencial de igualdad entre los oferentes, al colocar al beneficiado en una situación de privilegio, respecto de aquellos concursantes que formularon sus ofertas, sobre la base de la invariabilidad de los precios alcanzados. Finalmente, expresa que tampoco existiría razón alguna para aplicar esta teoría, al no darse en la especie ninguna causa sobreviniente, que haga más onerosa la ejecución de la obra, puesto que el mayor valor derivaría del comportamiento negligente del contratista, quien habría omitido realizar las pruebas y exámenes recomendados en los propios documentos de la licitación.

Finalmente y en cuanto a las normas invocadas por el actor, señala no concordar con la invocación del artículo 1566 del Código Civil, al estimar que no existen en el contrato de construcción materia de este juicio contradicciones o ambigüedades de ninguna especie, estimando que el principio de buena fe del artículo 1546 tampoco sería conducente para fundar la pretensión reparatoria, puesto que la posibilidad de modificar el precio por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes, que hagan más gravosa su ejecución, no formaría parte de la naturaleza ni se seguiría, necesariamente, del carácter oneroso y conmutativo del contrato de construcción de obra pública, haciendo presente la improcedencia e incompatibilidad de solicitar un doble



«RIT»

Foja: 1

reajuste, según los N°s 3 y 4 del petitorio de la demanda (reajuste polinómico y legal).

Con fecha 21 de marzo de 2018, **replica la actora**, reiterando hechos expresados en su demanda y alegando que la demandada obviaría lo indicado y reconocido por la Dirección de Vialidad, como también, el razonamiento expresado por la Contraloría General de la República, a propósito de la entrega de antecedentes a los proponentes.

Rechaza la imputación de negligencia que se le hace, por haberse efectuado la consulta durante la licitación respecto al desglose de los ítems excavación en TCN y en Roca, ante lo cual la contraria, además de negar el desglose, entregó el informe de mecánica de suelos que confirmaba la proposición, que resultó ser errónea.

Respecto del reajuste reclamado, precisa que se cobra el reajuste contractual, hasta la recepción provisoria, y el reajuste legal, desde esa época.

Con fecha 4 de abril de 2018, **duplica la demandada**, reiterando lo expuesto en su contestación.

Con fecha 23 de abril de 2018, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que rola en autos.

Con fecha 5 de febrero de 2019, se citó a las partes para oír sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

I.- En cuanto a las tachas:



«RIT»

Foja: 1

PRIMERO: Que la demandante deduce tacha en la audiencia de 14 de diciembre de 2018, folio 106, en contra del testigo de la demandada, don **Juan Escalante Canevaro**, de acuerdo a lo previsto en el artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil, fundada en que el deponente expresó su deseo que el MOP gane el juicio, careciendo de imparcialidad y teniendo un interés en el resultado del juicio.

SEGUNDO: Que la parte demandada se opone a la tacha deducida, basada en que lo declarado por el testigo, en parte alguna demostraría interés patrimonial en el resultado del juicio, además, que de acuerdo al inciso final del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, no puede hacerse valer una tacha, cuando se hayan hecho valer como testigos, las mismas personas, siendo el caso del testigo aludido.

TERCERO: Que la tacha deducida no será acogida, al no apreciarse, de modo alguno, que el testigo pueda tener un interés económico en el resultado del juicio, no siendo pertinente subsumir en la causal invocada la situación de autos, teniendo presente además, que la expresión del testigo no demuestra una falta de imparcialidad, sino que sólo contestó a una pregunta inductiva de la parte que la contraria. Por lo demás, resulta cierto que la actora ha presentado, en su lista de testigos de 23 de octubre de 2018, al mismo testigo que ahora pretende tachar, no correspondiendo hacer valer la pretendida inhabilidad, según lo previsto en el inciso final del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

II.- En cuanto al fondo:



«RIT»

Foja: 1

CUARTO: Que **Besalco S.A.** dedujo demanda de cumplimiento forzado de obligación, con indemnización de perjuicios, en juicio ordinario de mayor cuantía, en contra del **Fisco- Ministerio de Obras Públicas- Dirección General de Obras Públicas**, persona jurídica de derecho público, ambas ya individualizadas, pretendiendo se declare que la Dirección de Vialidad del MOP incumplió el 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” al licitar un contrato cuyo proyecto de ingeniería adolecía de errores en las proporciones de TCN y ROCA, que forman parte del ítem 201-9 “Excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos”; que condene al Fisco pagarle la suma de \$3.861.449.803, correspondiente a daño emergente, o la suma que el tribunal estime conforme al mérito del proceso, más el reajuste polinómico convenido en el contrato, reajustes legales, intereses y costas, todo ello de conformidad con los fundamentos de hecho y argumentos de derecho, ya relatados en lo expositivo del presente fallo.

QUINTO: Que la demandada pidió el rechazo de la demanda, con costas de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho expresados, latamente, en la parte expositiva del presente fallo.

SEXTO: Que como primera cuestión, han resultado como hechos reconocidos en el proceso, no discutidos por las partes, las siguientes circunstancias:

1.- Que las partes celebraron el contrato de obra pública, denominado **“Construcción By Pass Ruta a-65, Cuesta Duplijsa,**



«RIT»

Foja: 1

Sector Ruta 5 Norte, Tramo Dm.0.000,000-Dm.16.9980,39”, comuna de Pozo Almonte, Provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá, adjudicado a su parte mediante Resolución D.G.O.P. N°137, de 19 de julio de 2012;

2.- Que la obra consistió en la ejecución de un trazado alternativo a la Ruta A-65 Pozo Almonte-Mamiña, para evitar el paso por la cuesta, destinada a vehículos de carga pesada, de pasajeros y vehículos livianos, desde el poblado de Pozo Almonte hasta Mamiña, Parca, Quipisca a la Compañía Minera Cerro Colorado;

3.- Que se produjo un problema durante la ejecución de las obras, a propósito del ítem singularizado en las Bases de Licitación como 201-9 Excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos;

