

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil veinte.

VISTO:

En estos autos Rol C-31.522-2016 del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de esta ciudad, sobre acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, caratulados “Ingeniería Integral Fray Jorge S.A. con Municipalidad de Peñalolén”, por sentencia de veinticinco de enero de dos mil diecinueve, se rechazó la demanda, sin costas.

Se alzó el demandante interponiendo recursos de casación en la forma y apelación.

Se ordenó traer los autos en relación.

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

1°.- Que el primer motivo de nulidad formal se sustenta en lo dispuesto en el artículo 768 N° 5 en relación al artículo 170 Nros. 4 y 5, ambos del Código de Procedimiento Civil:

A] Sobre la exigencia del numeral 4° del aludido artículo 170, lo aborda en relación a los testigos, la prueba pericial y la documental rendida en juicio, según se pasa a explicar:

a) Testimonial:

- La sentencia, dice, “analiza poco, y omite el análisis y analiza mal, en especial en lo referido a los testigos de la contraria”. En efecto, yerra el juzgador en el examen de los testimonios de los dos principales responsables de la “debacle” del contrato, el ITO y el asesor del ITO, y termina dando por ciertos sus dichos, sin analizarlos, y sin contraponer sus testimonios con los hechos a probar, con los informes de peritos y con la testifical de otros testigos propios o de la contraparte. Lo más grave, asevera, es que no vincula las declaraciones de aquéllos con lo señalado en el libro de obras, por ejemplo, en cuanto a que las “tomas” detienen los avances de la obra; efecto que también se produce con las indefiniciones de la municipalidad. Ante esta prueba, no podía el fallo concluir la veracidad de los dichos de los testigos de la demandada, lo que evidencia el erróneo análisis que este medio de prueba. Refiere que el testigo de la contraria Luis Vidal, en la pregunta número 7 aseguró que había existido una ampliación de plazo, que fue partidario de concederlo, que el motivo del aumento fue el poco tiempo ofertado por la contratista, pero que se había utilizado el argumento de las tomas para justificarlo. De tales asertos se desprende que mintió en sus labores dentro de la obra para que se confeccionara un documento oficial, o bien lo hace en su testimonio para tratar de “justificar lo injustificable”.

- El mismo defecto se verifica con el escaso análisis y de manera sesgada de la declaración de Héctor Carrillo, testigo fundamental de su parte, quien además ratificó un informe completo y acabado de la ejecución del contrato. Si bien se desestimó la tacha opuesta por la contraria, igualmente el juez *a quo* no consideró su testimonio por subjetivo, acusando inconsistencias en su relato, sin embargo tales apreciaciones no son efectivas, dado que olvida que el testigo ratificó el informe que



el tribunal no atendió. Además, el estándar que utiliza el juzgador para calificar sus dichos es diverso al empleado en relación a la versión del señor Vidal presentado por la municipalidad, que se refiere a un “sinfín” de observaciones en los estados de pago, pero al contrario del testigo Carrillo, no da ejemplos al respecto. Dada esta “poca criteriosa forma de dejar fuera este testimonio”, el juez no toma en cuenta el informe de este último, reconocido en juicio y contenedor de conclusiones que se encuentran respaldadas por los documentos que dan cuenta de la ejecución del contrato (cartas, libro de obras, correos electrónicos, informes).

El tribunal también enjuició al testigo en cuestión, por calificar de contrato de adhesión aquel materia de la litis, lo que según dice, es acorde a su naturaleza, conforme lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia. A pesar de lo expuesto, el fallo termina señalando que “ello [declaración] es fruto del extenso y pormenorizado relato del deponente, traído al juicio aunque sin decirlo-como experto...”. Esta conclusión no se condice con la declaración inconsistente que primeramente señala el juzgador.

b) Informes de peritos:

- Son dos: uno pedido como medida prejudicial precautoria, y otro durante el desarrollo del proceso; ambos favorables a su parte. El primero, refiere la infracción de la suma alzada, indefiniciones; contradicciones del proyecto y las partidas afectadas por la toma de terrenos, entre otras cosas. El segundo, señala que la calidad del proyecto eléctrico tenía problemas, pero sobre todo pone hincapié en la falta de definiciones del mandante que impedían cumplir el programa de ejecución de las obras. Ambos, cuestionan la participación del ITO en cuanto a su calidad y oportunidad. Empero, la sentencia los desecha, pues entiende que tales informes aportaron poco para el esclarecimiento de los hechos, ya que nutridos de los antecedentes del proceso arribaron a conclusiones no siempre objetivas que, en definitiva, se identifican con la tesis de la parte que los requirió. Esta conclusión es errada, en atención a que se trata de informes que esclarecen la controversia, evacuados por peritos independientes, de manera que la ausencia de valoración sólo se debe a la “predisposición del juez de negar lo evidente”.

