

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

En estos autos Rol N° 76.398-2020, iniciados ante el Sexto Juzgado Civil de Santiago, caratulados "*Kodama Limitada con Fisco de Chile*", la demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el ocho de mayo de dos mil veinte, que confirmó con declaración la sentencia de primer grado que acogió parcialmente la demanda de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios.

Dicha acción guarda relación con la obra pública denominada "*Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda Pajaritos*", cuya finalidad consistía en la construcción de un corredor de buses para el sistema de transporte público terrestre de pasajeros de la Región Metropolitana o "Transantiago", que conectaría las comunas de Santiago, Pedro Aguirre Cerda, Cerrillos y Maipú, en una extensión de 12,4 kilómetros. Actuó como mandante de los trabajos el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano (en adelante "Serviu"), por convenio mandato otorgado por la Dirección Nacional de Vialidad de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas. Se trató de un contrato a suma alzada, adjudicado al Consorcio Construcciones Kodama Limitada (en adelante,



indistintamente, "la constructora" o "Kodama"), pactándose un precio original de \$25.371.058.561, más valores proforma por \$196.000.000, otorgándose al contratista un plazo de ejecución de 336 días corridos.

Dicho contrato fue objeto de seis modificaciones, cuyo contenido se detallará más adelante, que significaron que su precio se elevara a \$34.049.354.008, y el plazo de ejecución se incrementara a 1.235 días corridos, con fecha de término al 17 de mayo de 2010, época en que, efectivamente, los trabajos fueron entregados por el contratista, emitiéndose el acta de recepción final el 28 de mayo de 2010.

Con posterioridad a la culminación de la obra, se desarrollaron negociaciones entre Kodama y el Serviu, tendientes a evaluar la procedencia de conceder a la empresa el importe de los mayores gastos generales devengados con ocasión de la extensión del contrato y los sobrecostos cuyo pago pretendía. Frustradas aquellas tratativas, la constructora optó por demandar al órgano público antes mencionado, tal como consta en los antecedentes Rol N° 27.734-2010 de ingreso ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, causa que fue concluida mediante el contrato de transacción suscrito por las partes el 25 de enero de 2011, en cuya virtud el Serviu reconoció adeudar a Kodama 774.765 Unidades de Fomento, mientras que la constructora se obligó a desistirse de su



acción y a transferir al mandante ciertos inmuebles, necesarios para la construcción del corredor, que fueron adquiridos con dineros propios de la constructora.

Sin embargo, en antecedentes Rol N° 18.714-2011, de ingreso ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, se acogió la demanda del Fisco de Chile declarándose *"la nulidad absoluta y total del contrato de transacción celebrado entre el Servicio de Vivienda y Urbanización Región Metropolitana y Consorcio Construcciones Kodama"*, por carecer, el Serviu, de competencia para haber comparecido a dicho acto.

En la presente demanda - de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios - Kodama denuncia que el Fisco de Chile incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales imputables:

a) El retardo en el traslado de las instalaciones de las empresas de servicio en la faja en que debía efectuarse los trabajos, a pesar de que era responsabilidad del Serviu contratar, con cargo a los valores proforma, la modificación de las instalaciones de los servicios existentes de electricidad, teléfono, televisión, gas, etc. Sin embargo, ello no ocurrió, precisando que las instalaciones que debían ser trasladadas no estaban debidamente catastradas, no existía coordinación con las empresas titulares de los servicios, no existían proyectos de modificación, y no



existía conformidad de los proyectos de especialidades por parte de cinco municipalidades, además de haber negado el Serviu, el pago de aquellas obras, decisión que fue revertida sólo previo dictamen de la Contraloría. Esta anomalía generó detenciones de obras en amplios sectores, derivando en retrasos en las fechas de inicio y término comprometidas. Ejemplifica, la demandante, que recién el 11 de mayo de 2009 pudo liberarse la faja respecto de los servicios de la empresa de comunicaciones GTD Manquehue, dos años y cuatro meses después de la entrega del terreno, mientras que, al 31 de marzo de 2007, sólo un 3% de la faja estaba liberada y un 3% de los trabajos se habían concluido, y a la fecha en que debía estar concluida la ejecución de la obra, el 30 de noviembre de 2007, se contaba con un 44% de la faja liberada y se encontraba un 44% de los trabajos concluidos;

b) Incumplimientos en relación con los colectores de aguas lluvias N° 7 y "Lo Errázuriz", puesto que durante su ejecución se detectaron graves interferencias no catastradas por el mandante, tales como la presencia de aguas servidas, redes de alta tensión, tuberías de gas, entre otras omisiones, que ameritaron la revisión del proyecto de ingeniería y la demolición de obras ya construidas, generando más de 320 días de atraso;



c) Incumplimientos relacionados con los proyectos de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, producto de deficiencias en el diseño de ingeniería presentado por el Serviu para la demolición y posterior construcción del puente Melipilla, carencias que arrojaron como consecuencia que, al 12 de octubre de 2007, aquellos trabajos aún no habían sido iniciados. Por ello, Kodama presentó el proyecto que finalmente se ejecutó, generando un importante ahorro para el Estado, sin que se le haya pagado el premio por mejoras previsto en el artículo 138 del Decreto Supremo N° 236 de 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprobó las Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización (en adelante "DS 236");

d) Incumplimientos relacionados con la liberación de la faja donde se ejecutarían las obras encomendadas a la constructora, suelo que, según las bases, debía estar completamente liberada al 31 de marzo de 2007, pero que sólo fue entregada en tal condición a comienzos de 2010, destacando que el principal problema consistió en el retardo en la concreción de las 27 expropiaciones que eran necesarias para la liberación del terreno. Ejemplifica, en este aspecto, que, en marzo de 2007, sólo 9 de los 27 procedimientos expropiatorios se había iniciado, y ninguno de ellos había concluido. Incluso, a



petición del Serviu y con la finalidad de concluir la obra con prontitud, Kodama compró, con recursos propios, tres lotes que debían ser objeto de expropiación. A pesar de ello, al 30 de noviembre de 2007 sólo un 45% de la faja estaba liberada;

e) Incumplimientos por modificaciones de proyectos, documentos que fueron reiteradamente solicitados por Kodama al mandante, en especial aquellos que atingentes a las obras de agua potable, aguas servidas, aguas lluvias, semaforización, iluminación, señalización y demarcación, paisajismo y riego, pavimentación y del puente Melipilla, todos los cuales debían haber sido entregados a la constructora antes del inicio de las obras por ser un presupuesto básico para la ejecución de los trabajos, acusando que, entregados tardíamente, con posterioridad fueron modificados por el Serviu, entidad que elaboró nuevas versiones;

f) Incumplimientos por indefiniciones en desvíos de tránsito, puesto que, si bien existía un proyecto específico sobre la materia, éste sufrió constantes modificaciones debido a que su versión original no había sido coordinada con todos los órganos administrativos involucrados. Por ello, a pesar de tratarse de un proyecto modificable según las bases, tal potestad de variación debe ser entendida como limitada al plazo de ejecución de las obras, no como ocurrió en la especie, si



se considera que las dificultades en los desvíos impactaron en la extensión del plazo de ejecución de la obra más allá de lo previsto;

g) Demoras por interferencias no previstas, en atención a que los planos no reflejaban correctamente numerosos elementos tales como colectores, arranques, cámaras, entre otras, que afectaron la ejecución de las obras del Colector N° 7, un pórtico de mensajería variable y la semaforización;

h) Demoras por modificaciones en la medición del índice de rugosidad internacional "IRI" de la carpeta, ya que, si bien las bases técnicas del proyecto exigían la medición de rugosidad cada 20 metros, luego, en la adición N° 3 se modificó la periodicidad a tramos de 200 metros. Sin embargo, durante la ejecución de la obra se insistió en la medición de la rugosidad de la carpeta cada 20 metros, variación que significó demoras en la recepción de los tramos respectivos, no imputables a Kodama;

i) Incumplimientos relacionados con solicitudes de aceleración de obras, potestad que, si bien fue prevista en las bases, en su ejercicio genera derecho a indemnización en favor del contratista, tal como lo prevé el artículo 86 inciso 1° del DS 236, atendida la alteración del cronograma de trabajo y la secuencia constructiva diseñada por el contratista; y,



j) Incumplimientos relacionados con la existencia de obras extraordinarias, atendido a que su inclusión, más allá del pago de los trabajos, impactó sobre los plazos y el costo de la obra total, sobrecostos que deben ser pagados por el mandante debido a su imprevisión.