4.- Que la parte demandante reclamó, por la vía administrativa, un pago de los mayores costos asociados al mayor porcentaje de excavación en roca con uso de explosivos, la que fue rechazada, después de analizarse la situación por la División Jurídica del Departamento de Construcción del MOP;

5.- Que ante la insistencia de la demandante, el Director Nacional de Vialidad solicitó un pronunciamiento sobre la propuesta de la actora, ante la Contraloría General de la República, que también rechazó el mecanismo planteado, por estimar que aquello implicaba una variación de los precios unitarios acordados, los que serían inamovibles y por afectar el *principio de igualdad de los oferentes* que participaron en la propuesta;



«RIT»

Foja: 1

6.- Que de los antecedentes entregados por la demandada para participar en la licitación respectiva, se propusieron unos porcentajes, respecto del material a excavar, para proceder a la ejecución del proyecto, de modo referencial;

7.- Que en el Anexo Complementario a las Bases de la Licitación, número 1 del acápite IV-3 Especificaciones Técnicas Especiales, se recomendaba la realización de nuevos estudios particulares; y

8.- Que la demandada hizo pago del ítem respectivo a excavaciones, conforme lo establecido en el contrato.

SÉPTIMO: Que la discusión del proceso ha versado, esencialmente, respecto de si la demandada habría incurrido en errores de gran magnitud, en la proporción referenciada en los antecedentes para participar en la licitación, respecto del ítem excavaciones de Terrenos de Cualquier Naturaleza y en Roca; en si hubo una mayor proporción a la estimada, respecto de la excavación en Roca con uso de Explosivos; si con motivo de lo anterior, se generaron mayores costos a los estimados por la actora, para participar en la licitación; si ha existido un incumplimiento de la demandada, respecto de su obligación de pago del ítem respectivo y de la entrega de antecedentes para licitar y; si se han generado perjuicios para la demandante, con motivo del presunto incumplimiento de la demandada .



«RIT»

Foja: 1

OCTAVO: Que con el objeto de acreditar sus pretensiones, la parte demandante rindió la siguiente prueba:

Documental:

- a) Copia del Decreto Supremo N°75 del Ministerio de Obras Públicas, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- b) Copia de Antecedentes de Licitación de la Obra Construcción By Pass Ruta A-65, Cuesta Duplijsa, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- c) Copia de Ordinarios números 5034, de 30 de abril de 2012, 5128 de 2 de mayo de 2012, y 5713 de 17 de mayo de 2012, todos emanados de la Dirección de Vialidad, agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- d) Copia de Informe Geotécnico preparado por Petrus Consultores Geotécnicos, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- e) Copia de Resolución D.G.O.P N°137, de 19 de julio de 2012, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018, que acepta la propuesta de Besalco S.A.;
- f) Copia de página 2 de libro de obras, sobre acta de entrega de terreno para obra, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- g) Copia de carta de 5 de octubre de 2012, dirigida por Besalco al Inspector Fiscal Contrato, don Juan Escalante Canevaro, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- h) Copias de Estados de Pagos emitidos por la demandada en relación al contrato de obra pública entre las partes, con sus correspondientes facturas, agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- i) Copia de Resolución D.G.O.P. N°3481, que aprueba modificaciones de Obras N°1 y 2 del Contrato, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- j) Copia de Acta de Recepción Provisoria, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- k) Copia de Proposición de Calificación Recepción Provisoria, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- l) Copia de Formulario de Calificación del Contratista, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- m) Copia de cuadro de cantidades de obras a ejecutar en el contrato, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- n) Copia de Resolución D.V.N°1803, de 23 de abril de 2014, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- o) Copia de Acta de Recepción Definitiva de las obras, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- p) Copia de Formulario para calificación del Contratista, referido a la demandante, con nota final, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- q) Copia de Propuesta Económica con Carta Oferta, Presupuesto del Proponente, Análisis de Precios Unitarios y Gastos Generales y Utilidades, emitidos de Besalco para construcción del proyecto objeto del contrato entre las partes, agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- r) Copia de Manual de Carreteras, Especificaciones Técnicas, emitido por la Dirección de Vialidad, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- s) Copia de Certificado de Vigencia Consultor N°12911, del Ministerio de Obras Públicas, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- t) Copia de cartas de la demandante al Inspector Fiscal Contrato, don Juan Escalante Canevaro, de 22 de mayo de 2013, 5 de julio de 2013 y de 6 de agosto de 2013, dando cuenta de aumentos de volumen final de excavación en roca y de sus costos asociados, agregadas al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- u) Copia de planos perfiles longitudinales y transversales, Horizontes de Roca, agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- v) Copia de Protocolo Prueba de Arranque, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- w) Copia de carta de la demandante al Jefe Depto. Construcción Subdirección de Obras del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 11 de septiembre de 2013, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018, donde se reclama del aumento de volumen de excavación en roca y del aumento de costos asociados;
- x) Copia de dos cartas de la demandante al Jefe Depto. Construcción de la Dirección de Vialidad, y una carta al Subdirector de Obras de la misma entidad, de fechas 6 de enero de 2014, 15 de mayo de 2015 y 14 de julio de 2014, respectivamente, agregadas al proceso con fecha 29 de octubre de 2018, donde solicita modificación del contrato respecto del ítem 201-9;
- y) Copia de carta de la actora al Director Nacional de Vialidad, de fecha 22 de enero de 2015, donde solicita pronunciamiento respecto de solicitud de modificación de contrato del ítem 201-9, agregada al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- z) Copia de Ordinario N°108, de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección de Vialidad, Inspector Fiscal don Juan Escalante Canevaro, dando cuenta de un volumen de excavación en roca equivalente a un 56% del ítem 201-9, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- aa) Copia de Memorandum N°ING-SGC-339/2013, de la empresa Petrus, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- bb) Copia de Ordinario N°130 de la Dirección de Vialidad, de fecha 29 de julio de 2015, proponiendo que cambio de ítem 201-9, se realice en liquidación de contrato, previo pronunciamiento de la Contraloría General de la República, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- cc) Copia de Ordinario N°9458, de 2 de septiembre de 2016, del Ministerio de Obras Públicas, donde solicita pronunciamiento respecto de solicitud de la demandante a la Contraloría General de la República, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- dd) Copia de Dictamen N°7988, de fecha 9 de marzo de 2017, de la Contraloría General de la República, donde rechaza solicitud de la actora del ítem 201-9 del contrato de obra pública, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- ee) Copia de Informe en Derecho, del abogado y profesor don Claudio Moraga Klenner, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- ff) Informe de Consultora Deloitte, sobre auditoria y costos de la obra ejecutada por la actora, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- gg) Balances de la empresa demandante de los años 2012 a 2017, agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018;
- hh) Copia de Informe N°193.776 al 193.778 de Ensayos de Parámetros Característicos de Suelos, agregado al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- ii) Copias de Informes de sondaje de la empresa Sondas PCE, agregados al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- jj) Set de fotografías relativas al sector donde se ejecutaron las obras, obtenidas por la empresa Petrus, agregadas al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- kk) Set de gráficos sobre perfil sísmico y sobre composición y comportamiento de terreno, agregados al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- ll) Impresiones de planos con ubicación del trazado de las obras a ejecutar, agregadas al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- mm) Informe de Ensayos de Mecánica de Suelos, preparado por el IDIEM, N°509.083-A, agregado al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- nn) Informe de Ingeniería Cuatro sobre Perfiles de sísmica de refracción, Proyecto Ingeniería By Pass Cuesta Duplijsa Minera BHP Billiton-Cerro Colorado, preparado por Wellfield Services Ltda., agregado al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- oo) Impresión de Estudio Precio Unitarios de Idiem, agregado al proceso con fecha 31 de octubre de 2018;
- pp) Copia de Informe Técnico Final N°1.351.980/2018, sobre Verificación del cambio de proporción del suelo real y determinación de precio de movimiento de tierras, preparado por IDIEM, agregado al proceso con fecha 29 y 31 de octubre de 2018;
- qq) Copias de formularios de presupuestos A457, A616, A959, A629 y A455, suscritos por las partes, agregadas al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- rr) Copia de Ordinario N°0250, de 2 de marzo de 2018, de la Dirección de Vialidad, agregado al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- ss) Copia de Ordinario N°931, de 18 de agosto de 2011, de la Dirección de Vialidad, agregado al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018; y
- tt) Copia de formulario de Presupuesto A 616, agregado al proceso con fecha 26 de noviembre de 2018.

