

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
División de Auditoría Administrativa
División de Infraestructura y Regulación

Informe Investigación Especial
Ministerio de Vivienda y Urbanismo
Servicio de Vivienda y Urbanización
Región Metropolitana



Fecha : 13 de mayo de 2011
Nº Informe : 27/2011



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

INVESTIGACIÓN ESPECIAL N° 27, DE
2011, SOBRE UNA TRANSACCIÓN
CELEBRADA ENTRE EL SERVICIO DE
VIVIENDA Y URBANIZACIÓN REGIÓN
METROPOLITANA Y EL CONSORCIO
CONSTRUCCIONES KODAMA LTDA.

SANTIAGO,

13 MAYO 2011

Se ha dirigido a esta Contraloría General el Senador señor Alejandro Navarro Brain, con fecha 17 de marzo del presente año, solicitando que se emita un pronunciamiento acerca de la legalidad de los actos que se llevaron a cabo en la transacción celebrada entre el Servicio de Vivienda y Urbanización Región Metropolitana (SERVIU RM) y el Consorcio Construcciones Kodama Limitada, en adelante Consorcio Kodama Ltda.

Al efecto, cabe señalar, que la transacción precitada puso término a la demanda interpuesta por el Consorcio Kodama Ltda., en contra del SERVIU RM, ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, causa Rol N° 27.734, de 2010, por el pago de \$ 41.556.630.908, por cobro de pesos, relativos al contrato "Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú".

I. ANTECEDENTES DE LA DENUNCIA

Manifiesta el recurrente, en lo principal, que mediante la resolución N° 921, de 2006, el SERVIU RM contrató con el Consorcio Kodama Ltda. la ejecución del contrato precitado, por un monto de \$ 25.567.058.561, incluido valores proforma por \$ 196.000.000, y con un plazo de ejecución de 336 días corridos, a contar de la fecha del acta de entrega de terreno.

Agrega, en síntesis, que la data de término de las obras correspondía al 30 de noviembre de 2007, no obstante, el día 26 de diciembre del mismo año, se autorizó una modificación de contrato que aumentó su costo a \$ 31.310.623.926 y amplió el plazo de ejecución en 300 días, quedando como nueva fecha de término el día 25 de septiembre de 2008, modificación que conforme a un oficio de este Organismo de Control, se encontraría ajustada a derecho.

AL SEÑOR
MINISTRO DE VIVIENDA Y URBANISMO
PRESENTE



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Asimismo, indica que con fecha 3 de diciembre de 2008, mediante resolución exenta N° 7.519, del mismo año, el SERVIU RM autorizó nuevamente un aumento de obras ordinarias y extraordinarias, y otra ampliación de plazo por 250 días corridos, quedando como fecha de término del referido contrato el mes de septiembre del año 2009.

Añade, que con posterioridad, el citado consorcio intentó que se ampliara nuevamente el plazo de ejecución de la obra y que se le reconociesen "mayores gastos generales", por un monto de \$ 959.409.778, el cual fue objetado por esta Entidad Fiscalizadora, mediante dictamen N° 49.348, de 2010, por cuanto dicha cantidad fue calculada tomando como base el monto total del contrato y no el de una etapa o sector con plazo parcial, como correspondía, acorde lo dispuesto en el artículo 90, del decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU).

Seguidamente, expone que como un último intento de obtener las indemnizaciones solicitadas por concepto de "mayores gastos generales", el Consorcio Kodama Ltda. demandó al SERVIU RM, con fecha 15 de diciembre de 2010, ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, solicitando el pago de \$ 41.556.630.908, más IVA e intereses y costas judiciales.

No obstante, manifiesta que la aludida demanda tuvo una tramitación asombrosa, toda vez que la audiencia de conciliación fue fijada para el día 26 de enero de 2011, y un día antes, esto es, el día 25 de enero del mismo año, se celebró una escritura pública de transacción ante la Notario María Gloria Acharán Toledo, entre el Consorcio Kodama Ltda. y el SERVIU RM, en la cual se pactó que el servicio debía pagarle la suma de \$ 16.636.412.630,25, en tanto que la empresa renuncia a algunas acciones legales en contra del servicio y cede dos propiedades al SERVIU RM.

Finalmente, expresa que previa autorización para transigir, otorgada mediante decreto exento N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la referida transacción fue aprobada por el tribunal, como un acuerdo inamovible. Cuestiona, además, que el citado Ministerio y el SERVIU RM no alegasen la prescripción de la acción, por cuanto indica que conforme a lo dispuesto por el artículo 63 del decreto supremo N° 355, de 1976, del MINVU, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, las acciones que los contratistas pueden ejercer en contra del SERVIU RM con motivo de cualquier acto o contrato celebrado por él, prescriben en seis meses, por lo cual, en el caso en cuestión, la causa se encontraba prescrita.

Atendido lo expuesto, solicita que este Organismo de Control se pronuncie acerca de la legalidad, regularidad y probidad de las acciones descritas, por cuanto indica que al efectuarse la citada transacción, el SERVIU RM y el MINVU habrían renunciado a alegar una defensa efectiva, vulnerando la jurisprudencia emanada de esta Contraloría General, siendo el perjuicio fiscal enorme. Agrega, que esta Entidad Fiscalizadora tiene plena competencia, ya que el juicio está terminado.

En el contexto de dicha petición, esta Entidad Fiscalizadora dio inicio a una investigación especial, conforme a las facultades que le confiere la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Contraloría General de la República, y el Título V del decreto ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

II. METODOLOGÍA

El trabajo se efectuó de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 131 y 132 de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de este Organismo Contralor, e incluyó la solicitud de datos, informes, documentos y otros antecedentes que se estimaron necesarios.

En virtud de lo anterior, se realizaron visitas a terreno, entrevistas, indagaciones, toma de declaraciones y recopilación de antecedentes, entre otras actividades necesarias para la elaboración del presente informe.

III. MARCO NORMATIVO

Entre las normas e instrucciones existentes, que se relacionan con la materia analizada, corresponde citar las siguientes:

1. Ley N° 16.391, que crea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo

- El artículo 70 de dicho texto legal establece que las instituciones de la vivienda señaladas en las letras b), c), d), y h) del artículo 5° -cuyos sucesores legales conforme con el artículo 3°, del decreto ley N° 1.305, de 1976, del MINVU, son los Servicios de Vivienda y Urbanización- podrán, previa aprobación por decreto supremo del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, celebrar contratos de transacción, o transigir en los juicios en que fueren parte.

2. Decreto Ley N° 1.305, de 1976, que Reestructura y Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo

- El artículo 17 del citado cuerpo normativo establece que le corresponderá a la División Jurídica del MINVU, entre otras, las siguientes funciones:

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias;

c) Asesorar, informar y pronunciarse sobre los asuntos legales que le encomiende el Ministro o el Subsecretario y absolver las consultas que le formulen los Secretarios Regionales Ministeriales y los Jefes de División del Ministerio.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

3. Ley N° 18.091, que Establece Normas Complementarias de Incidencia Presupuestaria, de Personal y de Administración Financiera

• El artículo 16 dispone, en lo que interesa, que los servicios, instituciones y empresas del sector público, centralizados o regionalizados, las municipalidades, el Fondo Social y el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, pueden encomendar a los organismos técnicos del Estado, por medio de un mandato completo e irrevocable, la licitación, adjudicación, celebración de los contratos y la ejecución de estudios, proyección, construcción y conservación de obras de cualquier naturaleza, cuyo cumplimiento quedará sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades y el mandante se obligará a solventar, dentro del plazo de tres días hábiles, salvo casos especiales previamente acordados en el mandato, los estados de pago que le formule la entidad técnica.

Agrega, en su inciso quinto, que en el mandato respectivo se indicará la asignación presupuestaria disponible para contratar el total del estudio, proyecto u obra encomendada, como asimismo se pactará el monto máximo que deberá pagar el mandante por concepto de gastos administrativos que pueda demandar la obra.

Además, en el inciso sexto, precisa que cualquiera sea la alternativa utilizada para encomendar el estudio, proyecto u obra, la entidad mandante pondrá a disposición del organismo técnico correspondiente solamente el total de los fondos destinados al pago de los gastos administrativos derivados de las funciones encomendadas a dicho organismo que se acordarán previamente. El mandante rendirá cuenta global de estos fondos, a la Contraloría General de la República, con el recibo que le haya otorgado el mandatario. Sólo este último quedará obligado a rendir cuenta documentada de los gastos al Organismo Contralor.

4. Decreto Ley N° 2.186, de 1978, que Aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones

• El artículo 20 del mencionado texto legal, previene, en su inciso primero, que pagada al expropiado o consignada a la orden del Tribunal el total o la cuota de contado de la indemnización convenida o de la provisional, si no hubiere acuerdo, el dominio del bien expropiado quedará radicado, de pleno derecho, a título originario en el patrimonio del expropiante y nadie tendrá acción o derecho respecto del dominio, posesión o tenencia del bien expropiado por causa existente con anterioridad.