Detalla, acto seguido, los perjuicios que dice haber sufrido, todos ellos vinculados con la ruptura del equilibrio económico de un contrato que califica como oneroso y conmutativo. Resalta, aquí, que el daño causado a Kodama fue reconocido por el Fisco de Chile, a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con ocasión del contrato de transacción suscrito entre las partes, convención que, si bien fue anulada por sentencia judicial firme, tal sanción de ineficacia no afectó la validez de los actos administrativos anteriores al contrato en sí, y que le sirvieron de fundamento, de manera tal que pide, al menos, ser indemnizada en el monto reconocido por el Fisco, equivalente a \$19.418.010.063 a la época de interposición de la demanda, perjuicio que califica como daño emergente y que desglosa de la siguiente manera: (i) Mayores gastos generales: \$11.127.057.402; (ii) Otros costos dependientes de plazos: \$653.456.017; (iii) Costos por gestión del contrato: \$113.814.485; (iv) Costos financieros: \$1.309.036.844; (v) Costos en boleta de garantía: \$741.031.749; (vi) Reintegro de multas:



\$22.680.104; (vii) Costos por aumento de obra: \$553.796.784; (viii) Costos por aceleración: \$839.840.092; (ix) Costos adicionales por cambio de especificaciones: \$242.819.874; (x) Costos del puente Melipilla: \$931.246.264; (xi) Costos por pérdida de rendimiento: \$2.068.961.177; (xii) Costo de ingeniería adicional: \$18.956.288; (xiii) Mayores gastos en subcontratistas: \$158.943.239; (xiv) Saldos de obras extraordinarias: \$467.578.234; y, (xv) Mayores costos por arriendo o compra de lotes: \$168.791.510.

Insiste en las eficiencias y beneficios de cumplir con la secuencia de trabajo y el cronograma, y lo trascendental que es para ello el cumplimiento oportuno de las obligaciones del mandante, acotando que, al incumplirlas, se disminuyó la eficiencia prevista por la constructora, impactando en sus costos, tal como fue reconocido por el MINVU.

Esgrime, como fundamento de derecho, lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil para sustentar la procedencia de su acción de cumplimiento y reparación por responsabilidad contractual, repitiendo que, en la especie, han existido incumplimientos imputables al Fisco de Chile, perjuicios en contra de Kodama, causalidad entre los incumplimientos y los perjuicios, no se configura ninguna causal de exención de responsabilidad,



y el deudor se encuentra en mora, requisitos cuya concurrencia copulativa torna procedente su pretensión.

Termina solicitando: (i) Que se condene al Fisco de Chile al cumplimiento forzado del contrato y a indemnizar los perjuicios causados a Kodama por \$19.418.010.063, más IVA, o los conceptos que se estime procedente conforme a derecho y a la prueba de autos; (ii) Que la cantidad referida deberá pagarse con el reajuste y el interés corriente moratorio que se devengue durante toda la secuela del juicio, hasta el día del pago efectivo, o en la forma, período y términos que se determine; y, (iii) Que se condene al demandado al pago de las costas de la causa.

En subsidio, dedujo demanda autónoma de indemnización de perjuicios y demanda restitutoria por enriquecimiento sin causa, acciones rechazadas por los jueces de instancia sin mediar impugnación por parte de la actora.

Al contestar, el Fisco de Chile solicitó el rechazo de la demanda, oponiendo las siguientes alegaciones y defensas: (i) Su falta de legitimación pasiva; (ii) La ausencia de incumplimiento imputable al Fisco de Chile; (iii) La modificación del contrato para incorporar todos los aumentos de obra, plazo y gastos generales que legal y técnicamente procedían; (iv) La improcedencia de la acción de cumplimiento de un contrato ya extinguido; (v)



La ausencia de reconocimiento por parte del Fisco de Chile respecto del derecho al pago de mayores gastos generales; (vi) La improcedencia de una acción "autónoma" de indemnización de perjuicios; (vii) La improcedencia de la acción *in rem verso*; (viii) La inexistencia de los supuestos perjuicios demandados; (ix) La improcedencia del pago de intereses de la forma pedida.

Por todo lo dicho, solicitó el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

La sentencia de primera instancia acogió parcialmente la demanda, con costas, sólo en cuanto condenó al Fisco a pagar en favor del Consorcio Construcciones Kodama Ltda., a título de daño emergente, la suma de \$16.636.412.630, más reajustes e intereses desde la ejecutoria del fallo, sin IVA, conforme a la siguiente línea argumental: (i) Rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el Fisco; (ii) Dio por establecida la existencia del contrato y sus modificaciones; (iii) Valoró la prueba rendida restando mérito probatorio a diversos instrumentos, por distintas razones; (iv) Delimitó la naturaleza jurídica del contrato de construcción a suma alzada, calificándolo como oneroso y conmutativo, y reconociendo que, si bien se caracteriza por su precio fijo, éste puede ser revisado si varían las circunstancias por incumplimientos negligentes imputables al mandante; (v) Dio por



establecido el incumplimiento del mandante respecto de su obligación de entregar la faja liberada dentro del plazo previsto en las bases de licitación, de trasladar las instalaciones de servicios oportunamente, de entregar proyectos completos y libres de defectos, de entregar los proyectos de especialidades previa coordinación con los organismos técnicos administrativos involucrados, y de determinar debidamente las interferencias que afectaban la obra; (vi) Entendió que aquellos incumplimientos arrojaron como consecuencia que el proyecto sufriera cambios que modificaron, no sólo los plazos de ejecución de los trabajos, sino la obra en sí, alternado su *iter* de ejecución y desarrollo, tratándose, así, de incumplimientos imputables al Fisco de Chile, quedando, éste, obligado a indemnizar los perjuicios sufridos por Kodama; (vii) Rechazó la excepción de renuncia opuesta por el demandado, al no poder comprenderse en aquella manifestación de voluntad los daños que provienen de incumplimientos del otro contratante, pues ello implicaría la condonación del dolo futuro y la vulneración del principio de buena fe contractual; (viii) Establece el monto de los perjuicios sobre la base de lo reconocido por el propio Serviu en los actos administrativos que sirvieron de antecedente al contrato de transacción, esto es 774.765 Unidades de Fomento, o \$16.636.412.630 a la época de la suscripción aquella



convención; (ix) Determinó que el Fisco de Chile ha obrado con culpa, al no desvirtuar la presunción aplicable en sede contractual; y, (x) Entendió concurrente el nexo causal entre los incumplimientos culpables y el daño producido, relación que apellida como "evidente".