c) Documental:

- El fallo no analiza este medio probatorio y saca de contexto algunas líneas de ciertos instrumentos, ignorando los libros de obra que se encuentran acompañados en el proceso, a pesar que constituyen el documento oficial de la obra que plasma las comunicaciones entre mandante y mandatario durante el desarrollo de la misma. No examina la correspondencia entre las partes, los ordinarios, ni siquiera aquellos en que la contraria reconoció que existió un aumento de plazo debido a las “tomas” (Ordinario N° 2576 de fecha 19 de diciembre de 2016). Igualmente fue ignorada la liquidación del contrato de 24 de agosto de 2017 (folio 72 del cuaderno de medida prejudicial y 85 del cuaderno principal) que establece que corresponde devolver a su parte la suma de \$47.037.873 por concepto de “Devolución de retención por atraso



VEMGYQSTH

en el avance de la obras”, es decir, se admite que no existieron atrasos, de lo contrario no se explica que exista esta devolución.

- Este cúmulo de prueba documental es preterido ante la testimonial, sin considerar que en derecho público y administrativo la voluntad de la Administración Pública se manifiesta por escrito.

- Por lo expuesto debió preferirse este tipo de prueba, en tanto la testimonial de la municipalidad no se vincula con la instrumental, “es pobre y contradictoria y prevaricadora”; en cambio, sus testigos a pesar de los “juicios de valor no razonados del fallo”, son contundentes y armónicos con los documentos que rolan en el juicio.

B] En relación al numeral 5° del artículo 170 citado, sostiene que el rechazo de la demanda se sustenta en el señalamiento parcial del concepto de sumaalzada que dista de una definición contractual o jurisprudencial, ni siquiera cataloga su concepto parcial como un principio de equidad. Luego, la decisión se apoya en esta noción sin referirse a algún precepto legal ni reglamentario, a lo que añade que copia entre comillas el supuesto concepto, sacando de contexto lo que se señala en el artículo 2.3 de las Bases Administrativas sobre la naturaleza del contrato, dado que la expresión no abarca la negligencia grave ni el dolo, elementos demostrados en relación a la calidad de los proyectos utilizados para licitar.

2°.- Que respecto de la influencia de estos vicios en lo dispositivo del fallo, advierte que el análisis acabado y comparado de las declaraciones de testigos; las pericias, su ponderación y valoración legal y; la cita de las normas y criterios legales, son indispensables para un fallo justo, legal y equitativo. En efecto, si dos pericias judiciales señalan que la demandada “dejó de hacer cosas relevantes”, solo cabe al juez vincular dichas afirmaciones técnicas a un incumplimiento grave. Por ello, dice, el juez no sólo analiza pobremente las pericias y testimonios, sino que al relacionarlas a un concepto inexistente de sumaalzada, opta por un camino simplista y agravante a los derechos de su parte.

3°.- Que en la perspectiva anotada, se debe tener presente que como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, el vicio denunciado sólo concurre cuando la sentencia carece de las fundamentaciones fácticas o jurídicas que le sirven de sustento, pero no tiene lugar cuando existen, pero no se ajustan a la tesis postulada por la reclamante. Así, el rigor de una impugnación de esta naturaleza, hace que el lenguaje en que ella se formula haya de traducir fielmente el fondo de la crítica, esto es, la ausencia (inexistencia) como un sustantivo de significación radical. Luego, a pesar de lo categórico del cuestionamiento que en estricto rigor corresponde al tenor de la normativa que sustenta la causal de nulidad que se impetra, es lo cierto, que el propugnante se alza contra el argumento del sentenciador a quo, en tanto lo considera errado. Entonces, acepta que la resolución contiene razonamientos.

No considerar no es lo mismo que hacerlo de manera insatisfactoria a los intereses de una parte, quien podrá discrepar de la justificación que el tribunal da a su decisión, sin embargo ello no basta para anularlo. La rigurosidad de que necesariamente se rodean las nulidades procesales pasa, indefectiblemente, por la



consistente y precisa imputación del yerro descrito por la ley, en carácter de grave y trascendente, debida y claramente fundado y razonado.