5. Decreto Supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización

• El artículo 4° del anotado texto reglamentario, dispone que "para el cumplimiento de sus funciones, el SERVIU podrá expropiar, comprar, permutar, vender, dar en comodato o arrendamiento toda clase de inmuebles, fijando precios o rentas, licitar, dar y recibir en pago, aceptar



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

cesiones, erogaciones, donaciones, herencias y legados y, en general, adquirir a cualquier título o enajenar a título oneroso bienes muebles o inmuebles, conceder préstamos y contratarlos, en este último caso previa aprobación del Ministerio de Vivienda y Urbanismo; abrir cuentas corrientes bancarias, contratar sobregiros, girar, aceptar, endosar y avalar letras de cambio y suscribir documentos comerciales y de crédito, sometiéndose en lo que fuere pertinente al decreto ley N° 1.263, de 1975, que contiene la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, garantizar sus obligaciones con hipoteca, prenda, boleta bancaria o póliza, exigiendo cauciones similares para resguardar sus derechos y, sin que la enunciación anterior sea taxativa, celebrar todos los actos y contratos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo con las leyes, reglamentos e instrucciones vigentes a la fecha de realización de dichos actos”.

- El artículo 14 del cuerpo reglamentario precitado, establece que “la superior conducción y administración del SERVIU corresponderá a su Director. En él estarán radicadas la suma de facultades resolutorias y ejecutivas inherentes al cumplimiento de las funciones asignadas al SERVIU, debiendo las Unidades preparar los elementos de juicio que le permitan dictar las resoluciones correspondientes, o efectuar las proposiciones del caso cuando la decisión competa a otras autoridades, y evacuar los informes financieros, técnicos, jurídicos y administrativos que el Director requiera para una mejor administración o para el cumplimiento de las leyes o la reglamentación vigente”.

- El artículo 17 del decreto en comento precisa, en lo que interesa, que le corresponderá al Director del SERVIU el ejercicio y cumplimiento, entre otras, de las siguientes facultades y deberes de carácter general:

- a) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que atañen al servicio.

- m) Transigir, previa aprobación por decreto supremo.

- El artículo 34 del mismo acto administrativo indica que al Jefe de la Unidad Jurídica le corresponderán especialmente las siguientes funciones y atribuciones:

- b) Representar u observar los actos y resoluciones del Director y de los Jefes de las Unidades u otras reparticiones del servicio, cuando no se ajusten a las leyes, reglamentos o normas vigentes.

- c) Informar, pronunciarse y determinar sobre las consultas de orden jurídico que le formulen el Director, los Subdirectores, Jefes de Departamentos o Subdepartamentos.

- El artículo 43 dispone que le corresponde a la Contraloría Interna Regional, en el ámbito de su respectivo territorio jurisdiccional, entre otras, la siguiente función:

- a) Asesorar al Director del SERVIU en el control preventivo de los actos y procedimientos administrativos, debiendo instar



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

además por su debida y oportuna dictación.

- El artículo 46 establece que los contratos para la ejecución de obras del SERVIU, como también sus modificaciones y liquidaciones, se celebrarán suscribiendo el contratista ante notario, tres transcripciones de las resoluciones pertinentes, debidamente tramitadas por la Contraloría General de la República, debiendo protocolizarse ante el mismo notario, uno de dichos ejemplares.

6. Decreto Supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización

- El artículo 2° define los gastos generales como aquellos gastos directos de obra no imputables a partidas específicas de la construcción.

- El artículo 59, inciso segundo, previene que el contratista deberá someterse a las órdenes o instrucciones que la ITO (Inspección Técnica de Obras) imparta por escrito en el Libro de Obras, sobre las obras u otros aspectos del contrato, conforme a los términos y condiciones del mismo. Dichas órdenes deberán ser cumplidas por el contratista en el plazo indicado por la ITO, pudiendo apelar de ellas dentro de los dos días hábiles siguientes a su notificación, ante el jefe de la unidad técnica del Serviú, quien resolverá breve y sumariamente. Añade el mismo precepto, en su inciso quinto, que si el contratista no estuviere de acuerdo con la resolución del jefe de la unidad técnica del Serviú, podrá reclamar de ello por escrito, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación, al Director del Serviú, cuyo dictamen será definitivo.

- El artículo 80, inciso primero, dispone que el contratista no puede hacer, por iniciativa propia, cambio alguno en los planos o especificaciones que sirven de base al contrato.

- El artículo 82 establece en su inciso tercero, que en casos justificados, el SERVIU podrá conceder ampliaciones de plazo con derecho a reajustabilidad y/o a mayores gastos generales, determinando estos últimos en la forma establecida en el artículo 90 del reglamento. Agrega el mencionado artículo, en su inciso cuarto, que las ampliaciones de plazo por aumento de obras darán derecho a reajustabilidad, pero no a mayores gastos generales.

- El artículo 87 dispone que la aplicación de las multas se hará administrativamente, sin forma de juicio y se deducirán de los estados de pago más próximos a la fecha de su aplicación.

- El artículo 89 indica que cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el SERVIU podrá, por resolución fundada, modificar el programa de trabajo e indemnizará al contratista, en la forma que se establece en el artículo siguiente, por los perjuicios que esta medida pueda ocasionarle, si dichas modificaciones no se deben a incumplimiento por parte del contratista.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

- El artículo 90 prescribe, en su inciso primero, que si en virtud de la aplicación de los artículos 92, 88 y 89 del mismo reglamento, se aumentare el plazo del contrato, se indemnizará al contratista los mayores gastos generales. Esta indemnización será de un 0,5 por mil del monto inicial del contrato por cada día de mayor plazo, actualizado a la fecha en que se efectúe el pago de dichos mayores gastos generales, conforme la variación que experimente la unidad de fomento en el tiempo intermedio. Añade el mencionado precepto, en su inciso segundo, que en el caso de obras que contemplen etapas o sectores, con plazos parciales, la indemnización por concepto de gastos generales se calculará sobre el valor de la respectiva etapa o sector.

- El artículo 92, inciso segundo, dispone que si la falta de entrega del terreno o de los planos no fuese imputable al contratista y le ocasionare atrasos en relación con el programa de trabajo aprobado, se aumentará el plazo del contrato en proporción al atraso que se produzca por el motivo indicado, con derecho a reajuste y pago de mayores gastos generales en la forma indicada en el artículo 90 de dicho reglamento.

- El artículo 105 previene que la constitución de servidumbres, concesiones o la celebración de contratos destinados a permitir la provisión y/o almacenamiento de materiales de construcción y la obtención de licencias o permisos que se requieran para la ejecución de las obras, serán de responsabilidad y cargo del contratista.

- El artículo 111, inciso primero, dispone que desde la iniciación hasta la terminación total de las obras el contratista asumirá plena responsabilidad por la seguridad y el cuidado de éstas y de todas las obras provisionales, debiendo responder por los daños que pudieran producirse en ellas por cualquier causa.

- El artículo 115, inciso quinto, dispone que si el contratista no acepta el estado de pago o lo hace con reservas, deberá formular sus observaciones por escrito a la autoridad que corresponda, dentro de un plazo de siete días, contado desde la fecha del estado de pago. Vencido este plazo, las observaciones que haga el contratista no serán tomadas en consideración.

- El artículo 128, inciso cuarto, establece que será responsabilidad del contratista la vigilancia y cuidado de las obras hasta por el plazo de 60 días siguientes a la fecha de término fijada en el contrato, aun cuando los trabajos hayan concluido antes de dicha data. Si por el contrario, se produce atraso en el término de las obras, el plazo de 60 días se contará desde su recepción total. Durante el plazo en referencia será de cargo del contratista cualquier merma o deterioro que pudiere producirse en las obras, así como el costo que demande su mantención y el pago de los servicios de agua potable, alcantarillado, electricidad y gas.

- El artículo 138, inciso primero, preceptúa que si se introducen modificaciones al proyecto o se disminuyen las cantidades de obras previstas y ello tiene su origen en una proposición escrita del contratista, sobre la base de un proyecto completo, y si después de estudiado éste fuere aceptado y las modificaciones importan una economía sustancial, entendiéndose por tal la superior al diez por ciento del valor previsto en el contrato



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

para la obra variada o modificada, el contratista tendrá derecho a un premio equivalente a un cincuenta por ciento del valor de la economía efectiva, el que se le pagará al terminar la ejecución de la variante propuesta.

IV. ANTECEDENTES DEL CONTRATO

1. Antecedentes generales

Como cuestión previa, corresponde señalar, que el contrato en comento se enmarca dentro del Programa de Mejoramiento al Transporte Público de Santiago denominado "Transantiago", teniendo una extensión de 11,95 kilómetros, la cual consideró los siguientes tramos:

- Tramo 1: comprendió la ejecución de obras en las calles Exposición, Ramón Subercaseaux y Bascuñán Guerrero, incluyendo dos pistas de buses y una de vehículos particulares.

- Tramo 2: comprendido entre calle Exposición y Avenida Departamental, consideró un corredor central de buses troncales más dos calzadas laterales para vehículos particulares.

- Tramo 3: emplazado entre la Avenida Departamental y Esquina Blanca y consideró un corredor central de buses troncales más dos calzadas laterales para vehículos particulares.

Ahora bien, cabe consignar, que la responsabilidad de llevar adelante la proyección, licitación y ejecución de obras viales de distinta naturaleza recae en determinadas Entidades que conforme el principio de coordinación, deben actuar de manera relacionada para cumplir con la finalidad del proyecto, lo cual, en la especie, se materializó mediante la celebración de un convenio mandato, de fecha 6 de julio de 2006, entre la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas (MOP), en calidad de mandante, y el SERVIU RM, en calidad de mandatario.