Testifical:

Rendida en las audiencias de 6, 7, 9 y 12 de noviembre de 2018, por los testigos don: 1) **Claudio Moraga klenner**, 2) don **Mauricio Charmin Osorio**, 3) doña **Daniela Arce Riveros**, 4) don **Claudio Martínez Hernández**, 5) don **Roberto Fernández Versin**, 6) don **Eduardo Román Salinas**, 7) don **Pedro Ortigosa de Pablo**, 8) don



«RIT»

Foja: 1

Juan Jara Muñoz y 9) don **Mario Fernández Rodríguez**, legalmente examinados y sin tacha acogida, quienes declararon:

El **primero**, al folio 50, que reconoce el informe en derecho acompañado al proceso como suyo y encargado por la actora.

El **segundo**, al folio 50, que trabaja para Idiem, en cuyo estudio encargado por la actora, se pudo constatar que la proporción del suelo a escavar, informada en la licitación como de un 80% de terreno de cualquier naturaleza y de 20% de roca aproximadamente, en realidad correspondía a un 56% de terreno de cualquier naturaleza y un 44% de roca, lo que significó para Besalco, una diferencia de precio de más de 3 mil millones de pesos, considerando el precio ofertado y la cantidad de metro cúbicos realmente excavados de materia roca. Reconoce el Informe Final acompañado al proceso con fecha 31 de octubre de 2018; que el estudio se hizo conforme a los documentos generados durante el contrato, considerando que las obras ya estaban realizadas al requerirse el informe; que el perjuicio ocasionado a la demandante, es de más de tres mil millones de pesos, por las diferencias ya descritas; y que el MOP reconoció las diferencias entre el proyecto original y lo ejecutado en terreno.

La **tercera**, al folio 50, que trabajó para Idiem y en esa instancia participó en una asesoría para Besalco; que se incumplió por el MOP la información entregada en la etapa de licitación, respecto del porcentaje de excavaciones de TCN y Roca; que el porcentaje inicial informado para excavación Roca era de 20%, siendo el porcentaje real de un 56%, cambiando las condiciones que consideró Besalco para



«RIT»

Foja: 1

participar de la licitación; que reconoce el Informe Final de Idiem, acompañado al proceso; que el informe se elaboró en base a los documentos generados durante el desarrollo del proyecto; y que la excavación en Roca implica un mayor costo en equipos y labores, lo que produce una aumento del precio por dicho ítem.

El **cuarto**, al folio 50, que reconoce su autoría en el Informe de Petrus, Memoria de Cálculo de Informe Geotécnico de Taludes N°2490-ING-SGC-874/2008, agregado al proceso, donde él participó.

El **quinto**, al folio 56, que trabajó para Besalco hasta mayo de 2017; que el MOP incumplió el contrato, ya que se incorporó un ítem con información inexacta y que los llevó a evaluar mal el precio de oferta, ya que informó que la excavación en TCN era del 80% y en Roca, del 20%, cuando en realidad, fue de 56% en Roca, obligándolos a incorporar más y diferentes equipos de excavación; que el informe de mecánica de suelo fue entregado por la empresa Petrus, que formaba parte de los antecedentes de licitación; que de acuerdo al porcentaje establecido en bases de licitación, sería invariable; que no se realizaron pruebas específicas durante el estudio de propuesta, respecto de la precisión del informe de mecánica de suelos, considerando el breve tiempo para el estudio, de alrededor de dos meses y medio; que los daños y perjuicios fueron por la necesidad de incorporar mayores recursos no contemplados en la oferta, los que avalúa en la suma total de \$6.200.000.000; que para excavación en Roca se requiere de excavadoras, camiones articulados, buldozer, perforadoras, explosivos, polvorines, vehículos especiales de transporte de explosivos y personal



«RIT»

Foja: 1

especializado en manejo de explosivos; que el precio de excavación en Roca sería de 3.5 veces el de la excavación en TCN; que se constató la mayor proporción a medida que se ejecutaban los trabajos; y que el MOP se negó a la petición de compensar las diferencias advertidas.