4°.- Que, en consecuencia, se divisa con toda claridad que la falencia que se acusa no es verificable en el caso de autos. En efecto, en lo que respecta a los testigos, lo que hace el recurrente es una reinterpretación de los dichos de aquellos que comparecieron al juicio, valorándolos de manera diversa y conforme a sus intereses. Es así como el actor afirma que la sentencia “analiza poco, y omite el análisis y analiza mal”. La primera y la última aseveración se encuentran referidas exclusivamente al mérito probatorio de un determinado medio de prueba, no a la ausencia de consideración. Tanto es así que se cuestiona la preferencia de los dichos de los deponentes de la demandada por sobre de aquellos vertidos por los que presentó el demandante. Asimismo, la ausencia de vinculación de las declaraciones con otros medio de prueba, por cierto escapan del contorno de la causal de nulidad entablada, pues mas bien conllevan una invitación a la revisión y estudio de la actividad de ponderación del juez a quo, propio de un recurso de apelación y no de nulidad.

A mayor abundamiento, si se lee en motivo 12° de la sentencia, en ella se encuentra el examen de las declaraciones de los testigos de las partes y los razonamientos que llevaron a formar convicción en uno u otro sentido, explicitándolos de tal manera que deja patentes las falencias que advierte el juzgador en el relato en vinculación específica con el asunto controvertido, las inconsistencias en relación al mismo y a los hechos probados; examen y cuestionamientos que realizó y se representó con los deponentes de ambas partes, según se advierte en el primer párrafo del fundamento 13°.

5°.- Que lo dicho también se predica en idénticas condiciones respecto de la prueba pericial, pues aquí tampoco se reprocha el olvido del juzgador en su ponderación, sino exclusivamente que su valor probatorio permitía demostrar los asertos sobre los que se construye la demanda. Sobre la misma, el juez a quo desestimó cierta documental a la que se pretendió dar el carácter de un peritaje, explicitando las razones para ello (motivo 12°), para luego en el considerando 15°, abordar derechamente el examen de aquellos que se rindieron en calidad de tal conforme el mandato del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.

6°.- Que respecto de la documental, si bien vuelve a calificar el valor probatorio de la misma y su conexión o discrepancia con otros medios de prueba, lo cierto es que solo en este acápite asevera que el tribunal no examinó los libros de obra, la correspondencia entre las partes, los ordinarios (en particular el Ordinario N° 2576) y la liquidación del contrato. Como se ve, nuevamente cae el arbitrio en generalidades impropias, dada la naturaleza de derecho estricto del mismo, pues indica la ausencia de análisis de ciertos documentos pero con una mención genérica “correspondencia, ordinarios, libros de obra”, lo que debe relacionarse con la propia indicación de dicha supuesta omisión y su repercusión en lo decisorio del fallo (influencia sustancial), donde omite señalar el instrumento específico cuyo análisis se encuentra ausente y



su efecto decisivo. Ello no logra subsanarse con el señalamiento de dos tipos de documentos específicos, los que fueron efectivamente examinados por el juzgador según se lee en los considerandos 9° y 10° de su sentencia, que dan cuenta de la documental incorporada al proceso y no solo de esos pormenorizados por el actor en su recurso, sino que además de los restantes que permiten demarcar la relación contractual que unió a las partes, constituidos precisamente por las comunicaciones entre la empresa y el ITO, entre aquella y el municipio, copias del libro de obras y la liquidación del contrato.

Sin perjuicio de lo dicho, es cierto que la sentencia no analiza la liquidación del contrato, sin embargo ello resulta irrelevante a la luz del examen de las obligaciones asumidas por mandante y mandatario, la aplicación de la teoría de la imprevisión y la errada formulación de la acción, al tenor de las peticiones concretas que esta contiene.

7°.- Que por último respecto de la ausencia de consideraciones de derecho, la simple lectura del fallo demuestra que esta exigencia se cumple, teniendo presente que se rebate por intermedio de esta denuncia exclusivamente una apreciación doctrinaria respecto de la naturaleza del contrato y no la ausencia de la normativa llamada a resolver el asunto.

8°.- Que seguidamente acusa la configuración del defecto que se contiene en el numeral 4° del artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, esto es en haber sido dictada la sentencia en ultra petita, pues el juez en primer término asevera que la contienda “giró en torno a la naturaleza jurídica del contrato entre las partes y su cumplimiento, entre otros aspectos” para luego calificar el contrato de sumaalzada. Sin embargo ninguna de las partes discutió la naturaleza jurídica de la convención, pues fue un hecho pasivo y evidente, lo que transforma esta declaración en una decisión que se aparta del mérito del proceso, considerando que la controversia trata de los alcances indemnizatorios en ese tipo de contrato. De este modo el defecto de nulidad se configura desde dos aristas: Una, conferir una calificación respecto de un contrato cuya naturaleza se encuentra determinada. Dos, darle efectos inexistentes en el derecho.