2. Convenio Mandato suscrito entre la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y el SERVIU RM

El acuerdo mencionado fue sancionado por resoluciones exentas N^{os} 2.244, de la Dirección General de Obras Públicas, y 3.994, del SERVIU RM, ambas de 2006.

En el precitado documento, acorde lo dispuesto en el artículo 16, de la ley N^o 18.091, se estableció que el mandante encomienda al mandatario, en forma completa e irrevocable, la construcción de la habilitación del "Corredor de Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda", entre Alameda y Pajaritos, en adelante Corredor PAC, determinándose, además, que el monto total de estas obras sería financiado íntegramente por el mandante, incluyendo la inspección técnica de la obra.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Asimismo, en su cláusula primera se dispuso que el cumplimiento del mandato quedaría sujeto a los procedimientos, normas técnicas y reglamentarias de que dispone el mandatario, para el desarrollo de sus propias actividades.

Posteriormente, con fecha 16 de noviembre de 2007, las partes contratantes suscribieron una modificación del mencionado acuerdo de voluntades disponiendo un aumento del monto total de la obra que se encomendaba, la que fue aprobada mediante resolución exenta N° 3.802, del precitado año, de la Dirección General de Obras Públicas, y por la resolución exenta N° 6.809, de la misma anualidad, del SERVIU RM.

En dicho contexto, es menester considerar que el referido mandato, previene en su cláusula segunda, que el monto total de las obras sería financiado íntegramente por el mandante y, en su estipulación cuarta, establece que el mandatario se obliga a proporcionar información al mandante, a su requerimiento, sobre el avance de los trabajos derivados del convenio y sobre cualquier otra materia relacionada.

Además, cabe tener presente que, de acuerdo con lo consignado por la ya citada resolución exenta N° 2.244, de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, los recursos contemplados para la realización del proyecto identificado con el código BIP 30057584-0, a que se refiere el contrato de la especie, se imputan a los ítems 31.02.004 y 31.02.002, del presupuesto de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, consignado en la Ley de Presupuestos de esa anualidad, los que acorde con el decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, sobre clasificaciones presupuestarias, corresponden, respectivamente, a "obras civiles" y "consultorías".

Al respecto, cabe consignar, que el ítem "obras civiles", comprende los gastos directamente relacionados con la ejecución física de los proyectos, así como también, servidumbres de paso, ornamentos artísticos, redes para conexiones informáticas y las inversiones complementarias necesarias para que el proyecto pueda ser ejecutado.

En tanto, el ítem "consultorías", incluye los gastos por contratación de personas naturales o jurídicas, que puedan actuar de contraparte técnica para validar los resultados del estudio preinversional contratado, en que incurra la institución mandatada, así como asesorías a la inspección técnica, contratación de estudios y asesorías de especialidades técnicas, cuando se trate de aquellos directamente relacionados con el proyecto durante su ejecución física, siempre y cuando la institución que ha efectuado el proceso de licitación no cuente con el personal idóneo para ejecutar esta tarea.

Finalmente, y en cumplimiento de lo establecido en el convenio mandato en comento, mediante la resolución N° 921, de 30 de noviembre de 2006, tomada razón por esta Contraloría General, con fecha 28 de diciembre de ese año, el SERVIU RM aceptó la oferta y contrató con el Consorcio Kodama Ltda., la ejecución de la obra en cuestión, en la suma alzada de \$ 25.567.058.561, incluido valores proforma por \$196.000.000, y con un plazo de ejecución de 336 días corridos.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

3. Modalidad de contratación

Con fecha 6 de octubre de 2006, mediante resolución N° 625, -y sus respectivas adiciones sancionadas a través de las resoluciones N°s 688 y 707, ambas del citado año- el SERVIU RM llamó a licitación pública para la ejecución de la obra "Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú".

La apertura de la propuesta se efectuó con fecha 28 de noviembre del mismo año, y en ella se presentaron los siguientes oferentes con los valores que se indican:

OFERENTE	RUT	MONTO OFERTA \$
Ingeniería y Construcción Kodama Ltda.	78.160.300-7	25.567.058.561
Besalco S.A.	92.434.000-2	Fuera de Bases
Empresa Constructora B.C.F. S.A.	89.812.100-3	21.629.503.724
Dragados S.A. Agencia en Chile	59.073.330-K	21.422.576.120

Cabe manifestar, que en el acta de apertura se dejó constancia de que la oferta económica de la empresa Besalco S.A., quedó fuera de bases por cuanto los montos ingresados al portal de Chilecompra no coincidían con los valores presentados en la oferta en soporte papel y, como observación, en el mismo instrumento, frente a la oferta de Ingeniería y Construcción Kodama Ltda., se anotó un asterisco cuyo significado era dar cuenta que esta última empresa se presentaba en consorcio.

A continuación, y conforme al punto 10 de las bases administrativas aplicables en la especie, el Jefe del Departamento de Programación Física y Control del SERVIU RM, mediante oficio Ord. N° 129, de 29 de noviembre de 2006, comunicó al Subdirector de Pavimentación y Obras Viales el resultado de la evaluación.

En el precitado documento se estableció, entre otros aspectos, que los presupuestos oficiales eran ascendentes a la cantidad de \$ 17.097.644.379, en la modalidad de asfalto, y a \$ 18.112.480.065, en la de hormigón.

Asimismo, mediante el Ord. N° 129, de 2006, el Jefe del Departamento de Programación Física y Control informó los valores ofertados, la capacidad económica de los proponentes y las observaciones correspondientes, de acuerdo al siguiente detalle:



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Oferente	Monto Oferta \$	Capacidad Económica \$	Observaciones
Dragados	21.422.576.120	-984.216.989	No poseen capacidad económica y se rechazan sus ofertas
B.C.F.	21.629.503.724	-784.686.346	
Consortio Kodama	25.567.058.561	640.722.646	Posee capacidad económica

Finalmente, se indicó en el oficio citado, que el Consortio Kodama Ltda., presentaba la oferta más conveniente para el servicio por el monto señalado en la modalidad de hormigón, cuya cifra fue superior al presupuesto oficial, en un 40,15%.

A continuación, el Director del SERVIU RM, mediante oficio Ord. N° 7.206, de 29 de noviembre de 2006, comunicó a la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, que revisados los antecedentes técnicos y económicos la oferta más conveniente era la del Consortio Kodama Ltda., por \$ 25.567.058.561, por lo que solicitaba su conformidad para proceder a la adjudicación.

Por su parte, el Director de Vialidad Subrogante del Ministerio de Obras Públicas, aprobó la propuesta de adjudicación estampando su firma en el documento señalado.

En atención a lo precedentemente expuesto, entonces, esta obra fue adjudicada al Consortio Kodama Ltda., bajo la modalidad de suma alzada, según consta en la resolución N° 921, de 30 de noviembre de 2006, del SERVIU RM, en la suma de \$25.567.058.561, incluido valores proforma por \$196.000.000, con un plazo de ejecución de 336 días corridos, contados desde la data del acta de entrega del terreno, resolución que fue tomada razón con fecha 29 de diciembre de igual año. La mencionada acta de entrega fue fechada ese mismo día, lo que en concordancia con el plazo otorgado fijó como fecha de término de las obras, el 30 de noviembre de 2007.

Por tratarse de un contrato a suma alzada, las cantidades indicadas en el presupuesto son responsabilidad del contratista, debiendo en cualquier caso cumplir con las obras definidas en el proyecto.

Cabe consignar, que el Resuelvo N° 6 de la resolución N° 921, de 2006, que aprueba documentos adicionales de la licitación y dispone la contratación a suma alzada de las obras de que se trata, deja constancia de que el contratista, en virtud de la aceptación que de los términos de esa resolución hace ante Notario Público, declara, entre otras, en la letra d), "Que no tiene derecho a cobrar indemnización al SERVIU METROPOLITANO ni podrá pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por las alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente, ni por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato".



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

4. Modificaciones del contrato

Posteriormente, durante la ejecución de las obras, se efectuaron las siguientes modificaciones de contrato:

DESIGNACIÓN	RES. N°	FECHA	MONTO CONTRATO INICIAL M\$	AUMENTO DE OBRAS M\$	OBRAS EXTRA ORDINARIAS M\$	DISMINUCIONES DE OBRAS M\$	MONTO CONTRATO MODIFICADO M\$	PLAZO EN DÍAS
Monto Inicial	(A) 921	30-11-06	25.567.058					336
Modificación N° 1	(A) 1123	21-12-07		5.023.099	842.690	122.224	31.310.623	300
Modificación N° 2	(E) 7569	02-12-08		1.874.807	2.162.115	2.564.872	32.782.673	250
Modificación N° 3	(E) 3688	27-05-09						30
Modificación N° 4	(E) 4498	01-07-09						212
Modificación N° 5	(E) 9631	31-12-09		1.191.989	90.765	16.075	34.049.352	17
Modificación N° 6	(A) 134	16-02-10						90
TOTALES			25.567.058	8.089.895	3.095.570	2.703.171	34.049.353	

(A): Resolución Afecta / (E): Resolución Exenta

La resolución N° 1.123, de 2007, del Servicio de Vivienda y Urbanización Región Metropolitana fue inicialmente representada por oficio N° 7.628, de 15 de febrero de 2008. Luego reingresó a trámite el 4 de abril del mismo año, siendo cursada con alcance por esta Entidad de Fiscalización, por oficio N° 17.677, de 17 de abril de 2008, por no haber individualizado a quien suscribía el convenio en representación del contratista.