El **sexto**, al folio 56, que trabajó para Besalco hasta febrero de 2018; que hubo incumplimiento del MOP, porque los antecedentes que se tuvieron a la vista para evaluar la propuesta del contrato, no permitían determinar el movimiento de tierra que efectivamente se produjo, ya que informaban una distribución de 20% en Roca, que resultó ser del 56%, lo que no se podría haber previsto con tales antecedentes; que los costos de excavación en Roca y en TCN, son muy distintos; que cada vez que salía un m³ de Roca, significaba una pérdida para el contrato; que se envió una carta al MOP para que se separaran los ítems, pero no fue aceptado; que subieron los costos para Besalco, por el volumen extraído, ya que el costo de botar Roca es mucho mayor; que un informe de Petrus, que era parte de los antecedentes de licitación, ratificaba los volúmenes informados; que no hubo visita a terreno de ninguno de los contratantes; que la única forma de percatarse del problema fue durante la ejecución del contrato, cuando se realizaban las excavaciones, momento en que se informaban el Inspector Fiscal; que los equipos para excavar Roca son más caros que la excavación de TCN, ya que se requiere buldozer, perforadoras, excavadoras de mayor capacidad y explosivos; que se propuso una modificación de rasante para disminuir los costos y evitar mayores perjuicios, lo que mitigó un 4%, aproximadamente, el mayor



«RIT»

Foja: 1

volumen de Roca; que se estiman veraces las informaciones al momento de licitar; que ninguna empresa efectúa ensayos y calicatas al tiempo de decidir su participación en este tipo de contratos; y que los perjuicios correspondería a la diferencia entre el volumen de Roca Real con el volumen de Roca oferta, que sería de 260.000 m³, aproximadamente.

El **séptimo**, al folio 63, que reconoce el documento de Memoria de Cálculo de informe geotécnico de taludes N°2490-ING-SGC-874/2008, elaborado por Petrus, que es de su autoría; que él estuvo en terreno, principalmente, para la elaboración del informe; que en dicho informe se proyectó como porcentajes de TCN y Roca, de 20% y 80%; que la cantidad de sondajes durante la ejecución del informe fue muy menguada o reducida, por las dificultades de acceso; que el informe les fue encargado por Ingeniería Cuatro, pero desconoce quien encargó la gestión a esta última; y que se desconocía el trazado a la época de realización del sondaje.

El **octavo**, al folio 68, que reconoce su autoría en Informe emanado de Deloitte; que el informe consistió en revisar los registros contables asociados al proyecto Duplijsa, entre los periodos 2012 a 2017; y que el sobre costo está principalmente asociado al rubro maquinarias, por los estados de pago de excavación.

El **noveno**, al folio 68, que supo de los hechos por haber sido Director Nacional de Vialidad, cuando se convino el contrato entre las partes; que se adjudicó el contrato a la actora, como cualquier contrato de obra pública; que en el caso particular, el proyecto fue contratado



«RIT»

Foja: 1

por la Minera Cerro Colorado, quien hizo además un aporte para la construcción del proyecto; que no podría afirmar si estaban todos los antecedentes expresados en forma correcta, por no corresponderla a él su revisión; que se estableció en el contrato un sistema de precios unitarios por ítem; que el manual de carreteras hacer una diferenciación entre cada una de las partidas conforme los movimientos de tierra en la faena, ya que son metodologías particulares, siendo el movimiento de Roca la única que requiere el uso de explosivos; que desconoce cuál fue el motivo de incluir en un solo ítem la excavación de suelos, sin distinguir si se trataba de TCN o Roca, lo que no es usual; que ningún proyecto de obra pública puede entregar datos exactos de cantidades de obra, especialmente respecto de movimientos de tierra, por lo que se hacen series de prospecciones; que se recomienda a los contratistas visitar el terreno para reconocer la obra; que desconoce si se hicieron consultas en la licitación referidas a la partida de movimiento de tierras; que no le consta que haya habido incumplimiento del contrato, aunque sí sabe de reclamaciones posteriores; que conforme a documento exhibido de Director de Vialidad a Contraloría General de la República, sería evidente que hubo una mala estimación en el proyecto respecto a las proporciones de Roca y TCN; que el costo de remover un m³ de Roca es mucho más cargo un m³ de TCN, en promedio, 4 veces más cargo, por los insumos adicionales requeridos, como los explosivos, además de los tiempos, que son mayores por permisos civiles y militares para ejecutar la faena; y que no conoce los pormenores de la carta que se le exhibió.



«RIT»

Foja: 1

Pericial:

Practicada por el perito judicial, ingeniero comercial y contador público, don Jorge Mislej Musalem, quien evacuó su informe agregado al proceso con fecha 15 de enero de 2019, en relación a los daños y perjuicios que habría padecido la actora ocasionados con presuntos incumplimientos de la demandada, donde concluye, después de haber revisado los asientos contables de la actora: que la oferta pública se hizo por la suma de \$10.167.159.917, mientras que el costo final fue de \$14.771.268.068, principalmente, por los mayores costos en la excavación de material en Roca; y que el perjuicio para la demandante sería de \$4.022.176.493.