El Consejo de Defensa del Estado, por el demandado Fisco de Chile, dedujo recurso de apelación en contra del fallo de primer grado antes resumido, medio de impugnación fundamentado en: (i) La falta de legitimación pasiva del apelante; (ii) La renuncia a las indemnizaciones que fueron concedidas; (iii) Las restricciones propias de un contrato de construcción a suma alzada; (iv) La imposibilidad de imputar al Fisco de Chile incumplimientos relacionados con un contrato que no suscribió; (v) La irregularidad de los antecedentes que sirvieron de base para la determinación del perjuicio; y, (vi) La improcedencia de la condena en costas.

La sentencia de segunda instancia confirmó el fallo apelado, declarando la reducción del monto a pagar en favor de Kodama a \$1.130.599.648. Tuvo en consideración para ello: (i) Que es efectivo que, en la especie, no se configura la excepción de falta de legitimación pasiva del Fisco de Chile, y que los contratos de construcción a suma alzada son revisables en ciertas circunstancias; (ii) Que, de los 10 incumplimientos contractuales



invocados por Kodama, sólo uno de ellos -las interferencias en la construcción de los colectores de agua N° 7 y "Lo Errázuriz"- incidió en el aumento de plazo de ejecución dispuesto en dos modificaciones contractuales -N°4 y 6- que no contemplaron cláusula de renuncia a indemnizaciones, aumentos de plazo que, sumados sus importes, arrojan un total de gastos generales a pagar en favor del contratista por \$224.597.815; (iii) Que, a ello, debe sumarse la indemnización pedida en virtud del tercer incumplimiento aludido en la demanda, al haberse acreditado que Kodama, al rediseñar el proyecto de EFE relacionado con la construcción del puente Melipilla (partida que no fue necesaria) generó un ahorro al fisco que la hizo acreedora del premio reglado en el artículo 138 del DS 236, equivalente al 50% de la economía generada por el contratista al haber logrado disminuir la obra en una proporción superior al 10%, beneficio que tasa en \$906.001.833; y, (iv) Que el resto de los incumplimientos indicados en la demanda no fueron acreditados (5°, 7°, 9° y 10° incumplimientos), fueron pagados (6° incumplimiento), fueron descartados (8° incumplimiento), o fueron objeto de renuncia expresa por parte del contratista en las modificaciones contractuales en las que incidieron (1° y 4° incumplimiento).



Respecto de esta decisión la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en un primer capítulo, en el recurso de nulidad sustancial se denuncia la infracción a lo dispuesto en los artículos 1438, 1439, 1440 y 1441 del Código Civil, con relación a los artículos 1545, 1546 y 1489 del mismo cuerpo legal, por la contravención del estatuto integral que regula los contratos, su ejecución y cumplimiento. En este capítulo, expresa que, por más que intervenga el Estado, se está en presencia de un contrato oneroso y conmutativo, que se rige por los principios de equilibrio financiero, equidad, justicia, buena fe, traducidos en el deber de no causar daño al otro contratante. De esta manera, no puede ampararse el abuso fiscal, siendo exigible al Estado el cumplir fiel, oportuna e íntegramente sus obligaciones. Si las incumple, o cumple imperfecta o tardíamente, y ello incide en el desarrollo contractual, surge la responsabilidad reglada en el artículo 1489 del Código Civil, norma que no fue aplicada por el tribunal debiendo hacerlo.

SEGUNDO: Que, en un segundo apartado, el recurrente acusa la falsa aplicación del artículo 2003, numeral segundo del Código Civil, y, como consecuencia de ello,



la errada aplicación de la ley que integra y rige el contrato, dada por los artículos, 2, 82 y 92 del Decreto Supremo N° 263 del año 2002 del MINVU, puesto que el fallo recurrido, aplicando estas normas, limitó la posibilidad de revisión del precio en los contratos de suma alzada a la concurrencia de circunstancias imprevisibles, situando la contienda en éste campo: la imprevisibilidad; en circunstancias que lo discutido guardaba relación con un aspecto diverso, dado por la existencia de incumplimientos contractuales imputables al Fisco de Chile.

TERCERO: Que, en un tercer capítulo, en el arbitrio de nulidad sustancial se postula la contravención a diversas normas reguladoras de la prueba, en los siguientes aspectos:

i. La infracción al artículo 1699, 1700 y 1702 del Código Civil, al desconocer el mérito probatorio de los actos y documentos que sirvieron de antecedente a la suscripción del contrato de transacción, consistentes en el Decreto Exento N° 8 de 2011 del MINVU y el informe técnico del Serviu, instrumentos que debieron ser entendidos como verdaderos reconocimientos de la deuda y de los incumplimientos alegados en la demanda, si se considera que se trata de actos plenamente válidos, ajenos al motivo de la anulación de la transacción (la ausencia de competencia del Serviu para suscribirla), y



que consisten en instrumentos públicos, oficiales, o privados no objetados por la contraria, contando, en todos los casos, con valor de plena prueba.

ii. La infracción "flagrante" del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, que obliga a los jueces a ponderar la fuerza del informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica, debido a que el fallo no contiene las razones que llevan a los juzgadores a desechar el informe del perito Sergio Lehuedé Fernández, profesional que posee una correcta calificación e idoneidad, libre de cuestionamientos, utilizó una metodología adecuada, y cuyo dictamen concuerda con el resto de la probanza rendida en lo relativo a la existencia de incumplimientos imputables al Fisco, y a la generación de perjuicios que, incluso, el perito considera superiores a lo pedido en la demanda.

iii. La infracción a lo estatuido en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, cometida al momento de valorar la declaración de cuatro testigos presentados en juicio, confundiendo, el fallo, la aptitud de la prueba testimonial para tener por acreditados los incumplimientos fiscales, con su idoneidad para probar los perjuicios, omitiendo que, respecto del primer punto, los deponentes se encuentran contestes, de la forma que indica, produciendo plena prueba en su favor.



iv. La infracción a lo previsto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, por reprocharse a la demandante no haber apelado respecto de la no consideración de ciertos documentos en el fallo de primer grado, particularmente el informe del DICTUC allegado al juicio, desconociendo que no podía haber apelado al carecer de agravio, si se considera que su demanda fue acogida en todas sus partes.

v. La infracción al contenido de los artículos 398, 399 y 426 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 1712, 1713 del Código Civil, ya que, si los jueces del grado dieron por establecida la existencia de un mandato con representación para efectos de que el Serviu compareciera a la suscripción del contrato, no pudieron desconocer tal calidad en lo relativo a los actos que sirvieron de antecedente a la dictación del Decreto Exento N° 8 de 2011, contenedor del reconocimiento del daño a Kodama y su entidad, manifestación de voluntad que, insiste, debió ser considerada como una confesión extrajudicial, que se extiende a hechos no personales, revistiendo, así, la calidad de presunción apta para producir plena prueba sobre aquellos puntos de hecho, especialmente si se considera que el Serviu es un mandatario especializado.

CUARTO: Que, en un cuarto capítulo, la recurrente esgrime la infracción del artículo 1698, en relación con



el artículo 1547, inciso tercero del Código Civil, en cuanto a la distribución de la carga probatoria en materia contractual, bajo la premisa de que, habiéndose probado los incumplimientos fiscales, correspondía a éste, como contratante incumplidor, probar el cumplimiento íntegro y oportuno de sus obligaciones, cosa que no hizo.