En el caso del acto administrativo precitado, el control de juridicidad se efectuó acorde lo consignado en el artículo 2°, N° 19, de la resolución N° 520, de 1996, de este Organismo de Control, vigente a la data de emisión de tales resoluciones.

En tanto, las resoluciones N°s 7.569, de 2008; 3.688, 4.498 y 9.631, todas de 2009, del SERVIU RM, atendida su materia, estuvieron exentas del trámite de toma de razón, acorde con lo dispuesto en el N° 9.4.3 del artículo 9 de la resolución N° 1.600, de 2008, de este Ente de Control.

Finalmente, la resolución N° 134, de 2010, del precitado servicio que aprobó una ampliación de plazo con derecho a percibir mayores gastos generales, fue representada por el dictamen N° 49.348, de esa anualidad, por este Organismo de Control, por cuanto no se ajustaba a derecho, siendo ingresada nuevamente a trámite por el mencionado servicio el 27 de septiembre del citado año, tomándose razón con fecha 6 de octubre de 2010, en conformidad a lo dispuesto en el punto 9.4.3 del artículo 9 de la resolución N° 1.600, de 2008, de este Ente de Control, atendido que se habían subsanado las observaciones existentes.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Resulta pertinente indicar, que las modificaciones del contrato N^{os} 1, 2 y 5, aprobadas por los actos administrativos ya aludidos, se llevaron a cabo mediante la firma de convenios ad referendum, los cuales además de sancionar ampliaciones de plazo, aumentos y disminuciones de obras y obras extraordinarias, establecieron que las mismas no daban lugar a formular cobros ni indemnizaciones por concepto de mayores gastos generales, conforme a lo establecido en el artículo 82 del decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

La modificación N° 3, sancionada por la resolución exenta N° 3.688, de 2009, del SERVIU RM, que autorizó solamente una ampliación de plazo, igualmente establece que no da derecho a percibir reajustes ni mayores gastos generales a favor del contratista.

En tanto, la modificación N° 4, ya referida, otorgó una ampliación de 212 días de plazo, sin hacer mención a que esta ampliación no da derecho a percibir algún tipo de reajuste, mayores gastos generales y/o indemnización.

La sexta y última modificación efectuada, concedió 90 días de ampliación de plazo y, en definitiva, el pago de \$ 95.348.129 por concepto de mayores gastos generales.

En todo caso, debe hacerse presente, que todas las resoluciones ya mencionadas, contienen un acápite en el que se indica, expresamente, que los gastos que demande el cumplimiento de los actos a que se refieren no afectaban el presupuesto del SERVIU RM, por ser de cargo de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo al convenio mandato.

V. ANÁLISIS

De conformidad con las indagaciones efectuadas, antecedentes recopilados y considerando la normativa pertinente, se llegó a determinar lo siguiente:

1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA DEMANDAR

Cabe señalar en primer término, que de acuerdo a lo manifestado por el Senador Alejandro Navarro Brain, en su presentación, la transacción fue aprobada por el tribunal, como un acuerdo inamovible.

Al efecto, cuestiona que el MINVU y el SERVIU RM no alegasen la prescripción de la causa, por cuanto conforme a lo dispuesto por el artículo 63 del decreto supremo N° 355, de 1976, del MINVU, que aprobó el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, las acciones que los contratistas pueden ejercer en contra del SERVIU con motivo de cualquier acto o contrato celebrado por él, prescriben en seis meses, por lo cual, en el caso en cuestión, a su juicio la causa se encontraría prescrita.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Al respecto, cabe manifestar, en primer término, que el artículo 63, del decreto supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mencionado por el recurrente, dispone que prescribirán en seis meses todas las acciones que los contratistas puedan ejercitar en contra del SERVIU con motivo de cualquier acto o contrato celebrado con él. El plazo para ejercer tales acciones se contará desde la recepción provisoria de las obras que efectúa dicho servicio.

Ahora bien, en la especie, se debe señalar que conforme consta en el Acta de Recepción de Obras de Pavimentación respectiva, la obra en cuestión fue recepcionada por el SERVIU RM, con fecha 28 de mayo de 2010.

Enseguida, cabe tener presente que, mediante documento CCK 043/10, de 2 de agosto de 2010, recepcionado por ese servicio el día 3 de ese mismo mes y año, el Consorcio Kodama Ltda. interpuso una reclamación de mayores gastos generales y costos, derivados de la construcción del Corredor PAC.

Precisado lo anterior, se debe consignar que de acuerdo al criterio contenido en el dictamen N° 41.805, de 2007, la prescripción puede ser interrumpida por vía administrativa desde el momento en que se presenta la solicitud en que se pide el reconocimiento del respectivo derecho; así, normalmente se interrumpe mediante la solicitud del interesado hecha valer ante la autoridad que debe reconocer el beneficio, o mediante actos, que tienen el carácter de reclamaciones y que involucran el ejercicio de la acción pertinente.

En atención a lo expuesto, es dable concluir que en el caso en análisis, administrativamente -ámbito de competencia de este Organismo- se habría interrumpido el plazo de prescripción, en virtud de la reclamación interpuesta por el Consorcio Kodama Ltda. ante el SERVIU RM, de 3 de agosto de 2010.

2. ACTOS PREVIOS A LA TRANSACCIÓN

Con fecha 8 de junio de 2010, la señora Magdalena Matte Lecaros, entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, sostuvo una reunión con representantes del Consorcio Kodama Ltda., a solicitud de esta firma, en la cual, conforme lo declarara, le fueron planteados diversos problemas que habría tenido la empresa con el SERVIU RM, relativos al contrato analizado, indicándosele que se le adeudaban dineros, por lo cual esa autoridad solicitó, en forma posterior, al Director del SERVIU RM que atendiese este reclamo, por cuanto esta autoridad no se encontraba presente en dicha cita.

Luego, mediante carta CCK 043/10, ya invocada, el Consorcio Kodama Ltda. presentó ante el SERVIU RM una reclamación, solicitando el pago de mayores gastos generales y mayores costos directos de ejecución, referidos al contrato precitado, requerimiento que reiteró mediante documento CCK 044/10, el día 25 de agosto de ese mismo año, recepcionado por el SERVIU RM el 31 de agosto de 2010.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Conforme a dicho documento, durante el desarrollo del contrato, habrían existido atrasos por causas no imputables a la firma, sino que al servicio, por lo que solicita, se le compense en justicia por su trabajo el monto de \$ 21.447.418.000, más IVA.

Con posterioridad, el día 27 de septiembre del mismo año, la señora Patricia Sepúlveda Rogel, abogado del Gabinete Ministerial, remitió al Director del SERVIU RM un correo electrónico en el que indicó que "por especial encargo de Álvaro Baeza, le comento que recibimos reclamo por correo electrónico de los abogados de la Constructora Kodama, por el estancamiento del tema. A fin de poder dar respuesta al mismo, le ruego informarnos en qué estado se encuentra ese caso".

Luego, el 4 de octubre de 2010, el Director del SERVIU RM emitió el Ord. N° 7.246, que atendía las reclamaciones de fechas 2 y 25 de agosto de 2010 del Consorcio Kodama Ltda., en el cual hizo presente que este Ente Fiscalizador objetó el pago de \$ 959.409.778 a que alude el N° 1 de la resolución N° 134, de 16 de febrero de igual año, del servicio en comento, relativos específicamente a la construcción del Colector Lo Errázuriz, por cuanto dicho monto no había sido calculado sobre la etapa o sector que correspondía, no haciendo alusión a la reclamación formulada respecto del pago de mayores gastos generales por \$ 21.447.418.000, más IVA.

Añadió el servicio en su respuesta al consorcio, que sin perjuicio de lo anterior, quedaba a su disposición para coordinar una reunión para tratar cualquier tema pendiente relacionado con el contrato de obras en comento.

Seguidamente, el día 13 de octubre de 2010, en dependencias del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se llevó a cabo una reunión a la cual asistieron el señor Álvaro Baeza Guiñez, entonces Asesor de la Ministra del ramo y en su representación; el señor Antonio Llompарт Cosmelli, entonces Director del SERVIU RM, el señor Franz Greve Vergara, a la sazón Subdirector de Pavimentación y Obras Viales, así como representantes y abogados del Consorcio Kodama Ltda., en la cual se trató, entre otras materias, el contrato del Corredor PAC.

Consta, también, que con fecha 4 de noviembre de 2010, la señora Jacqueline Encina Simón, a solicitud del Subdirector de esa Unidad a tal data, remitió al señor Llompарт y al ex Subdirector Jurídico del mismo servicio, señor Rafael Marambio Ortiz, un informe de respuesta al reclamo del contratista, en el cual esa Subdirección objetó cada una de las peticiones presentadas por el Consorcio Kodama Ltda. argumentando, en lo principal, que en los convenios ad referendum la firma había renunciado al derecho a percibir reajustes, mayores gastos generales e indemnizaciones, y al pronunciamiento emitido por este Ente Fiscalizador mediante el cual representó la resolución N° 134, de 2010, del SERVIU RM.