9°.- Que en términos generales, la “ultra petita” y la “extra petita” son manifestaciones del vicio de incongruencia, en su modalidad de “exceso de poder” y ambos extremos se producen cuando existe una falta de correlación entre las acciones o excepciones que se hacen valer por los litigantes y el contenido de la sentencia recaída en la causa. Así, el desajuste puede provocarse cuando se concede más de lo pedido (cuestión sustancialmente cuantitativa) o cuando se decide algo distinto de lo pedido, lo que suele denominarse como “extra petita”. Conforme a lo expuesto, se ha determinado uniformemente que el fallo incurre en ultra petita cuando, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir. Por consiguiente, el vicio formal en mención se verifica cuando la sentencia otorga más



de lo que las partes han solicitado en sus argumentos de fondo, por medio de los cuales se fija la competencia del tribunal o cuando se emite pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo, vulnerando, de ese modo, el principio de la congruencia, rector de la actividad procesal.

10°.- Que contrariamente a lo afirmado por el actor, el juez de primer grado lejos de apartarse de los contornos de la controversia propuesta por las partes, se ciñó justamente a la misma, sin que se verifique un desajuste entre lo resuelto y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, pues no puede olvidarse que se ha planteado en la propia demanda que si bien el contrato era de suma alzada (particularizando sus requisitos), las capacidades de negociación del mandatario se encontraban suprimidas, existiendo un desequilibrio económico que pide reparar, incluso sostiene a través de uno de sus testigos y luego en los recursos que dedujo, que en definitiva, se está en presencia de un contrato de adhesión. En consecuencia, cuando el sentenciador después de examinar las cláusulas que regían la relación habida entre las partes (Bases Administrativas Generales y Especiales, los formularios de presentación de ofertas, las especificaciones técnicas generales, planos y anexos; las respuestas y aclaraciones, la oferta técnica y económica de la empresa demandante y el acta de acuerdos técnicos) concluye que se trata de un contrato de suma alzada, examinando al tenor de los aludidos instrumentos, sus estipulaciones y las obligaciones que recaían en cada parte, como se lee en el raciocinio 17°, no hace más que abordar la discusión a la luz de aquello que reguló a las partes y que da cuenta de la naturaleza de la obra, su extensión, fecha de inicio y término por decisión unilateral de la municipalidad, con la finalidad última de examinar las imputaciones contenidas en la demanda, para así confrontarlas por el marco legal que alumbraba la vinculación de los contratantes y las pruebas aportadas al proceso. En este entendido, la necesidad de determinar la esencia del contrato en cuestión, pasa también por dilucidar en un primer momento -como lo hace el sentenciador-, si los cambios introducidos por la mandante durante la ejecución de la obra tuvieron la virtud de alterar la suma alzada y por otro, si los incumplimientos -que en definitiva concluye existieron- por parte de la empresa mandataria -conforme a las estipulaciones de aquel contrato calificado de suma alzada- habilitaban al municipio a ponerle término; ambas respuestas las resuelve el magistrado recurriendo a la definición del contrato que involucra la asunción del riesgo por parte del contratista, apuntando a la extensión de la obra, el plazo fijado como límite para su ejecución o las modificaciones en la misma. Incluso esta perspectiva la utiliza para determinar la aplicación de la teoría de la imprevisión en el contrato de suma alzada y la ausencia de vulneración al principio de buena fe.

11°.- Que como corolario de lo que se viene diciendo, solo resta desestimar la nulidad formal en todos sus extremos.

II.- En cuanto al recurso de apelación:

Y se tiene, además, presente:



12°.- Que la controversia fue plantada a través de una acción de resolución de un contrato de suma alzada con indemnización de perjuicios, respecto del que no existe discusión que se encuentra concluido mediante una determinación administrativa no reclamada -o al menos no se comprobó en este proceso- y con una liquidación de contrato también firme y se pide a través de esta acción que se declare la nulidad del término o resolución del contrato. Luego, si bien se evidencian inconvenientes en el orden jurídico y procesal en la manera de proponer la demanda que en último término también obstan a su acogimiento, lo cierto es que, como lo señala el sentenciador a quo, determinada la naturaleza del contrato suscrito por las partes, recaía en el contratista el riesgo del encargo.