QUINTO: Que, en quinto orden, el recurso de casación en el fondo acusa la violación del artículo 12, en relación con los artículos 1445, 1546, 1467, 1653, 1401 y 1683, todos del Código Civil, la infracción manifiesta del artículo 1546 del mismo cuerpo normativo, y la errada aplicación de los artículos 82 y 92 del DS N° 236, en lo atinente a la renuncia a indemnizaciones contenida en diversos actos modificatorios, concordando con el juez de primer grado, en el sentido de que dicha manifestación de voluntad no resulta aplicable a los prejuicios generados con ocasión de incumplimientos fiscales. Entender lo contrario importaría la condonación del dolo futuro y, por ello, la cláusula sería nula de nulidad absoluta.

Asimismo, a entender de la recurrente la renuncia carece de causa, elemento esencial para su existencia, si se considera que no existe pago alguno que la justifique, ya que el incremento del precio del contrato es, únicamente, el correlato de las obras extraordinarias y de los aumentos de obras, sin amparar los efectos



patrimoniales de una renuncia que, así entendida, equivaldría a una remisión o condonación de la deuda, modo de extinguir que no puede ser presumido. Por el contrario, en el caso concreto existen múltiples pruebas que dan cuenta de que nunca fue el ánimo de Kodama condonar la deuda, sino que persistentemente persiguió el pago de los sobrecostos y gastos surgidos con motivo de los incumplimientos fiscales.

Finalmente, expresa el recurrente que yerran los sentenciadores al delimitar los efectos de la renuncia acudiendo al artículo 82 del DS N° 236, pues esta norma priva al contratista del derecho a reclamar los mayores gastos generales devengados con ocasión de caso fortuito o fuerza mayor, sin que éste sea el caso, insistiendo que ha alegado y probado la concurrencia de incumplimientos imputables al Fisco de Chile, tornando aplicable lo previsto en el artículo 92 del referido DS N° 236, que concede la indemnización que se pretende.

SEXTO: Que, a continuación, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 82, 90, 92 y 103 del DS N° 236, normas que integran la ley que rige el contrato y que, en lo pertinente, limitarían la eventual renuncia sólo a los gastos generales proporcionales al aumento de plazo para la ejecución de la obra, dejando fuera a los gastos generales no proporcionales, perfectamente



indemnizables, que ascienden a \$9.594.566.095, según el cuadro que grafica.

SÉPTIMO: Que, finalmente, acusa la errada aplicación del artículo 90, en relación con el 92, ambos del DS N° 236, pues la sentencia impugnada ha concedido lo pedido en lo relativo a los colectores de aguas lluvias N° 7 y "Lo Errazuriz", pero ha negado todo lo demás, desconociendo que el corredor Pedro Aguirre Cerda es, según las bases, una obra "única" que no admite división o fraccionamiento, por más que se haya desagregado en etapas o tramos.

OCTAVO: Que, al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo, la recurrente afirma que, de no haberse incurrido en ellos, la sentencia de primera instancia debió ser confirmada, en cada uno de los aspectos mencionados.

NOVENO: Que, al comenzar el examen del recurso de nulidad sustancial de que se trata, conviene precisar que los jueces de instancia han decidido acoger parcialmente la demanda, y la sentencia de segundo grado no fue impugnada por el demandado Fisco de Chile, careciendo esta Corte, en consecuencia, de competencia para alterar todo aquello ha sido resuelto de manera favorable para la actora.

Desde otro ángulo, Kodama no se alzó en contra de la sentencia definitiva de primera instancia a pesar de no haberse concedido en su favor todo lo pedido en la



demanda. En efecto, de los diez incumplimientos imputados el Fisco en el libelo pretensor, sólo cinco de ellos fueron dados por establecidos en el motivo décimo noveno de la sentencia de primer grado, en tanto que de los \$19.418.010.063 más IVA pedidos a título de indemnización en la demanda, el juez de primer grado sólo concedió \$16.636.412.630 sin IVA, discordancia entre lo pretendido y lo otorgado que habilitaba a la demandante para apelar, sin haber ejercido tal derecho.

Así, si bien aquella conducta procesal de Kodama concuerda con la solicitud contenida en lo conclusivo de su recurso de casación, que se restringe a instar por la confirmación total o parcial del laudo de primera instancia, previa anulación y reemplazo del fallo recurrido, ciertamente no podrán ser oídos todos aquellos capítulos del arbitrio de nulidad que se sustentan en alegaciones o premisas fácticas ajenas a la sentencia dictada por el Sexto Juzgado Civil de Santiago pues, se insiste, respecto de las conclusiones que en él se contienen, que ha mediado la conformidad expresa (en lo petitorio del recurso de casación) y tácita (por no haber apelado pudiendo hacerlo) de la constructora.

DÉCIMO: Que, zanjado lo anterior, cabe precisar que, en lo remanente, la contienda se limita a la pretensión de Kodama en orden a obtener el cumplimiento del contrato -o la indemnización equivalente- en lo relativo a una



sola obligación general exigible al mandante: El pago de los gastos generales soportados por la demandante con ocasión del aumento del plazo de ejecución de la obra; extensión que resultaría imputable al Fisco de Chile por los múltiples incumplimientos específicos que detalla en su libelo.

Dicho de otro modo, la demandante insta por el cumplimiento de una obligación primaria (el pago de los gastos generales producto del aumento de plazo) originados con ocasión del incumplimiento fiscal de múltiples obligaciones secundarias (anormalidades que ameritaron los aumentos de plazo de ejecución de la obra).

UNDÉCIMO: Que, pues bien, la sentencia de segunda instancia impugnada, sin desconocer que el plazo de ejecución de la obra aumentó desde 336 a 1.235 días corridos, concluyó que la obligación de pago de los gastos generales (obligación primaria) sólo resultaba parcialmente exigible al Fisco de Chile, luego de analizar cada uno de los incumplimientos específicos desglosados en la demanda (obligaciones secundarias).

En este sentido, únicamente entendió concurrente el segundo incumplimiento específico atribuido en la demanda al Fisco, consistente en las interferencias relacionadas con los colectores de aguas lluvias N° 7 y "Lo Errázuriz", anormalidades que significaron 212 días de



aumento de plazo y ameritaron dos modificaciones contractuales que no contienen cláusula de renuncia; así como la procedencia del pago del "premio" reglado en el artículo 138 del DS N° 236 por el ahorro al erario fiscal que implicó el rediseño de parte del proyecto por el contratista. Valga reiterar que, no mediando impugnación por parte del demandado, estas concesiones en favor de Kodama resultan inmutables en sede de casación.

Por el contrario, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la exigibilidad de la obligación de pago de gastos generales por el retardo ocasionado por la demora en los traslados de los servicios y la liberación de los terrenos, al tratarse de aumentos de plazo pactados en modificaciones contractuales que contienen cláusula de renuncia a indemnizaciones. Del mismo modo, denegó el pago de los gastos generales por el retardo motivado en las modificaciones de proyectos de especialidad, por interferencias no imputables al contratista, por solicitudes de aceleración de obras y por obras extraordinarias, por no haber sido acreditadas. Por otro lado, tampoco acogió la pretensión de pago de los gastos generales surgidos con motivo de la demora en la ejecución del proyecto por indefiniciones en el proyecto de desvíos de tránsito, concluyendo que aquella obligación fue extinguida por pago, como consta en el Convenio Ad-Referéndum N°3. Finalmente, denegó la



pretensión de pago de los gastos generales devengados por el retardo motivado en la variación de las exigencias de medición del índice de rugosidad de la carpeta del corredor, entendiéndose que aquella modificación es inexistente.