Al día siguiente, 5 de noviembre, se reunieron el señor Álvaro Baeza Guiñez, en representación de la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, y los a esa época, Director, Subdirector de Pavimentación y Obras Viales y Subdirector Jurídico, todos del SERVIU RM, además de los representantes del Consorcio Kodama Ltda. estableciéndose en la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

misma oportunidad un calendario para realizar reuniones de trabajo, con el objeto de abordar este tema.

En la especie, constan 4 actas que dan cuenta de las materias tratadas en las precitadas reuniones, de fechas 10, 11, 18 y 25 de noviembre de 2010.

Enseguida, el 15 de diciembre del año precitado, el Consorcio Kodama Ltda. interpuso ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, una demanda de cobro de pesos en contra del SERVIU RM, causa Rol N° 27.734-2010, por mayores gastos generales sobre diferentes conceptos que detalla y otros rubros, que reitera en su respectiva réplica, solicitando en definitiva al tribunal, que declare que el SERVIU RM le debe pagar la suma de \$ 41.556.630.908, más IVA, intereses corrientes para operaciones no reajustables y costas.

Cabe consignar, que el SERVIU RM en su contestación, presentada el día viernes 7 de enero de 2011, rechazó la demanda en todas sus partes, argumentando aquello, en lo principal, en que el derecho a percibir mayores gastos generales por concepto de retraso en las expropiaciones, cambios de servicios y las entregas de proyectos, se encontraba sancionado por este Ente Fiscalizador mediante la ya citada resolución N° 134, de 2010, y que los convenios ad referendum pactados entre el servicio y el reclamante no daban derecho a percibir reajustes, mayores gastos generales, ni indemnizaciones de ninguna especie. Enseguida, 6 días después de la contestación de la demanda, el jueves 13 de enero del 2011, el Consorcio Kodama Ltda. formuló su réplica. A su turno, 5 días después, el martes 18 de enero de 2011, el SERVIU RM presentó su réplica, reafirmando haber "dado estricto cumplimiento a la ley que rige las relaciones contractuales entre las partes, esto es, el decreto supremo N° 236, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo del año 2002".

En forma posterior, el día 21 de enero de 2011, el Director del SERVIU RM remitió a la Ministra de Vivienda y Urbanismo, el oficio Ord. N° 53, del mismo día y año, con la propuesta de bases de transacción respecto de la presente causa, cuyas concesiones recíprocas fueron:

- SERVIU RM reconoce adeudar al contratista la cantidad de 774.765 UF, por concepto de mayores gastos generales, equivalentes a la fecha del decreto exento N° 8, de 2011, a \$16.636.412.630.

- Consorcio Kodama Ltda. se desiste de la acción de reclamo del monto de indemnización por el lote 7-B de calle Pedro Aguirre Cerda, interpuesta en contra del mismo servicio, y seguido ante al 11° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 40.418-2009, por un monto de \$ 98.029.815.

- El consorcio de que se trata, transfiere libre de toda hipoteca y gravámenes, interdicción y prohibición de enajenar el dominio de los inmuebles ubicados en camino a Melipilla N° 7.286, comuna de Cerrillos, y en calle Pedro Aguirre Cerda N° 3.786, comuna de Estación Central, cuyos valores estimados entre las partes ascendieron a \$ 51.572.665 y a \$ 30.000.000, respectivamente.

Luego, el día 25 de enero del mismo año, la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, Magdalena Matte Lecaros, firmó el decreto exento N° 8, mediante el cual autorizó al SERVIU RM para transigir judicialmente con el Consorcio Kodama Ltda., en los términos de que da cuenta la propuesta de bases de transacción antes singularizada.

El mismo día, ante la Notario Público de la Cuadragésima Segunda Notaría de Santiago, se suscribió una transacción entre el SERVIU RM y el Consorcio Kodama Ltda., en los términos señalados, a efectos de poner término al litigio.

Al día siguiente, esto es, el 26 de enero de 2011, en la audiencia de conciliación del juicio en cuestión, se aprobó la transacción denunciada mediante resolución judicial, debiendo puntualizarse que en dicha resolución el tribunal consignó que era aprobada "en todo lo que no fuere contraria a derecho".

3. SOBRE LAS MESAS DE TRABAJO

Como ya se señalara en el punto N° 2 de este acápite V, con fecha 5 de noviembre de 2010, se reunieron el señor Álvaro Baeza Guíñez, a nombre de la, a esa data, Ministra de Vivienda y Urbanismo, los entonces Director, Subdirector de Pavimentación y Obras Viales y Subdirector Jurídico, todos del SERVIU RM, además de los representantes del Consorcio Kodama Ltda., estableciéndose en la misma un calendario para realizar reuniones de trabajo, con la finalidad de lograr una solución al reclamo de indemnización formulado por el referido consorcio.

En la especie, entre los antecedentes examinados constan 4 actas que dan cuenta de las materias tratadas en las precitadas reuniones, de fecha 10, 11, 18 y 25 de noviembre de 2010, y proporcionadas por el entonces Subdirector Jurídico a este Ente Fiscalizador, con fecha 22 de marzo de 2011.

De la lectura de tales documentos, se desprende, entre otros aspectos, que en la primera reunión el servicio propuso aclarar los ítemes de gastos generales como primera prioridad, pues representaban casi la mitad del monto reclamado por el Consorcio Kodama Ltda.

La segunda acta resume una visita a terreno, efectuada al corredor en análisis por funcionarios de esa repartición y representantes del consorcio. Finalizada tal actuación, se acuerda que la empresa prepararía, para el siguiente encuentro, una Carta Gantt Impactada, para verificar tiempos y precio.

A la tercera reunión se integraron profesionales del DICTUC (DICTUC S.A. - SPG S.A.), y al inicio de la misma el señor Rafael Marambio Ortíz, entonces Subdirector Jurídico del SERVIU RM, hizo presente que el objetivo principal de aquella sería la definición del monto de los gastos generales. Enseguida, un representante del Consorcio Kodama Ltda. manifiesta que ante la imposibilidad de preparar la Carta Gantt Impactada, la exposición la efectuaría el personal del DICTUC, pues ese instituto, manejaba información al respecto.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Asimismo, consta en la respectiva acta, que el DICTUC efectuó la citada exposición haciendo mención, en lo que interesa, que para efectos de su estudio, se le aplicó al consorcio en cuestión, el máximo estándar de rendimiento en cuanto a eficiencia y productividad.

Seguidamente, cabe hacer presente que la empresa precitada planteó, entre otros aspectos, que la ampliación de plazos siempre debía ser proporcional al aumento de obras, pero que en el caso en estudio, se efectuó un contrato con una ampliación de plazo muy superior a lo que correspondía. Además, expresó que la ley fija mecanismos tendientes a respaldar en derecho los montos que la mesa acordase, los cuales podían basarse en el decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, o en normas generales, indicando que dicha materia debía ser discutida en su oportunidad, una vez que la parte técnica consensuara el impacto de los atrasos en la ejecución del contrato.

Al respecto, el señor Marambio Ortíz manifestó estar de acuerdo con lo precedentemente expuesto, agregando que “no debemos entrar en una discusión legal por ahora, ya que se trata de llegar a un acuerdo respecto de los hechos y sus circunstancias bajo un prisma técnico, luego podremos abocarnos a determinar el marco jurídico más adecuado para resolver en esta misma mesa y bajo un criterio de justicia esta situación”.

En esa reunión, el señor Greve Vergara expuso que se reconocería como piso el pago de mayores gastos generales de sólo 300 días, de los 900 solicitados por la empresa -correspondientes a las distintas modificaciones de plazo del contrato-, dado que se podían asociar a las resoluciones por aumento de plazo de 212 y 90 días. Agregó, que el resto sería el resultado del trabajo técnico involucrado en esas conversaciones.

En cuanto a la cuarta y última acta, consta que en dicha reunión se trató el tema referido al cálculo de los mayores gastos generales y que el SERVIU RM comunicó que estaba revisando el informe presentado por la reclamante, pues estimaba que existían partidas que ya contenían dichos gastos, por lo que no correspondía incluirlas.

Se debe agregar, que el SERVIU RM expuso en dicha reunión que existían tres resoluciones de este Organismo de Control referidas a la materia, por lo cual “se debía buscar una forma de compensación que además sea factible”. Agregó sobre lo mismo, que “la Contraloría establece una posición complicada, porque define un valor irreal, al aplicar el factor sobre una parte de la obra, en un contrato que no contempla divisiones. Agrega que no está de acuerdo con Contraloría, y que se estaba buscando una resolución armónica y justa”.

Cabe aclarar, que el aludido pronunciamiento con el que ese servicio estaría en desacuerdo, correspondería al dictamen N° 49.348, de 25 de agosto de 2010, mediante el cual este Organismo de Control objetó el cálculo de los mayores gastos generales referidos a la construcción del Colector Lo Errázuriz, que tomaba como base el monto del contrato inicial, por cuanto, en dicho cálculo se debió considerar solamente la etapa o sector correspondiente.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Luego, el Consorcio Kodama Ltda. manifestó que “va a ayudar a SERVIU RM, que nunca ha querido discutir con Contraloría, sino resolver todo de una sola vez”. A continuación el acta señala que:

“Kodama entiende que existen dos temas:

- a Contraloría?
- 1) ¿Cómo presentar internamente y frente a la Ministra, y cómo se llega a él”.
 - 2) Determinar el monto justo, para explicar

Seguidamente, el SERVIU RM confirmó que “este tema no pasará por Contraloría, no habrá resolución”.