NOVENO: Que la parte demandada rindió la siguiente prueba, para desvirtuar la defensa y prueba presentada por la contraria:

Documental:

- a) Copia de Antecedentes de Licitación del contrato celebrado entre las partes, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- b) Copia de Ordinarios N°108, de 19 de diciembre de 2013, y 98, de 22 de noviembre de 2013, ambos de la Dirección de Vialidad, agregado al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- c) Copia de Dictamen de 4 de septiembre de 2012, de la Contraloría General de la República, que cursa toma de



«RIT»

Foja: 1

- razón de Resolución D.G.O.P.N°137, de 19 de julio de 2012, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- d) Copia de Resolución N°3481, de 16 de septiembre de 2014 que aprueba modificaciones y cierre final del contrato, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- e) Resolución N°520, de 4 de febrero de 2015, que Designa Comisión de recepción definitiva de la obra, con anexos Ord, 12 de 13 de marzo de 2014 y Acta de recepción provisoria de las obras, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- f) Orden de Ejecución Inmediata N°1 sobre modificaciones de obra y urgencia de 12 de septiembre de 2013, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- g) Carta de Besalco BSC-629-IF-0192, de 22 de mayo de 2013, dirigida a Inspector Fiscal de la Obra, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- h) Carta de Besalco BSC-629-IF-0211, de 7 de junio de 2013, dirigida a Inspector Fiscal de la Obra, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;
- i) Carta de Besalco BSC-629-IF-0356, de 8 de enero de 2014, dirigida a Inspector Fiscal de la Obra, agregada al proceso con fecha 12 de noviembre de 2018;



«RIT»

Foja: 1

- j) Copia de Dictamen N°7988, de 9 de marzo de 2017, de la Contraloría General de la República, agregado al proceso con fecha 13 de noviembre de 2018;
- k) Copia de croquis que se habría elaborado por ingeniero don Jaime Huidobro, relativo a cálculo de composición de suelo que habría planteado la propia demandante, agregado al proceso con fecha 13 de noviembre de 2018;
- l) Copia de carta de Besalco a Jefe de Depto. Construcción Subdirección de Obras de la Dirección de Vialidad, de fecha 23 de mayo de 2014, agregada al proceso con fecha 13 de noviembre de 2018;
- m) Copia de Declaración efectuada por la demandante en su oferta, dentro del proceso de licitación del contrato de obra sub lite, agregada al proceso con fecha 13 de noviembre de 2018; y
- n) Copia de Antecedentes de Licitación para la Construcción de la obra sub lite, agregados al proceso con fecha 26 de noviembre de 2018.

Testifical:

Rendida en la audiencia de 14 de diciembre de 2018, folios 106 y 107, por los testigos don **Juan Escalante Canevaro** y don **Jaime Huidobro Medel**, legalmente examinados y sin tacha acogida, quienes declararon:



«RIT»

Foja: 1

El **primero**, que es actualmente Jefe del Departamento de Conservación Regional, Dirección de Vialidad, MOP; que fue inspector fiscal de la obra objeto del contrato entre las partes; que el trazado de la obra se emplazó en sector cordillerano de mucha complejidad geográfica, con cerros y pendientes fuertes donde no existía camino; que hubieron estudios realizados por la empresa minera Cerro Colorado, la que aportó antecedentes para poder determinar la calidad de los suelos y así ver los ítems a involucrar en la obra; que todas las cubicaciones presentadas eran estimaciones en virtud de las complejidades del proyecto, cuyo trazado es por alta montaña; que el proyecto se realizó en alianza con la Minera Cerro Colorado, quien elaboró el proyecto y aportó en la construcción de la misma; que presume que hubo una revisión de la Dirección de Vialidad, del proyecto de ingeniería elaborado por Minera Cerro Colorado; que desconoce los parámetros utilizados en la elaboración del cuadro de cubicación, como también, qué información se les entregó a los proponentes respecto del ítem 201-9, ya que no participó en la licitación; que una vez adjudicado el contrato, se adjuntan las aclaratorias que forman parte del mismo; que en resumen, el informe geotécnico de taludes, se basa en las condiciones del sector del terreno a trabajar y le da pautas de las características técnicas que deben considerarse para confeccionar el estudio de su propuesta; que el informe de mecánica de suelos entregado en circular aclaratoria número 3, permite fijar la pauta para determinar las acciones que debe tomar la empresa en fijar sus precios, al tener una aproximación de la



«RIT»

Foja: 1

realidad del terreno y que las mismas deben corroborar en el lugar; que el informe indicaba que el materia a excavar en material de corte era ripiable con maquinarias bulldozers D-10 o equivalentes, en un porcentaje de 80% del volumen total a excavar y los explosivos se requerían solo para el 20% restante; que el ministerio habría cumplido con todo lo señalado en las bases de licitación; que en relación al ítem 201-9, se señalaba que la partida era única, sin distinción entre suelos ripiables y roca, no siendo obligación identificar suelos, ni pruebas de arranque; que las pruebas de arranque realizadas por la empresa, no eran obligatorias; que el porcentaje de roca bordeada el 50%, según informe que envió a la central; que los ítem excavación en roca y TCN, se habrían unificado, al parecer, para dar una mayor agilidad al contrato; que según documento exhibido, el porcentaje en roca excavado fue de 56%, del total extraído; y que él tenía apoyo en terreno de la empresa adjudicada para tal fin Bogado, la que fue contratada por el MOP.

El **segundo**, que trabaja para la Dirección de Vialidad del MOP; que el contrato entre las partes se llamó bajo la modalidad de serie de precios unitarios con reajustes y de acuerdo a la reglamentación aplicable a un contrato de obra pública; que las obras fueron ejecutadas y recibidas; que como todo contrato de obra pública, formaban parte de las bases, las circulares aclaratorias a las mismas; que el contrato contempló una partida única para la remoción de material, independiente si fuera roca o TCN, debiendo el contratista realizar estudios para determinar o perfeccionar su oferta; que los



«RIT»