DUODÉCIMO: Que, de lo dicho, se extrae que la declaración contenida en la sentencia de segundo grado y, por tanto, la reducción del monto concedido en el fallo de primera instancia, obedece a tres razones independientes: (i) La renuncia a la exigibilidad de parte de la obligación primaria; (ii) La no acreditación o la inexistencia, en su caso, de ciertas obligaciones secundarias; y, (iii) La extinción, por pago, de parte de la obligación primaria.

DÉCIMO TERCERO: Que, pues bien, tal como lo propone la recurrente, la Corte de Apelaciones de Santiago no ha podido arribar a las tres conclusiones antes enumeradas sin incurrir en infracción de ley.

DÉCIMO CUARTO: Que, en efecto, la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en los artículos 1699, 1700, 1702, 1712 y 1713 del Código Civil, y en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, al desconocer el mérito del Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, suscrito por doña Magdalena Matte Lecaros, en aquel entonces Ministra de la referida cartera, instrumento



que, en lo pertinente, indica: "Que el SERVIU Metropolitano, para efectos de implementar el Plan de transporte Publico de la ciudad de Santiago denominado Transantiago, procedió a licitar públicamente la 'construcción habilitación corredor de transporte público avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú... Que, con motivo de la ejecución de la licitación antes señalada, KODAMA Ltda. sostuvo que incurrió en una serie de mayores gastos generales por diferentes conceptos que detalla en su demanda de cobro de pesos de fecha 15 de diciembre de 2010... El SERVIU Metropolitano reconoce adeudar a KODAMA Ltda. la cantidad de 774.765 Unidades de Fomento por concepto de mayores gastos generales". En lo resolutive el acto autoriza al SERVIU Metropolitano para transigir judicialmente con la empresa Consorcio Construcciones Kodama Limitada, en los términos que en sus considerandos se contienen.

Que aquel acto administrativo tuvo como antecedente el documento denominado "Informe Contrato de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú", suscrito por don Franz Greve Vergara, a la época Sub Director de Pavimentación del SERVIU Metropolitano, y don Rafael Marambio Ortiz, Sub Director Jurídico del mismo organismo, documento que reconoce la



existencia de todos los incumplimientos secundarios esgrimidos por la demandante.

DÉCIMO QUINTO: Que, si bien la transacción, concretada mediante escritura pública de 25 de enero de 2011, extendida en la 42^a Notaría de Santiago, fue anulada por la sentencia dictada el 26 de junio de 2013 en causa Rol N° 18.714-2011 de ingreso ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, tal sanción de ineficacia no puede entenderse extensiva al acto administrativo indicado en el motivo precedente, cuya validez y vigencia no ha sido cuestionada. Es menester recordar, en este punto, que aquel fallo de nulidad declara, a la letra: *"la nulidad absoluta y total del contrato de transacción celebrado entre el Servicio de Vivienda y Urbanización Región Metropolitana y Consorcio Construcciones Kodama"*, sin mención alguna a sus antecedentes.

DÉCIMO SEXTO: Que, de este modo, el *"Informe Contrato de Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú"* y, especialmente, el Decreto Exento N° 8 de 25 de enero de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, poseen el doble atributo de poseer mérito probatorio como prueba documental y confesional.

Ciertamente, el Decreto Exento N°8 satisface el enunciado contenido en el inciso 1° del artículo 1699 del



Código Civil para ser entendido como instrumento público o auténtico, produciendo plena prueba en los aspectos mencionados en el artículo 1700 del mismo cuerpo normativo, en tanto que el informe al que se ha hecho alusión constituye un instrumento privado reconocido por la parte a quien se opone, gozando del valor previsto en el artículo 1702.

Ahora bien, en cuanto a su contenido, aquellos instrumentos importan una confesión extrajudicial escrita, como lo estatuye el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de una manifestación de voluntad proveniente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, órgano centralizado de la Administración del Estado, debiendo atribuirse a sus dichos, entonces, mérito probatorio como presunción, de la manera prevista en el artículo 426 de dicho cuerpo normativo, y en los artículos 1712 y 1713 del Código Civil, pudiendo ser considerado, incluso, plena prueba en contra del Fisco de Chile.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la infracción a la normativa citada ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, puesto que, de no haberse incurrido en los yerros reseñados, la Corte de Apelaciones de Santiago debió haber confirmado la sentencia definitiva de primer grado, al no mediar motivos jurídicamente válidos para declarar la rebaja del monto concedido a título de



indemnización de perjuicios en el laudo apelado, ameritando, así, que el recurso de nulidad sustancial sea acogido, de la forma como se dirá en lo resolutivo.

DÉCIMO OCTAVO: Que, atendido lo concluido en el motivo anterior, resulta inoficioso analizar el resto del contenido del recurso de nulidad sustancial, por resultar satisfecha la pretensión anulatoria esgrimida por la demandante.

En conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación folio N° 276978-2020, de veintisiete de mayo de dos mil veinte, en contra de la sentencia de ocho de mayo de igual anualidad, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por consiguiente es nula y es reemplazada por la que se dicta a continuación.

Se previene que el Ministro Sr. Carroza concurre a la decisión anulatoria, teniendo únicamente en cuenta que los jueces de segunda instancia han incurrido en infracción de ley al desechar la pretensión de pago de los gastos generales extra proporcionales generados con ocasión de los aumentos de plazo motivados en la demora en el traslado de los servicios preexistentes en la faja de la obra, y en la dilación en la liberación del suelo



por la tardanza en la concreción de las expropiaciones que eran necesarias.

Ello es así pues, tal como se propone en la prevención al fallo de segunda instancia, la derivación al contratista de la responsabilidad por el aumento del plazo de ejecución de un contrato de construcción a suma alzada exige que el mandante haya cumplido el deber de colaboración que le era exigible, obligación que, en la especie, no fue observada por el SERVIU Metropolitano, organismo que, indubitadamente, se resistió a pagar por el traslado de los servicios y no concretó en tiempo y forma las expropiaciones indispensables para la construcción del corredor de transporte público encomendado a Kodama, surgiendo el derecho del contratista a ser indemnizado por los mayores gastos generales originados en el aumento de plazo, de la forma prevista en el artículo 92 del DS N° 236, en todo aquello que excede a la proporción entre el aumento de plazo y el mayor valor pagado a la constructora con ocasión de los aumentos de obra y obras extraordinarias, pago que, naturalmente, incluye los gastos generales proporcionales.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro Sr. Muñoz, quien fue de parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo, atendidas las siguientes consideraciones:



A. Que este disidente para los efectos del análisis del recurso de casación en el fondo de la demandante comparte lo razonado por el fallo de casación hasta la consideración undécima. Para proseguir con la labor de justificación del voto particular, de manera preliminar, es menester recordar que el Derecho administrativo tiene como premisa fundamental lograr el equilibrio entre el ejercicio de las potestades públicas que la ley confiere a la Administración con miras a la defensa del interés general, y la adecuada cautela de los derechos de los particulares que, de uno u otro modo, interactúan con el Estado a través de sus órganos.

Una de aquellas hipótesis de interacción consiste en el contrato administrativo, cuya escisión del régimen contractual común surgió en Francia, gracias a la labor del Consejo de Estado, que otorgó un perfil y régimen propio a un grupo de acuerdos formales celebrados entre la Administración y los administrados, que se agrupó bajo la denominación de "*contrat administratif*".

Según Gastón Jéze, citado por García de Enterría, la principal distinción entre los contratos civiles y los contratos de la Administración consiste en que los primeros "*suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad...*, mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa



el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés..."

(Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, 19ª Edición, Editorial Aranzaldi, 2020. Pág. 732).

Precisamente, uno de aquellos especiales actos jurídicos consiste en el contrato de construcción de obra pública, cuya finalidad primordial es la satisfacción de la necesidad general de contar con diversos elementos de infraestructura, para lo cual el Estado -o sus órganos- encarga su ejecución a un particular, a cambio del pago de un precio.

El interés público involucrado en la celebración de este tipo de contratos justifica la existencia de ciertas prerrogativas unilaterales de que goza la Administración, esto es, facultades exorbitantes que difieren de aquellas que ostenta todo contratante privado, tales como la de elaborar las bases de licitación, dirigir e inspeccionar el cumplimiento del contrato y de modificar las obras y servicios contratados. Ésta es la configuración del denominado principio de preeminencia de la Administración en la contratación pública, cuyo contenido es explicado por el profesor Claudio Moraga Klenner, a través de las prerrogativas que ella detenta:

"1. el ius variandi o poder de modificación del objeto del contrato;



2. la potestad sancionadora, básicamente en su modalidad de correctiva;

3. la potestad extintiva del contrato -o facultad de la Administración de poner término anticipado y unilateral al contrato fundándose para ello en la sola concurrencia de razones de interés público-, y

4. la potestad de sustituir al contratante, por mora de este último en cumplir sus obligaciones, haciendo necesario que ellas sean prestadas directamente por la Administración, por sí, o a través de otro tercero (análogicamente, esta solución es la del art. 1553 del Código Civil)". ("Tratado de Derecho Administrativo", Tomo VII, Editorial Legal Publishing, 2010. Pág. 338).

De acuerdo con lo expuesto, en la contratación en análisis no es posible que las partes se encuentren en una absoluta igualdad, puesto que, mientras el contratista satisface su interés propio, el mandante actúa con una finalidad pública que justifica la existencia de condiciones especiales a su respecto.

Empero, cerrando la idea inicial, aunque la posición de los contratantes frente al escenario que los rige no sea igualitaria, debe siempre, a lo menos, ser equilibrada, a riesgo de afectar la premisa constitucional de igual distribución de las cargas públicas.



B. Que, en el caso concreto, se está en presencia de un contrato de construcción de obra pública específico a suma alzada y regido por el Decreto Supremo N° 236 del año 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo sobre Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización.

Sobre el particular, esta Corte Suprema ha tenido la oportunidad de señalar que la obra convenida a suma alzada es invariable en su precio, en la medida en que se ejecuten todos los trabajos así valorizados, haciendo hincapié que la procedencia de introducir modificaciones a la contratación a suma alzada se encuentra prevista de manera implícita en el artículo 103 del decreto N° 236 de 2002 (SCS Rol N° 8.171-2018).

En la misma línea, el artículo 2° del cuerpo reglamentario a que se ha hecho referencia, define a la propuesta a suma alzada, como una *"oferta a precio fijo, en que las cubicaciones de las obras se entienden inamovibles, a menos que las bases administrativas especiales incluyan una o varias partidas a serie de precios unitarios"*.

En otras palabras, en este tipo de contrato -a suma alzada- denominado informalmente "llave en mano", el particular que asume la carga de construir se compromete a entregar una construcción completamente terminada y en estado de funcionamiento, contra la entrega de una



cantidad o suma fija, repartida en plazos pactados previamente, de acuerdo con el avance de la obra.

C. Que, entrando al análisis de la controversia de marras, es un hecho no controvertido que el contrato de construcción a suma alzada denominado "*Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda Pajaritos*", se encuentra contenido en la Resolución Exenta N° 921 de 30 de noviembre de 2006 del SERVIU Metropolitano, que contemplaba un precio original de \$25.371.058.561, y un plazo de ejecución de la obra de 336 días corridos.

D. Que, constituyen igualmente hechos de la causa, que aquel contrato fue objeto de seis modificaciones sucesivas, que incrementaron su costo a \$34.049.354.008, y su plazo de ejecución a 1.235 días corridos.

E. Que el detalle de aquellas modificaciones, en los aspectos relevantes a la controversia, es el siguiente:

i. El 20 de diciembre de 2007, mediante la Resolución Exenta N° 1.123 del SERVIU Metropolitano, se aprobó el Convenio Ad-Referéndum N° 1 de 29 de noviembre de 2007, que aumentó el plazo de ejecución en 300 días corridos, y ordenó disminuciones, aumentos y obras extraordinarias. En dicho convenio (cláusula 3ra, párrafo final) se expresó: "*Se deja establecido que la presente ampliación de plazo originada por el aumento de obras*



consignada en el presente instrumento, no darán lugar a formular cobros ni indemnizaciones por conceptos de mayores gastos generales, conforme a lo establecido en el art. 82 del DS N° 236”.

ii. El 2 de diciembre de 2008, mediante la Resolución Exenta N° 7.569 del SERVIU Metropolitano, se aprobó el Convenio Ad-Referéndum N° 2 de 16 de septiembre de 2008, que aumentó el plazo de ejecución en 250 días corridos, y ordenó disminuciones, aumentos y obras extraordinarias. En dicho convenio (cláusula 5ta) se expresó: *“Se deja constancia que la presente ampliación de plazo originada por el aumento de obras consignadas en el presente instrumento, no dará lugar a formular cobros ni indemnizaciones por concepto de mayores gastos generales, conforme a lo establecido en el art. 82 del DS 236/2002”.*

iii. El 27 de mayo de 2009, mediante la Resolución Exenta N° 3.688 del SERVIU Metropolitano, se dispuso el aumento del plazo de ejecución de la obra en 30 días corridos, sin alterar los trabajos a efectuar por el contratista. En el resuelvo N° 1 de aquel acto administrativo se lee: *“Apruébese una ampliación del plazo por 30 días corridos para el Contrato suscrito por Resolución N° 921 de 30/11/06 con Consorcio Construcciones Kodama Ltda., sin derecho a percibir reajustes ni mayores gastos generales”.*



iv. El 1 de julio de 2009, mediante la Resolución Exenta N° 4.498 del SERVIU Metropolitano, se dispuso el aumento del plazo de ejecución de la obra en 212 días corridos, sin alterar los trabajos a efectuar por el contratista. Este acto administrativo no contiene mención a renuncia alguna por parte del contratista.

v. El 31 de diciembre de 2009, mediante la Resolución Exenta N° 9.631 del SERVIU Metropolitano, se aprobó el Convenio Ad-Referéndum N° 3 de 26 de junio de 2009, que aumentó el plazo de ejecución en 17 días corridos, y ordenó disminuciones, aumentos y obras extraordinarias. En dicho convenio (cláusula 5ta) se expresó: *"Se deja constancia que la presente ampliación de plazo originada por el aumento de obras consignadas en el presente instrumento, no dará lugar a formular cobros ni indemnizaciones por concepto de mayores gastos generales, conforme a lo establecido en el art. 82 del DS 236/2002"*.

vi. El 16 de febrero de 2010, mediante la Resolución Afecta N° 134, el SERVIU Metropolitano dispuso el aumento del plazo de ejecución de la obra en 90 días corridos. Este acto no sólo carece de cláusula de renuncia, sino que, por el contrario, reconoce el derecho del contratista a percibir el pago de gastos generales por \$95.348.129.



F. Que, como se puede apreciar, de los seis actos administrativos modificatorios del contrato de construcción a suma alzada de autos, cuatro de ellos contienen cláusula de renuncia (románicos i, ii, iii y v del literal precedente) y dos carecen de dicha estipulación (románicos iv y vi del motivo anterior).