Además, ese servicio manifestó en la reunión de 25 de noviembre del año 2010, que si se aplicaba el decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, en su totalidad, “el tema terminaría ahí, dado que, no habría cabida para revisar otros ítemes”, por lo cual, “se debe buscar la forma de pagar las compensaciones requeridas”.

La empresa también adujo en tal sesión que lo importante eran los días a reconocer, consultándole al SERVIU RM si tenía objeciones con la Carta Gantt Impactada, respondiendo éste último que no se podían reconocer los 915 días, y que de los costos directos debían salir otros días adicionales a reconocer.

Los representantes del Consorcio Kodama Ltda. insistieron en que el servicio refutara técnicamente los hechos consignados en la Carta Gantt indicada, la cual había sido entregada una semana antes para su análisis técnico crítico, pues de lo contrario se debería reconocer todo el mayor plazo. De la lectura del acta en análisis, se advierte que esa repartición no dio argumentos que contradijeran lo consignado en el citado documento.

Además, del tenor del acta de la última semana de noviembre ya referida, se desprende que se realizaría una próxima reunión el día 2 de diciembre de 2010, y que se acordó que en ella, el Consorcio Kodama Ltda. debía presentar su propuesta de valorización por día de atraso.

Cabe indicar, que no existe constancia de que se haya celebrado la programada sesión adicional, no obstante, de acuerdo a lo expuesto por la ya mencionada señora Jacqueline Encina Simón, participante en las cuatro reuniones precitadas, el señor Rafael Marambio Ortíz convocó en forma posterior a dos reuniones, en oficinas del Consorcio Kodama Ltda., para los días 6 y 14 de diciembre de igual año, las cuales canceló posteriormente.

La mencionada funcionaria agregó, que consultó al precitado ex Subdirector, acerca de los motivos por los cuales dichas reuniones se efectuarían en las dependencias del consorcio referido, y por los cuales éstas fueron canceladas, quien le manifestó que la empresa lo había propuesto así, y que a él no le parecía mal, y que no se preocupara más del tema, pues, “se analizaría a nivel de jefatura con el Ministerio”.

De lo señalado precedentemente, aparece que las referidas mesas de trabajo tenían por objeto, para los representantes del



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Consortio Kodama Ltda., establecer un mecanismo a fin de definir un monto y el modo como presentarlo internamente y a la Contraloría y, para algunos funcionarios del SERVIU RM, definir un monto excluyendo al efecto la intervención de este Organismo de Control, expresando, además, en la reunión llevada a cabo el día 25 de noviembre de 2010, estar en desacuerdo con el criterio manifestado por esta Entidad Fiscalizadora en distintos pronunciamientos respecto del modo en que debían calcularse los aludidos gastos, pues establecerían un valor irreal.

Asimismo, en la aludida reunión, el mencionado servicio señaló expresamente que el asunto no sería objeto de revisión por parte de este Órgano de Control, y que no habría acto administrativo al respecto.

En dicho contexto, es posible constatar que a la data del mencionado encuentro de trabajo, y con anterioridad a que la firma de que se trata dedujera demanda alguna en sede jurisdiccional con el objeto de obtener el cobro de los mayores gastos generales, ciertos funcionarios que participaron en las mesas de trabajo, exteriorizaron su voluntad en orden a definir el monto del pago de las compensaciones a través de una modalidad que no se encontraría sujeta al control de juridicidad de esta Contraloría General y, que asimismo, no implicaría la dictación de una resolución.

Es menester tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, N° 9.3.4., de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, están afectas a control preventivo las “transacciones extrajudiciales cuyo monto exceda de 1.000 unidades tributarias mensuales”.

De igual modo, acorde con el numeral 9.4.3. del mismo artículo, se encuentra afecto al trámite de toma de razón, entre otros, el pago de indemnizaciones y gastos generales.

Como es dable advertir, atendido el monto que de acuerdo con lo consignado en las actas se pretendía pagar por concepto de mayores gastos generales, en el evento de haberse celebrado una transacción extrajudicial a fin de precaver un eventual litigio entre las partes, el acto aprobatorio de aquel acuerdo de voluntades debía someterse al trámite de toma de razón, mismo control de legalidad que habría procedido si se hubiera optado por reconocer el pago de los mayores gastos generales mediante la emisión de una resolución, lo cual, conforme a lo expuesto, personeros del servicio querían evitar.

En definitiva, y tal como lo planteó el SERVIU RM en la cuarta reunión aludida, el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Vivienda y Urbanismo lo autorizó para celebrar una transacción, esto es, el decreto exento N° 8, de fecha 25 de enero de 2011, no fue objeto del control preventivo de legalidad de este Ente de Fiscalización.

Al respecto, según lo ha informado esta Contraloría General en su dictamen N° 60.699, de 2010, entre otros, el control de legalidad que realiza esta Entidad Fiscalizadora, en virtud de los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, y 10 de su ley orgánica N° 10.336, consiste en un pronunciamiento respecto de la adecuación o conformidad al ordenamiento jurídico de los actos afectos a dicho trámite. Ello, con el fin de velar



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

por el resguardo del principio de juridicidad de parte de los Órganos de la Administración, en los términos señalados en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. De modo tal que las opiniones emitidas por este Órgano Fiscalizador resultan imperativas para el servicio, en la medida que se trata de una emanación del citado principio, siendo improcedente la realización de actividades tendientes a soslayar el efecto propio del mencionado control previo de legalidad.

En tal sentido, se debe puntualizar que en el caso que un servicio no concuerde con los criterios o con lo dictaminado por esta Entidad de Control, lo que corresponde es que solicite reconsideración de lo resuelto, debiendo consignarse, además, que conforme a lo previsto en el artículo 19 de la citada ley N° 10.336, los abogados y los asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de esta Contraloría General, están sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría cuya jurisprudencia y resoluciones deben observar, lo que tampoco fue cumplido en la especie, tanto por el ex Subdirector Jurídico del SERVIU RM, como por el asesor jurídico de la entonces Ministra.

Asimismo, no puede dejar de tenerse presente que conforme dan cuenta las mencionadas actas, también se evidencia en forma clara que ciertos funcionarios del SERVIU RM buscaban la forma de pagar las compensaciones requeridas prescindiendo de aplicar, especialmente en lo que concierne al cálculo de la indemnización, a cabalidad el decreto supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, lo cual resulta improcedente a la luz del principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que determina que en derecho público los órganos estatales sólo pueden realizar aquello para lo cual están expresamente facultados, no divisándose norma legal que permita al mencionado servicio establecer -en el ámbito administrativo- el pago en base a criterios diversos de aquellos que contempla la preceptiva que rige las compensaciones en comento.

A dicho propósito, en definitiva, se llega a través de la transacción de que se trata, todo lo cual permite advertir la existencia de una serie de actuaciones tendientes a lograr un objetivo -un acuerdo en el que se fija un monto a pagar atribuyéndole un carácter indemnizatorio- sin que el mismo sea examinado preventivamente en su juridicidad por esta Contraloría General y sin necesariamente ajustarse en forma estricta a la regulación aplicable.

4. SOBRE LA FORMA DE DETERMINAR EL MONTO POR EL SERVIU RM

De acuerdo a lo manifestado por el señor Franz Greve Vergara, ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales del SERVIU RM, mediante declaración prestada ante este Organismo de Control con fecha 6 de abril de 2011, hasta el día 25 de noviembre de 2010, se llevaron a cabo las mesas de trabajo mencionadas en el punto anterior determinándose, del estudio de los antecedentes, un monto que se debía pagar a la empresa de que se trata, ascendente a la cantidad de \$ 14.000.000.000, valor que, según precisa, comunicó en su oportunidad, junto al ex Subdirector Jurídico, de manera verbal, al señor Álvaro Baeza Guíñez.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Por su parte, el señor Rafael Marambio Ortiz, ex Subdirector Jurídico del SERVIU RM, a través de declaración prestada ante esta Entidad, con fecha 8 de abril de 2011, confirmó lo anterior, en el sentido de que, luego de las mesas negociadoras, "llegamos a un monto de \$14.000.000.000 el cual no se lo manifestamos a la empresa". Agregó, asimismo, que al señor Álvaro Baeza Guiñez le pareció una cifra "bastante razonable". Añadió, que dicho valor no lo dieron a conocer a la empresa, procediendo a dilatar el tema para tener sus propios análisis, y que en las citadas negociaciones no se llegó a un acuerdo definitivo sobre la materia.

De la misma forma, el ex Director del SERVIU RM, por declaración prestada ante esta Entidad Fiscalizadora, con fecha 13 de abril de 2011, señaló que a fines de noviembre de 2010, ya había una cifra, que bordeaba los \$14.500.000.000, la cual se la dieron a conocer los ex Subdirectores citados precedentemente, y confirmó que los mismos la habrían comunicado al señor Álvaro Baeza Guiñez.

En tanto, el señor Baeza Guiñez, mediante declaración prestada ante esta Contraloría General, con fecha 13 de abril de 2011, indicó no recordar cuándo tomó conocimiento del monto en cuestión, y que fue a través de una conversación de pasillo en la cual le habrían manifestado "que tenían un punto de encuentro de 14.000 millones y 4.000 millones, por dos litigios".