Foja: 1

precios eran inamovibles; que sí se plantearon dudas sobre el ítem movimientos de tierras, a lo que se respondió manteniendo los precios unitarios; que hubo una revisión de la regulación por la Contraloría General de la República, por una reclamación del contratista, manteniéndose lo estipulado en el contrato, pero haciendo una indicación para que el servicio velara por la entrega de información lo más fidedigna posible dentro de un proceso de licitación; que desconoce los motivos para estimar las partidas de movimientos de tierras en una sola partida, aunque probablemente, por la extensión del trabajo y para evitar demoras; que según recuerda el MOP pagará toda diferencia de precio que resultara de la obra; que tiene entendido que se revisó el informe de ingeniería preparado para el proyecto y que se encontraba desarrollado a nivel de ingeniería definitiva; que se entregó a los proponentes un informe elaborado por Petrus en carácter de referencial, donde se indicaba material ripiable y no ripiable; que no conoce otro contrato donde se considerara el movimiento de tierra en una sola partida; que el manual de carreteras corresponde a especificaciones técnicas de las bases de remate; que la visita al terreno era facultativa para los oferentes; que la Dirección de Vialidad entregó los antecedentes que estimó suficientes para las empresas proponentes, indicándoles que ellas debían evaluar si requerían antecedentes particulares, teniendo gran experiencia y expertiz las empresas participantes de la licitación; que solo las pruebas de arranque determinan el porcentaje de roca y TCN, de acuerdo al manual de carreteras; y que de acuerdo a Ordinario exhibido N°108, de 19 de



«RIT»

Foja: 1

diciembre de 2013, se informa un porcentaje de excavación de roca no ripiable de 56%, correspondiente a 415.176 m³.

DÉCIMO: Que corresponde valorar las probanzas rendidas por las partes, comenzando por los instrumentos. En este sentido, no se registran impugnaciones, fundadas en causal legal, respecto de ninguno de los que fueron puestos en conocimiento de la contraria, ni alegaciones respecto de las virtudes formales de los públicos. En consecuencia, se reconoce pleno valor probatorio a los instrumentos señalados, según su naturaleza, salvo los privados que no tienen constancia de recepción por la contraria y los emitidos por terceros, que no fueron ratificados en juicio, los que en todo caso, se estimarán, como indicios.

Que la declaración de los testigos de la actora, legalmente examinados y sin tacha, que han dado cuenta de sus dichos, la mayoría conocedores directos de los antecedentes de la obra y del contrato de obra pública sub lite, y en algunos caso, que efectuaron análisis de la composición del terreno objeto de la obra pública construida, concordantes y cuyo mérito no ha resultado desvirtuada por prueba en contrario, hace plena prueba en cuanto a: ser efectivo que los antecedentes presentados para la apertura de licitación, informaba que los porcentajes aproximados de material en Roca, del total de la obra, correspondían a un 20% y Terreno Cualquier Naturaleza, a un 80%; que los porcentajes reales de excavación en material Roca, del total de la obra, alcanzaron a un 56%; que los costos de excavación en Roca incluyen uso de explosivos, siendo más elevados que la excavación en



«RIT»

Foja: 1

TCN; y que los mayores costos de excavación en Roca, subieron los costos estimados para la oferta efectuada por la demandante para adjudicarse la licitación.

Los testigos de la demandada, legalmente examinados y sin tacha acogida, por su parte, dan cuenta, también, de diferencias en la excavación que se hizo del terreno en Roca, reconociendo un porcentaje de alrededor del 50% del total de la obra; que los antecedentes licitados, relativos al ítem 201-9, sobre excavación de material y su composición, fueron elaborados por privados, encargados por la empresa que co-financió el proyecto, esto es, la empresa Minera Cerro Colorado; y que los valores informados para la excavación de material, Roca y TCN, eran estimativos, no exactos.

La prueba pericial rendida, se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, según lo previene el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

UNDÉCIMO: Que en atención a los hechos reconocidos en el proceso y los medios de prueba verificados precedentemente, deben estimarse como hechos acreditados en el proceso, los siguientes:

1.- Que las partes celebraron el 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”**, comuna de Pozo Almonte, Provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá, adjudicado a su parte mediante Resolución D.G.O.P. N°137, de 19 de julio de 2012;



«RIT»

Foja: 1

2.- Que la obra consistió en la ejecución de un trazado alternativo a la Ruta A-65 Pozo Almonte-Mamiña, para evitar el paso por la cuesta y destinada a vehículos de carga pesada, de pasajeros y vehículos livianos, desde el poblado de Pozo Almonte hasta Mamiña, Parca, Quipisca a la Compañía Minera Cerro Colorado;

3.- Que se produjo un problema durante la ejecución de las obras a propósito del ítem singularizado en las Bases de Licitación como 201-9 Excavación en suelos o rocas con o sin uso de explosivos;

4.- Que la parte demandante, reclamó por vía administrativa, un pago de los mayores costos asociados al mayor porcentaje de excavación en roca con uso de explosivos, reclamo que fue rechazado, después de analizarse la situación por la División Jurídica del Departamento de Construcción del MOP;

5.- Que ante la insistencia de la demandante, el Director Nacional de Vialidad solicitó un pronunciamiento sobre la propuesta de la actora, ante la Contraloría General de la República, que también rechazó el mecanismo planteado, por estimar ello una variación de los precios unitarios acordados, los que serían inamovibles y afectar el principio de igualdad de los oferentes que participaron en el certamen;

6.- Que los antecedentes entregados por la demandada para participar en la licitación respectiva, propusieron unos porcentajes respecto del material a excavar para proceder a la ejecución del proyecto, de modo referencial;



«RIT»

Foja: 1

7.- Que en el Anexo Complementario a las Bases de la Licitación, en el número 1 del acápite IV-3 Especificaciones Técnicas Especiales, se recomendaba la realización de nuevos estudios particulares;

8.- Que la demandada hizo pago del ítem respectivo a excavaciones, conforme lo establecido en el contrato;

9.- Que los antecedentes presentados para la apertura de licitación, informaban que los porcentajes aproximados de material en Roca, del total de la obra, correspondían a un 20% y Terreno Cualquier Naturaleza, a un 80%;

10.- Que los porcentajes reales de excavación en material Roca, del total de la obra, alcanzaron a un 56%;

11.- Que los costos de excavación en Roca incluyen uso de explosivos, siendo más elevados que la excavación en TCN; y

12.- Que los mayores costos de excavación en Roca, subieron los costos estimados para la oferta efectuada por la demandante para adjudicarse la licitación.