G. Que, pues bien, como correctamente lo precisa el fallo de nulidad que antecede, la sentencia definitiva de segundo grado ha concedido el pago de los mayores gastos generales derivados del aumento del plazo de ejecución de la obra ordenado en ambas modificaciones que carecen de cláusula de renuncia, aspecto de la decisión que no puede ser alterado en esta sede, por no mediar impugnación por parte del demandado el Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado.

H. Que, delimitada la controversia, el éxito de aquella porción de la pretensión de la demandante que no ha sido satisfecha, exige, imperativamente, que en esta sede, mediante el acogimiento del recurso de casación primero, se establezca la existencia de un error de derecho al negar lugar la Corte de Apelaciones a su solicitud de privar de efectos a la renuncia a indemnizaciones y mayores gastos generales, contenida en aquellos actos modificatorios remanentes y, en segundo lugar otorgar lo requerido en su demanda, ignorando precisamente tal renuncia, realizando una labor de



ponderación probatoria para precisar los gastos generales acreditados y que correspondería indemnizar.

I. Que, pues bien, a entender de este disidente, aquel objetivo no puede ser alcanzado, por diversas razones independientes.

J. Que, en primer lugar, el tenor del conflicto amerita recordar que, siendo pacífica la existencia de la estipulación de renuncia a indemnizaciones y a mayores gastos generales en cada uno de los actos administrativos antes reseñados, la demandante Consorcio Construcciones Kodama Limitada obró, durante la ejecución del contrato, conforme al tenor de dicha cláusula, de manera que se verifica plena coincidencia entre el texto de las modificaciones contractuales y la voluntad interna o el propósito de las partes, manifestado en sus conductas.

En efecto, es dable resaltar que los actos modificatorios fueron dictados en diversas épocas, entre el 20 de diciembre de 2007 y el 16 de febrero del 2010, lapso durante el cual la contratista se esmeró en la correcta y oportuna ejecución de la obra -con resultados exitosos- sin impugnar, reprochar o formular reserva de sus derechos, a pesar del tenor de las sucesivas cláusulas de renuncia que, a decir de su conducta, aceptó con pleno conocimiento del desarrollo de la relación contractual, manifestando su desacuerdo sólo una vez concluida y entregada la obra, primero ante la propia



Administración -aspiración frustrada por la declaración de nulidad del contrato de transacción suscrito con el Serviu- y, luego, en sede jurisdiccional a través de la acción de marras.

Incluso más, frente a un incumplimiento contractual de la magnitud como el que aquí reclama, asistía a la contratista la facultad de solicitar, ante el tribunal competente, la terminación del contrato de construcción. Muy por el contrario, de los hechos propuestos por la propia demandante fluye que Kodama efectuó esfuerzos poco frecuentes para perseverar en la relación contractual, tales como la adquisición de terrenos con recursos propios para sortear las dificultades de los procedimientos expropiatorios, o el rediseño de ciertos proyectos de propia iniciativa, todo con miras a obtener la única contraprestación exigible al mandante en el contexto de un contrato a suma alzada: el pago del precio pactado que, se insiste, en el caso concreto no contemplaba nada distinto a los montos indicados en el contrato y en sus actos modificatorios.

A la luz de los razonamientos previamente anotados, fluye claro que la actora no puede simplemente afirmar que la renuncia a indemnizaciones y mayores gastos generales carece de efectos, pues, antes que una variación de lo estipulado en forma expresa al contratar o pactar las modificaciones, la aplicación que en los



hechos hicieron los contratantes de dicha renuncia denota que se ajustaron en plenitud a lo acordado según su texto.

En otras palabras, la conducta contractual evidenciada en los antecedentes por las partes que ahora litigan entre sí, es demostración inconcusa del apego que ambas siguieron respecto de los términos en que arreglaron los actos modificatorios antes detallados. Ello pone de manifiesto que la regla cardinal de interpretación en este caso es la normada en el artículo 1560 del Código Civil, vale decir, la letra de lo estipulado como reflejo de la intención de los contratantes, no desvirtuada de manera fehaciente.

Así, la aplicación práctica que hicieron las partes de lo convenido se ajustó a lo expresamente redactado al efecto, haciendo confluír en armonía ambos parámetros de interpretación en referencia, ergo, tornando innecesario acudir a uno de ellos con primacía sobre el otro. En todo caso, *"la aplicación práctica del contrato implica una confesión de la común intención"* (Jorge López Santa María, *"Los Contratos, Parte General"*, Quinta edición, pág. 401), confesión que ha hecho la actora al no expresar su desacuerdo con la renuncia durante la etapa de ejecución del contrato y perseverar en la ejecución de las obras.



K. Que, desde otro punto de vista y como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico, aun sin una regulación sistemática sobre el particular, reconoce razones vinculadas al principio elemental de la buena fe que repelen la conducta contra *factum proprium*, puesto que, superando la pura nomofilaxis, constituye una directriz que responde a la idea básica de resistir el amparo de conductas de quienes, por motivos de exclusiva y personal conveniencia, desatienden los márgenes de sus conductas previas. Se intenta, en cambio, alentar el comportamiento *in bonis* de los agentes en el sistema jurídico que, *a priori*, se presume.

En la especie, la contratista, amén de estarse a la fuerza vinculante que para ella significaba lo pactado en las tantas veces aludidas cláusulas de renuncia, aceptó la imposibilidad de acceder a indemnizaciones y mayores gastos generales. Lo anterior, se tradujo en que, conforme a la naturaleza del contrato de construcción a suma alzada, Consorcio Construcciones Kodama percibió íntegramente el precio de la obra una vez que esta fue culminada y entregada en forma oportuna.

Conforme a los dictados de la buena fe contractual, las partes conjugan sus actos en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación que cada uno debe acatar.



Mirado en ese contexto, el principio de la buena fe impone a las partes de un contrato *"el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el íter contractual. O sea, desde las conversaciones preliminares o fase precontractual, pasando por la celebración, hasta la ejecución del contrato y las relaciones postcontractuales"* (Jorge López Santa María, *"Los Contratos, parte general"*. Ed. Jurídica de Chile, pág. 9).

Especialmente apropiado a los contornos del asunto sub judice aparecen las palabras de Alejandro Borda: *"Es que debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merced a tales actos anteriores se ha suscitado en otro sujeto. Ello es así, por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos y no puede, por tanto, ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente"* (*"La Teoría de Los Actos Propios. Un análisis desde la doctrina*



argentina". Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18, Universidad de Los Andes. Págs. 35 y 36).

El efecto aparejado a la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta.

Se trata, en consecuencia, de la interpretación que se hace al analizar la procedencia o no de cierto derecho, auscultando el proceder previo desplegado por quien se pretende su titular que, en el evento de resultar insuperablemente discordante, autorizará para *"acomodar la existencia del derecho a la conducta del titular que sólo puede ejercerlo sin incurrir en comportamientos contradictorios... nadie podría exigir que sus derechos se extiendan más allá de lo que su titular, en los hechos, ha determinado con su propia conducta"* (Pablo Rodríguez Grez, *"El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial"*, Ed. Jurídica de Chile, pág. 42 y 43);

L. Que, desde otra óptica, y atendida la existencia y no impugnación de la cláusula de renuncia que aquí se



analiza, parece propicio recordar que la interpretación auténtica se presenta como una de las directrices de mayor significación y, así, siguiendo al profesor Claro Solar, quien ante un eventual orden de prelación entre las pautas interpretativas, era de opinión de asignar a la aplicación práctica de los contratantes un lugar inmediatamente siguiente al artículo 1560, se ha dicho:

"La interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluido el contrato, ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, acatado, si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad. En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad... La regla del inciso 3 del artículo 1564 es de importancia principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellos mismos de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a



dar o hacer". (Jorge López Santa María, "Sistemas De Interpretación De Los Contratos", Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1971. Pág. 96).