Pues bien, cabe manifestar, que de los antecedentes analizados sólo consta un documento denominado "Informe Contrato Construcción, Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú" -elaborado con posterioridad a la transacción- que da cuenta de antecedentes de hecho y de derecho que el SERVIU RM habría tenido a la vista al momento de atender las presentaciones efectuadas por el Consorcio Kodama Ltda.

En efecto, en tal informe se puntualiza que "luego de realizar un exhaustivo análisis jurídico-técnico, estableció en el caso sub lite, el concepto, fundamento y cuantía de cada una de las partidas que en definitiva permitieron configurar una suma en dinero ascendente a \$14.096.984.927, como valor referencial, justificado y plausible del detrimento económico experimentado por la empresa Consorcio Construcciones Kodama". El desglose de dicho monto fue el siguiente:

ITEM	DESCRIPCIÓN	MONTOS \$
A	Pago de Gastos Generales	8.389.505.783
A3	Reajustabilidad de Mayores Gastos Generales (fecha de pago)	328.011.374
B	Reajustabilidad de los aumentos de obra	809.800.962
C	Detrimento Financiero efectivo de mayores gastos generales	2.250.716.638
D	Pago generado por dictamen de Contraloría General de la República (CGR descuento)	-95.348.129
E	Mayores gastos por cambios de especificación	434.450.556



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

F	Saldo de obras no canceladas	228.624.045
G	Compra y arriendo de propiedades para la ejecución del corredor	172.576.861
H	Costos adicionales por mantención de totalidad de obras ejecutadas	339.282.272
I	Premio por modif. Proyecto Puente Melipilla No pagado	718.370.701
J	Detrimento financiero efectivo en Avance Estado de Pago Ord.	498.882.098
K	Multas cobros indebidos	22.111.766
	TOTAL	14.096.984.927

Nota (1): Fuente, página 48 del informe elaborado por el SERVIU con posterioridad a la firma de la transacción.

a) Sobre la falta de antecedentes sustentatorios del acuerdo

Es de interés precisar, que el precitado "Informe Contrato Construcción, Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú", según fue señalado, fue confeccionado por el ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales y por el ex Subdirector Jurídico, a petición del MINVU, con posterioridad al acuerdo de transacción y a la firma del decreto exento N° 8, de 25 de enero de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante el cual la señora Magdalena Matte Lecaros, entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, autorizó la transacción en análisis, y remitido a dicha Secretaría de Estado, mediante el oficio Ord N° 0187, de fecha 4 de marzo del año en curso.

En la especie, y de acuerdo a lo manifestado por el ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales del SERVIU RM, este informe contiene una recopilación de todos los antecedentes que ese servicio tuvo sobre la materia, relacionados con la reclamación del Consorcio Kodama Ltda.

Lo anterior, fue confirmado por el ex Subdirector Jurídico de la misma entidad, quien indicó que el motivo de la elaboración del mismo, fue tener de manera ordenada los antecedentes que daban cuenta de la decisión.

Por su parte, el entonces Director del servicio de que se trata ratificó que al momento de aprobar la transacción, consideró "las exposiciones verbales de mis asesores", tanto en la parte jurídica como técnica, el informe del DICTUC, y una minuta elaborada por el SERVIU denominada "Informe Corredor Pedro Aguirre Cerda, pero lo más importante es la exposición de Franz y Rafael". Añadió que "no requerí informes escritos técnicos, financieros ni jurídicos, sino que les pedí que me expusieran verbalmente los antecedentes".

Además manifestó, que el documento en análisis, corresponde a un informe compilado, solicitado por él a sus asesores, a fines de febrero, a requerimiento del MINVU.

Lo precedentemente expuesto deja de



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

manifiesto, en forma fehaciente, que cuando el entonces Director del SERVIU RM remitió a la Ministra de Vivienda y Urbanismo de la época, el Ord. N° 53, de 21 de enero de 2011, con la propuesta de bases de transacción, ese servicio no contaba con un informe técnico, jurídico o financiero que diera cuenta detallada y suficiente del origen y fundamentos que respaldaran el monto de dicho acuerdo, observación que se desprende tanto de las declaraciones citadas, como de la suma del referido documento, que consigna que no hay antecedentes.

Al respecto, cumple señalar, en primer término, que de acuerdo a lo expresado por el propio ex Director del SERVIU RM, autoridad a la que de acuerdo a la letra m) del artículo 17, del ya citado decreto N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, le corresponde transigir, previa aprobación por decreto supremo, del mismo Ministerio, basó su decisión de transigir, en los dichos de sus asesores, sin requerir informes técnicos, financieros, ni jurídicos u otros antecedentes, que le permitieran adoptar tal determinación, dándole vital importancia a un informe del DICTUC, que fue proporcionado por la propia empresa interesada en el acuerdo.

Adicionalmente, cabe tener presente que, según se advierte del ya citado Ord. N° 53, de 21 de enero de 2011, dicho acto administrativo describe someramente algunos aspectos que dieron origen al litigio existente entre el SERVIU RM y la empresa en comento, y las concesiones que las partes se otorgan en virtud de la transacción en cuestión.

Asimismo, de acuerdo a lo consignado en la suma del referido documento, éste carece de antecedentes que lo sustenten, y en su contenido no contempla las circunstancias de hecho y de derecho que justifiquen su emisión, ni tampoco expresa la conveniencia para el SERVIU RM de arribar a dicho acuerdo, así como los fundamentos que motiven la decisión, deficiencias que, por ende, también se advierten en el decreto exento N° 8, de 2011, del MINVU.

En este sentido, es dable puntualizar que la falta de motivación de los documentos en estudio, importa una contravención a los principios de racionalidad, transparencia, publicidad y debida fundamentación de los actos de la Administración, contemplados en los artículos 3° y 13 de la citada ley N° 18.575, y 16 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

De este modo, y considerando lo manifestado en orden a que diversas decisiones sobre la materia, fueron adoptadas basándose en los meros dichos de asesores, o en las visaciones de éstos, cabe concluir que se vulneró el principio de motivación de los actos administrativos, conforme al cual la Administración se encuentra en el deber de fundamentar las decisiones que adopte en el ejercicio de sus potestades, sean éstas regladas o discrecionales (aplica criterio contenido, entre otros, en el dictamen N° 21.948, de 2003).

En este orden de ideas, cabe hacer presente que, conforme fuera declarado por los ex funcionarios del SERVIU RM ya citados, la cifra de \$14.000.000.000 calculada por ese servicio, ya era conocida por ellos a finales de noviembre recién pasado, sin que, sin embargo, consten antecedentes técnicos suficientes para arribar a tal determinación.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Precisado lo expuesto, es menester señalar que acorde con el criterio contenido en el dictamen N° 27.606, de 1999, de esta Contraloría General, los servicios públicos que cuentan con atribuciones para celebrar contratos de transacción, deben evaluar y escoger, dentro de sus facultades, la forma de solucionar sus conflictos con terceros, que mejor resguarde el interés público, atendido que es un deber de las autoridades y funcionarios velar por la eficiencia de la Administración, procurando el mejor aprovechamiento de los medios disponibles, por ende, las transacciones, igual que cualquier otro contrato que suscriban estando facultados para hacerlo, sólo resultan admisibles si resguardan debidamente los intereses públicos.

Enseguida, y de acuerdo a lo señalado en el referido pronunciamiento, los Órganos de la Administración únicamente pueden resolver sus controversias con terceros mediante una transacción, cuando conforme la situación jurídica existente antes de su celebración y con una fundada apreciación del ente público contratante, se amparan suficientemente los intereses del servicio en relación con otras alternativas posibles para solucionar el conflicto, asumiendo la autoridad que adopta la decisión la responsabilidad que corresponda.

b) Sobre los gastos generales

Ahora bien, del análisis del ítem A, del cuadro precedente, referido a los gastos generales, que corresponde sólo a una de las partidas consideradas en el cálculo efectuado por el SERVIU RM, es posible advertir las situaciones que se exponen a continuación:

b.1) Gastos generales renunciados por la empresa

Como se indicara en el acápite IV.4) de este informe, las modificaciones de contrato N°s 1, 2 y 5, se llevaron a cabo mediante la firma de convenios ad referendum, en los cuales se estableció expresamente que dichas ampliaciones no daban lugar a formular cobros ni indemnizaciones por concepto de mayores gastos generales, conforme lo dispuesto en el artículo 82 del decreto supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En tanto, la modificación N° 3, que autorizó solamente una ampliación de plazo, igualmente dispone que no da derecho a percibir reajustes ni mayores gastos generales a favor del contratista.

Sobre la materia, cabe señalar que en la estimación que efectuó el SERVIU RM, de \$14.096.984.927, como detrimento económico para la empresa reclamante, esa entidad incluyó el pago de mayores gastos generales, considerando las modificaciones de contrato N°s 1, 2, 3 y 5 recién citadas, en circunstancias que, como consta en los respectivos documentos que las sancionaron, aquellos derechos habían sido expresamente renunciados por la empresa.

Requerido sobre la materia, el Director del SERVIU RM de la época, expuso que los criterios técnicos y/o jurídicos aplicados había que preguntárselos al ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales y al ex Subdirector Jurídico, de lo que se desprende que dicha autoridad no analizó la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

suficiencia o procedencia de esos criterios, delegándole tal determinación a sus asesores. Agregó, que la materia era de un tecnicismo particular, y que por ello tenía dos asesores especialistas, a los cuales les correspondía efectuar dichos análisis.