DUODÉCIMO: Que según lo establecido en el ítem 201-9 de las Bases de Licitación y que pasó a ser después, cláusula del contrato de ejecución de obra pública entre las partes, se previno, lo que se reproduce a continuación:

"1- DESCRIPCIÓN Y ALCANCES



«RIT»

Foja: 1

Esta partida se refiere a las excavaciones requeridas para conformar la plataforma del Camino, u otras definidas en el proyecto. Los materiales a ser excavados aplicando esta partida, son los clasificados con “roca” y los dosificados como “terreno de cualquier naturaleza TCN”, de acuerdo a las definiciones de materiales del numeral 5.201.304(7) del MC-V5.

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 documentos aplicables, se entregan sólo como información referencial.

El uso de esta partida única de excavación, permitirá al contratista cambiar de método de excavación según su rendimiento y conveniencia, sin necesidad de la ejecución de pruebas de arranque. Lo anterior con el objetivo de contribuir a una mayor agilidad de la obra que resulta beneficiosa para el contratista y el mandante.

Se recomienda a los proponentes el envío de sus propios expertos para la evaluación de los materiales, además se recomienda el uso de otras técnicas de auscultación para apoyarla determinación de los espesores de TCN y roca.”

DÉCIMO TERCERO: Que de conformidad con lo declarado por los testigos de la parte demandada, ya analizados, y estos en relación con lo previsto en el Ítem 201-9 del contrato celebrado entre



«RIT»

Foja: 1

las partes, cabe establecer que todos los pronósticos o evaluaciones de las condiciones de dificultad o facilidad para excavar, definidos en la etapa de estudio, constituían información *meramente referencial*; que la partida era única, tanto para excavación en Roca o TCN; y que se recomendaba a los proponentes hacer sus propias evaluaciones, para apoyar la determinación de los espesores de TCN y Roca.

Evidentemente no había un establecimiento de porcentajes exactos de tales materiales, a ser considerados para la excavación.

DÉCIMO CUARTO: Que sin perjuicio de lo anterior y conforme al mérito de los Ordinarios números 108, del Fiscal Inspector, de fecha 19 de diciembre de 2013; 130 de la Dirección de Vialidad, de fecha 29 de julio de 2015; y 6458 del Ministerio de Obras Públicas, de 2 de septiembre de 2016, todos agregados al proceso con fecha 29 de octubre de 2018, puede ratificarse que el porcentaje real y final de excavación del material Roca, alcanzó a un 56%, del total del material excavado; y que se reconoció un error en los antecedentes de licitación sobre el ítem 201-9, respecto de la proporción de material, que referenciaba, únicamente, un 20% de material en Roca, lo que constituía una diferencia sustancial entre el proyecto y la obra.

DÉCIMO QUINTO: Que lo expresado por el Idiem, en el Informe Técnico N°1.351.980/2018, agregado al proceso con fecha 29 de octubre de 2018, ratificado por sus elaboradores en la prueba testifical de la demandante, permite establecer un indicio vehemente, en cuanto a que el costo real de la operación, en el contrato celebrado entre las partes, respecto del ítem 201-9, alcanzaba al precio unitario



«RIT»

Foja: 1

de \$8.854, considerando la mayor extensión de material Roca, que fue de un 56% del total del terreno excavado, lo que implicó mayores recursos para tal obra, en explosivos, maquinaria, personal tecnificado y permisos para el uso de explosivos.

No precisa tal informe, el valor unitario por metro cúbico, de la excavación en Roca, diferenciado si hubo o no uso de explosivos.

DÉCIMO SEXTO: Que por su lado, el peritaje practicado en autos, por el perito ingeniero comercial y contador público, don Jorge Mislej Musalem, al tenor del informe agregado al proceso con fecha 15 de enero de 2019, en relación a los daños y perjuicios que habría padecido la actora, ocasionados por presuntos incumplimientos de la demandada concluye, después de haber revisado los asientos contables de la actora: que la oferta pública se hizo por la suma de \$10.167.159.917, mientras que el costo final fue de \$14.771.268.068, principalmente, por los mayores costos en la excavación de material en Roca; y que el perjuicio para la demandante sería de \$4.022.176.493. Dicho informe permite establecer otro indicio, en cuanto a que la empresa demandante resultó perjudicada, al absolver mayores costos, por la cifra señalada, precisamente, por los mayores costos que los por ella estimados, al momento de licitar, y que se produjeron en la realidad, respecto del ítem 201-9 del contrato.

De dicho informe se puede extraer, además, que el costo total directo por excavaciones, en Roca y TCN, fue de \$2.820.418 y de costo indirecto, por ambos materiales, \$589.211.191, lo que arroja un total de \$3.4009.815.609.-



«RIT»

Foja: 1

No se precisa en dicho informe, el costo unitario de la excavación por metro cúbico, de terreno con Roca, con y sin uso de explosivos, ni cuánto terreno correspondería a uno y otro.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el artículo 2° del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 de 2004 del Ministerio de Obras Públicas, establece:

“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. En los documentos de licitación se establecerá el calendario de entrega de toda aquella eventual información que por su naturaleza no pueda ser entregada antes de la adjudicación, la que en ningún caso deberá ser tal, que afecte a la estimación de precios y cantidades, así como la responsabilidad del MOP en caso de incumplir con dicho cronograma de entrega.

Las obras que se subdividan en dos o más contratos, que se cotizarán separadamente, deberán asegurar la relación entre ellos. A



«RIT»

Foja: 1

tal fin, en los documentos de licitación se deberá indicar la interacción entre contratos, así como con qué otros proyectos se deberá interactuar, entregando en dichos documentos toda la información pertinente.”

DÉCIMO OCTAVO: Que desde ya, cabe señalar que ha quedado establecido en el proceso que eran obligatorio para la demandada el aportar antecedentes necesarios y suficientes, para que así los oferentes pudieran estimar los precios unitarios y las cantidades necesarias para cumplir con la obra proyectada.