M. Que, para concluir el razonamiento interpretativo que antecede, es pertinente destacar que la demandante pretende romper o desconocer la necesidad de aplicación integral de las estipulaciones contractuales, intentando beneficiarse de aquellas que le benefician (aumento del plazo de ejecución de las obras como fuente de los mayores gastos generales cuyo pago pretende) y omitiendo aquellas que le perjudican (cláusula de renuncia a indemnizaciones y mayores gastos generales), selección que no puede ser oída por desatender los criterios de interpretación sistemático y de utilidad de las cláusulas previstos en el artículos 1564 y 1562 del Código Civil respectivamente, normas que ordenan: *"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"* y *"El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno"*.

N. Que, corolario de lo que se viene diciendo, la correcta interpretación del contrato de construcción a suma alzada denominado *"Habilitación del corredor de transporte público 'Pedro Aguirre Cerda' - Tramo Alameda*



Pajaritos" lleva a entender que la renuncia a indemnizaciones y a mayores gastos generales, contenida en su texto original y en cuatro de sus modificaciones posteriores, no puede ser desconocida por la contratista, pues, asumir lo contrario, importaría desatender el tenor literal de aquellas estipulaciones (interpretación literal), la intención de las partes manifestada en su conducta durante la ejecución el contrato (interpretación finalista), la existencia de actos propios de la demandante (interpretación conforme al principio de buena fe contractual), y la necesidad de aplicación integral de lo acordado (interpretación sistemática del contrato).

O. Que, así entendido, la pretensión de la demandante, hecha consistir en el pago de los gastos generales originados en las sucesivas prórrogas del plazo de ejecución del contrato, carece de fuente, ameritando ser recordado que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (artículo 1437 del Código Civil), presupuestos ausentes en el caso de marras, de manera tal que, no mediando fuente de la obligación, Consorcio Construcciones Kodama carece de la acción cuyo ejercicio aquí ha intentado.



P. Que la única herramienta o mecanismo con que contaba el contratista para soslayar el tenor de la renuncia consistía en el ejercicio de la correspondiente acción impugnatoria, en sede administrativa o jurisdiccional, de manera previa a incoar su pretensión reparatoria o de cumplimiento, derecho que no utilizó en tiempo y forma, privando de competencia a los jueces del grado para así declararlo, atendido el límite estatuido en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil y la sanción de nulidad subyacente a la causal de casación contenida en el numeral 4° del artículo 768 del mismo cuerpo normativo.

Q. Que, siguiendo esta línea argumental, el primer capítulo del recurso de casación en el fondo de la actora no puede prosperar, si se considera que el rechazo de su pretensión no importa transgredir lo dispuesto en los artículos 1438, 1439, 1440 y 1441 del Código Civil, al no mediar ruptura de los principios de equilibrio financiero, equidad, justicia, buena fe, indemnidad, onerosidad y conmutatividad de la relación administrativa contractual, pues, se insiste, la contratista recibió el íntegro pago de la suma que aceptó recibir, como precio de un contrato de construcción a suma alzada válidamente celebrado, al igual que sus complementos, ninguna de cuyas cláusulas ha sido privada de efectos y tampoco se ha dado por establecida la fuente de obligación alguna en



tal sentido por el Fisco de Chile. Estos son los hechos dados por establecido y cuya alteración se requiere por el recurrente.

R. Que, asimismo, tampoco concurre infracción a lo reglado en el artículo 2003, numeral segundo del Código Civil, y en los artículos 2, 82 y 92 del Decreto Supremo N° 263 del año 2002, pues - debe insistirse - la eventual revisión del contrato exige la previa supresión de la cláusula de renuncia contenida en los actos modificatorios, acción que, como se dijo, la actora no ejerció.

S. Que, en el mismo orden, la eventual contravención de las normas reguladores de la prueba mencionadas en el arbitrio resultaría irrelevante, ya que los incumplimientos y demás hechos que, a juicio de la recurrente, debieron darse por establecidos, guardan relación con aquella acción impugnatoria de las estipulaciones de renuncia que ha omitido ejercer. En este punto, se destaca que cada uno de los reproches formulados por la contratista al mandante en la demanda podrían significar, de ser efectivos, la contrariedad a derecho de las estipulaciones de renuncia, pero tal aspecto, como se dijo, no puede ser analizado en el contexto de las acciones elegidas por Kodama y ante la falta de competencia en el presente caso para revisar ese acto liberatorio unilateral, cobra plena aplicación el



principio previsto en el artículo 12 del Código Civil en cuanto dispone: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia."

T. Que, acto seguido, tampoco podrá prosperar la denuncia de infracción a lo previsto en el artículo 12 del Código Civil, norma que regula, en lo sustancial, a la institución de la renuncia, si se considera que el cuestionamiento subyacente a los argumentos de la recurrente es ajeno a la presente acción, limitada de propia voluntad de la demandante a la pretensión de cumplimiento del contrato o a la indemnización de los perjuicios que dice haber sufrido la contratista, más no a la privación de efectos jurídicos de una parte del contrato o sus modificaciones.

U. Que, por último, tampoco se han transgredido las diversas disposiciones del Decreto Supremo N° 236 de 2002 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo invocadas por la recurrente, dado que el presupuesto para su operación consiste en la existencia de obligaciones pendientes y exigibles al Fisco de Chile que, en el caso concreto, carecen de fuente, tal como se ha explicado con antelación.

V. Que corresponde insistir que el derecho civil y especialmente en los contratos aplicable al caso, con



las modificaciones sustentadas en el interés público antes expresadas, se rige por el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, dando origen a otros principios: **A)** Libertad contractual, que se descompone en: **1)** Libertad de conclusión, que permite a las partes decidir libremente: **i)** si contrata o no lo hace; **ii)** que tipo de contrato celebra, y **iii)** la contraparte con quien se vincula. **2)** Libertad de configuración interna, por la cual se puede fijar el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen en mejor forma la voluntad de las partes; **B)** Consensualismo, según el cual la oralidad es suficiente para obligar a las personas, por lo que es posible que existan contratos verbales, que se expresan en el aforismo "solus consensus obligat"; **C)** Fuerza obligatoria, se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo "pacta sunt servanda"; **D)** Efecto relativo de lo acordado, vinculando sus derechos y obligaciones a quienes son parte en el contrato, sin que se pueda afectar a terceros, a quienes no les empece, surge así el latinismo "res inter alios acta", que se



refuerza en la norma antes recordada, en que el contrato es una ley sólo para los contratantes.

Sobre la base de lo anterior, corresponde reiterar finalmente que no se ha formulado demanda para privar de efecto a la renuncia de la actora y ningún hecho se ha dado por establecido por los jueces de la instancia que afecte los principios anteriores.

W. Que, por todas las razones desarrolladas, quien sostiene esta disidencia concluye que el recurso de casación en el fondo no puede prosperar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo y de su prevención a cargo del Ministro Sr. Carroza, y de la disidencia, su autor.

Rol N° 76.398-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., y por los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L., y Sra. María Cristina Gajardo H.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