13°.- Que en efecto, debe tenerse presente que los contratos suscritos entre la administración y los particulares se rigen por sus cláusulas y aquellos elementos que los integran; en este contexto no puede perderse de vista que este contrato ha sido precedido por la Licitación Pública, que ha sido adjudicada a la demandante y, por lo tanto, las bases de esta licitación forman parte integrante del contrato. Sobre el particular, el artículo 2.7 de las Bases de Administrativas Generales de la obra, establecen la obligación del oferente visitar y conocer la topografía del terreno, y las demás características que incidan directamente en la ejecución de la obra, consignándose para tal efecto el levantamiento de un acta con los requisitos que en la misma estipulación se contienen. Esta visita, en el caso de autos, como era exigible se produjo por parte del actor, quien fue el único oferente. Lo que resulta concordante, además con la declaración jurada del licitante en cuanto “Haber visitado el terreno y condiciones actuales y todas las demás características que incidan directamente en la ejecución de los diseños”. En consecuencia, la ocupación o toma que ahora dice le impidió cumplir con los plazos fijados, fueron antecedentes de los que dispuso desde el inicio de su participación en el proceso licitatorio, respecto del cual no puede alegar ahora desconocimiento para atribuir responsabilidad contractual por ello a su contraparte, más cuando el plazo para la ejecución -al que la propia demandante se obligó, según se dirá- cabía contabilizarlo desde el día siguiente a la fecha fijada en el “acta de entrega de terreno” (15 de diciembre de 2015), el que como se dijo, ya había visitado, conociendo las condiciones en el que se encontraba.

14°.- Que tanto es así, que las bases contemplaron expresamente un plazo máximo para la ejecución de obra de 15 meses, sin embargo se observa del contrato suscrito por las partes, que el propio actor que obligó a concluirla en un término muy inferior, esto es en 210 días (7 meses), todo ello previo conocimiento de la situación especial que afectaba al terreno, de acuerdo a lo ya expuesto. Tal antecedente es de especial relevancia, si se tiene en consideración que la propuesta de cumplimiento en el término ofertado resultaba ser un elemento de la esencia de la licitación, tal como se desprende de la pauta de evaluación contenida en el punto 7.1 de las Bases Administrativas Especiales, que da cuenta que ese ítem tiene una ponderación del 40% en la aludida pauta, lo que permite sostener que el



cumplimiento del plazo acordado dentro del máximo establecido fue un requisito vital a la hora de adjudicar el contrato.

15°.- Que en este sentido, ha quedado demostrado que la actora no cumplió en el plazo programado la labor encomendada, la que debió extenderse por 5,3 meses, es decir, mucho más allá del que primitivamente contemplaban las Bases. En este punto, cabe afincar que no obstante la existencia de ocupaciones ilegales en el terreno, según se dijo, la incidencia de ellas casi al término de la ampliación del plazo no excedía el 5% del mismo, empero, la obra solo tenía un avance del 30%, tal como lo declaran en forma conteste los testigos de la demandada (Vidal y Podestá), quienes por las labores que desempeñaron aparecen con mayor instrucción y conocimiento que aquellos deponentes que presentó el actor. Luego, en esta materia, ningún elemento sobreviniente que haya causado un desequilibrio en la relación contractual puede sostenerse, pues se estrella con la voluntad expresada por el contratista en las referidas piezas que conforman el *iter* contractual.

Por otro lado, ninguna de las modificaciones posteriores al contrato, efectivamente demostradas, pueden entenderse que contribuyan al desequilibrio que se reclama, tal como lo consigna la sentencia que se revisa en sus fundamentos 20° y 21°.

16°.- Que lo dicho, por lo demás, encuentra su correlato en la cláusula impuesta al oferente de asunción de riesgos e imponderables que signifiquen mayores costos en la ejecución de la obra, con independencia de su origen. Lo que además se refuerza con la declaración de haber considerado en la “Oferta Económica” todos los gastos necesarios de la licitación, de acuerdo a las Bases Administrativas, Bases Técnicas, Anexos y todos los documentos incluidos en la licitación, para cumplir en su totalidad con las exigencias establecidas.

17°.- Que, en consecuencia, ningún incumplimiento –dada la naturaleza de la acción ejercida en estos autos- pudo comprobarse por parte de la demandada, sino por el contrario, a la luz de los antecedentes que obran en el proceso, la municipalidad obró dentro de la esfera de la estipulación 5.12 de las Bases Administrativas Generales, que la autorizaba a poner término al contrato, entre otros, por incumplimiento del mismo, cuyo es el caso.

Por estas razones y de conformidad con las normas citadas y con los artículos 186, 766 y 768 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por el demandante en contra de la sentencia de veinticinco de enero de dos mil diecinueve, dictada por el 29° Juzgado Civil de esta ciudad;

II.- **Se confirma** el referido fallo.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra señora Lilian Leyton Varela.

No firma el Abogado Integrante señor Rieloff, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

Rol N° 2714-2019





VEMGYQSTH

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Lilian A. Leyton V. Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil veinte.

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



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, 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>