DÉCIMO NOVENO: Que analizados los antecedentes aportados al proceso, la obligación de la demandada y lo estipulado en el ítem 201-9 del contrato celebrado entre las partes, no cabe concluir que haya existido un incumplimiento del Fisco, respecto de lo establecido en el artículo 2º del *Reglamento para Contratos de Obra Pública*, puesto que lo exigido por dicha norma dice relación con otorgar antecedentes necesarios y suficientes; verificándose, de los hechos asentados en autos, que la obra de excavación se contempló indistintamente, para Terreno de Cualquier Naturaleza o Roca, por un precio unitario por metro cúbico y que los valores de las especificaciones técnicas eran *referenciales*, advirtiéndose a los oferentes que podían efectuar sus propias evaluaciones o estudios, especialmente, respecto de los espesores de tales materiales.

De tal manera y teniendo en especial consideración la reconocida e invocada experiencia de la actora en materia de construcción y lo escabroso y dificultoso de las condiciones geográficas donde debía



«RIT»

Foja: 1

emplazar la obra, cabe concluir que aquella pudo y debió haber previsto la posibilidad cierta de que la cantidad de material en roca fuera superior al sugerido en las especificaciones técnicas, meramente referenciales, y haber hecho su propuesta en relación a los eventuales mayores costos que en la realidad le significó la ejecución de los trabajos de excavación.

Resulta evidente, además, que al ser los antecedentes entregados por el Fisco meramente referenciales (tal como se estableció en las bases) no cabría modificar dicha circunstancia contractual, de forma *ex post* y después de efectuar las obras la demandante, sin haber efectuado los estudios necesarios o haber entregado una oferta distinta, al verificar que la excavación en roca era superior a lo estimada, puesto que la redacción de la cláusula permitía, ciertamente, dicha posibilidad, aumentado desde un 20% aproximado a un 56% final, lo que implicó un 36% más de lo previsto por aquella.

Cabe agregar que, de acuerdo a las fotografías que se han acompañado al proceso, respecto del lugar donde se ejecutaría la obra, a simple vista se aprecia que la geografía del terreno comprende una gran cantidad de roca, siendo al menos previsible, que la referencia dada en las especificaciones técnicas fueran menores que las constatadas en la realidad, respecto del terreno en roca.

Por último, resulta cierto lo dictaminado por la Contraloría General de la República, en su Dictamen N°7988, de 9 de marzo de 2017, cuya copia se agregó al proceso con fecha 13 de noviembre de 2018, en cuanto a que encontrándose fijados los precios unitarios, estos



«RIT»

Foja: 1

eran inamovibles y no podría modificárselos en forma posterior a la adjudicación, por cuanto ello vulneraría el principio de igualdad de los oferentes.

VIGÉSIMO: Que de conformidad con lo asentado precedentemente y no habiéndose establecido la existencia de un incumplimiento por parte de la demandada, en relación a los antecedentes referenciales aportados, respecto del ítem excavación, en el contrato celebrado por las partes, no se acogerá la demanda deducida, por faltar el fundamento esencial de la acción impetrada, menos aún, al reconocer la actora que se pagaron por la demandada los ítems respectivos, de acuerdo a lo pactado en el contrato.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que por lo demás, no habiéndose establecido algún incumplimiento de la demandada, según lo razonado en las motivaciones precedentes, dicha parte no podría ser responsable de los perjuicios que se hayan originado a la actora.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que debe considerarse, también, la norma del artículo 1546 del Código Civil, la cual previene: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sin a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.*”

En el escenario de autos, resulta evidente que dicha norma obligaba a la demandante a tomar todas las medidas que fueran necesarias, para cumplir con las obligaciones contraídas en el contrato,



«RIT»

Foja: 1

y en el caso particular, respecto de las mayores o menores obras que fueran necesarias, advertir con antelación y mayor precisión, si el terreno donde se emplazaban las obras, requerían o no de un mayor volumen de excavación en roca, con o sin uso de explosivos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, esta juez estima insuficiente la prueba rendida por la actora para establecer, cabalmente, el perjuicio que la misma habría padecido, con los mayores costos por la excavación en Roca, puesto que los dos antecedentes referidos a tal ítem, el peritaje y el informe de Idiem, otorgan proposiciones generales de los mayores valores costeados por la empresa constructora o particulares del ítem excavación, tomando en conjunto ambos terrenos, a saber, Roca y TCN, pero sin determinar, en forma precisa, el valor unitario del costo por metro cúbico, de la excavación en roca, diferenciando si era necesario o no el uso de explosivos.

Consecuentemente, al ser insuficiente dicha prueba, para establecer el mayor valor concreto que se pagó por la demandante, con motivo de la mayor proporción de excavación en roca, no cabía, tampoco, accederse a la demanda de perjuicios por ella deducida.

VIGESIMO CUARTO: Que de conformidad con lo razonado en las motivaciones precedentes, se rechazará la demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios deducida en lo principal del escrito de 29 de diciembre de 2017, en todas sus partes.



«RIT»

Foja: 1

VIGESIMO QUINTO: Que la demás prueba rendida, no detallada o considerada especialmente, en nada incide en lo asentado en las motivaciones precedentes.

VIGESIMO SEXTO: Que sin perjuicio de lo antes razonado, no se condenará en costas a la actora, al estimarse que ha tenido motivo plausible para litigar.

Por estas consideraciones, normas citadas, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 160, 170, 254 y siguientes, 342, 346 n°3, 384, 394, 399, 426 del Código de Procedimiento Civil; 1437, 1545, 1546, 1547, 1553, 1556, 1558, y 1698 del Código Civil, se declara:

I.- Que **se rechaza** la tacha deducida en la audiencia de 12 de diciembre de 2018.

II.- Que **se rechaza**, en todas sus partes, la demanda de lo principal del escrito de 29 de diciembre de 2017.

III.- Que cada parte soportará sus costas.

Anótese, regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 37.513-2017.

Pronunciada por doña **Patricia Ortiz von Nordenflycht**, Juez Titular.



«RIT»

Foja: 1

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el Art.162 del C.P.C. en Santiago, a veintidós de octubre de dos mil diecinueve. /acb/pov



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 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>