Sobre el particular, tanto el ex Subdirector Jurídico, como el ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales del SERVIU RM, argumentaron que lo anterior obedeció a que conocían una presentación efectuada por otra empresa, en la cual se había renunciado a este tipo de derechos, no obstante, este Órgano de Control se habría manifestado a favor de la empresa.

Cabe hacer presente, que el entonces Subdirector de Pavimentación y Obras Viales agregó que, no obstante lo anterior, el fundamento de peso fue la instrucción recibida en la ya citada reunión del 5 de noviembre de 2010, en la cual el señor Álvaro Baeza Guíñez solicitó que el contrato se volviera a revisar, aplicando un criterio diverso.

Por su parte, el señor Álvaro Baeza Guíñez reconoce que puede haber emitido una opinión, con el ánimo que se revisara la verdad en este tema, en el sentido de analizar si "se le debe o no se le debe" a la empresa, agregando que desconoce lo regulado en el decreto supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Pues bien, en la especie, resulta relevante anotar que de los antecedentes analizados, se advierte que el Consorcio Kodama Ltda., durante la ejecución del contrato en cuestión, sólo solicitó el pago de mayores gastos generales, por 212 días, para lo cual invocó retraso en la entrega de la faja totalmente liberada del corredor; inconvenientes del servicio en la expropiación del lote 7-B; problemas en el cambio de los servicios existentes en la faja; y según señala, numerosos cambios efectuados al proyecto.

En efecto, consta en carta CCK/PAC-001/10, de 4 de enero de 2010, reiterada mediante documento CCK/PAC-012/10, de 22 del mismo mes y año, que la firma requirió que se le reconociesen mayores gastos generales por 212 días, correspondientes a la modificación N° 4, los cuales no se encontraban expresamente renunciados.

Sobre este mismo aspecto, cabe dejar establecido que de los antecedentes tenidos a la vista, no consta que la empresa haya efectuado alguna otra reclamación adicional durante el transcurso del contrato referida al pago de mayores gastos generales, así como tampoco, la existencia de algún acto administrativo sometido al control de legalidad por parte de este Organismo de Fiscalización, relacionado con el pago de dichos gastos.

b.2) Incumplimiento de dictamen N° 49.348, de 2010, de esta Contraloría General

Es relevante señalar, además, que en el cálculo del ítem en análisis, el SERVIU RM consideró dentro del total de gastos generales, la suma de \$959.409.778, correspondiente a los gastos generales informados mediante la resolución N° 134, de 16 febrero de 2010, del mismo servicio, producto de la modificación de contrato N° 6, que aprobó una ampliación de plazo de 90 días corridos, con derecho a mayores gastos generales.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Cabe reiterar, que dicho acto administrativo fue representado por esta Entidad de Control, mediante el dictamen N° 49.348, de 25 agosto del mismo año, por cuanto la indemnización por concepto de gastos generales de que trata, debía determinarse considerando como base de cálculo una etapa o sector, y no el monto total del contrato.

En atención a lo anterior, el servicio determinó, en definitiva, que correspondía pagar a la firma, por el concepto precitado, sólo la suma de \$ 95.348.129.

Ahora bien, como ya se señalara en el punto 3 de este acápite, el control de legalidad que realiza esta Entidad Fiscalizadora consiste en un pronunciamiento respecto de la adecuación o conformidad al ordenamiento jurídico de los actos afectos a dicho trámite, con el fin de velar por el resguardo del principio de juridicidad de parte de los Órganos de la Administración, en los términos señalados en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, de modo tal que las opiniones emitidas por este Órgano Fiscalizador, mediante el aludido dictamen N° 49.348, de 2010, resultan imperativas para los servicios.

b.3) Pronunciamiento emitido por esta Entidad de Control, sobre el avance normal de la obra

Por otra parte, es necesario exponer, que en atención a una presentación efectuada por el Alcalde de la comuna de Estación Central, referida a la eventual demora en la ejecución de la obra en análisis, esta Entidad de Control, mediante el oficio N° 30.052, de 1 de julio de 2008, concluyó que, a esa fecha, técnicamente las obras no presentaban un retraso respecto del programa de trabajo vigente, y que la postergación en la data de término obedecía a las modificaciones introducidas al proyecto que ocasionaron un aumento de plazo de 300 días corridos, y que dichas variaciones se consideran habituales en un proyecto vial urbano como el de la especie.

En ese mismo sentido, se confirmó que el avance de las obras presentaba un desarrollo normal, por lo cual no había obras pendientes, sino una ejecución diferida, en algunos casos, producto de la complejidad técnica encontrada en el terreno.

5. SOBRE EL MONTO DETERMINADO POR EL SERVIU RM Y LA REGULACIÓN APLICABLE

Para los efectos de la presente investigación especial, se ha estimado necesario efectuar en esta parte una revisión de los montos que el SERVIU RM reconoce adeudar en la operación que se informa, a partir del "Informe Contrato 'Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú'".

A tal fin se han tenido a la vista particularmente el reclamo del contratista ante ese servicio, los informes encargados a distintas entidades tanto por la empresa como por el Ministerio de



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Vivienda y Urbanismo -los informes N°s 915233 y 915234 del DICTUC y N° 667.389-1 del IDIEM-, la demanda de dicha empresa y la contestación del SERVIU RM, y el informe con el que los ex Subdirectores de Pavimentación, Franz Greve Vergara y Jurídico, Rafael Marambio Ortiz, de esa repartición estatal, justifican los montos comprometidos en la transacción, elaborado con posterioridad a la misma y denominado "Informe Contrato 'Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, Comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú'".

Cabe anotar también que este análisis consiste, conforme a la competencia de esta Contraloría General, en la determinación de la procedencia y regularidad administrativa de las sumas en cuestión, en el marco de la preceptiva aplicable al respectivo contrato de obra pública -que delimita las facultades del SERVIU RM a su respecto-, de la jurisprudencia de esta Entidad de Control, entre ella la emitida en relación precisa con este contrato, obligatoria para dicho organismo, y de los antecedentes recabados en distintos informes de fiscalización que se han referido al contrato de que se trata.

En este sentido, debe recordarse, en primer término, que el contrato de construcción suscrito por el SERVIU RM se encuentra regido por el decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, que Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización, en el cual se regulan pormenorizadamente las distintas materias relativas a su celebración, ejecución, modificación y término.

Enseguida, que para su celebración se aprobaron las respectivas bases administrativas especiales a través de la resolución N° 625, y sus adiciones mediante las resoluciones N°s 688 y 707, todas del año 2006, del mismo servicio.

Asimismo, es también del caso recordar que el Resuelvo N° 6 de la resolución N° 921, de 2006, que aprueba documentos adicionales de la licitación y dispone la contratación a suma alzada de las obras de que se trata, deja constancia de que el contratista, en virtud de la aceptación que de los términos de esa resolución hace ante Notario Público, declara, entre otras, en la letra d), "Que no tiene derecho a cobrar indemnización al SERVIU METROPOLITANO ni podrá pedir modificaciones del contrato por pérdidas, averías o perjuicios que dichos trabajos causen, ni por las alzas que puedan ocurrir en el precio de los materiales o jornales, si ello no se ha pactado expresamente, ni por cualquiera otra circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato".

Puntualizado lo anterior, debe consignarse que los diferentes aspectos se han agrupado teniendo como base el informe justificatorio de montos preparado en el SERVIU RM, ya mencionado.

a) Mayores gastos generales y reajustes

Según se advierte de la resolución N° 1.123, de 2007, y de las resoluciones exentas N°s 7.569, de 2008; 3.688 y 9.631, ambas de 2009, ya aludidas -modificaciones N°s 1, 2, 3 y 5, respectivamente-, y de sus correspondientes informes técnicos, las ampliaciones de



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

plazo a que las mismas se refieren tienen su origen tanto en aumentos de obras y obras extraordinarias, como en las dificultades presentadas durante la ejecución de los trabajos.

En relación con lo anterior, cabe anotar que el artículo 82 del decreto supremo N° 236, luego de fijar reglas respecto de ampliaciones de plazo frente a retrasos del contratista, dispone en su inciso tercero que "En casos justificados, el SERVIU podrá conceder ampliaciones de plazo con derecho a reajustabilidad y/o a mayores gastos generales, determinando estos últimos en la forma establecida en el artículo 90 de este reglamento", y en su inciso cuarto que "Las ampliaciones de plazo por aumento de obras darán derecho a reajustabilidad, pero no a mayores gastos generales".

De igual forma, que en las mencionadas resoluciones las ampliaciones de plazo se disponen, expresamente, sin derecho de percibir reajustes, mayores gastos generales ni indemnizaciones de ninguna especie, y que se aprecia que consta la conformidad del contratista, explicitada en la protocolización de las resoluciones ante Notario con arreglo al artículo 46 del decreto supremo N° 355, de 1976, del MINVU, y adicionalmente, en su caso, en los convenios ad referendum suscritos al efecto.

Asimismo, debe consignarse que del examen de los antecedentes técnicos y administrativos que sirvieron de respaldo a las referidas resoluciones, se observa que el SERVIU RM resolvió conceder los aumentos de plazo sin derecho a reajustabilidad ni mayores gastos generales, en el ejercicio de la facultad a que se refiere el antes transcrito inciso tercero del artículo 82.

Por consiguiente, y como puede advertirse, en sus respectivas oportunidades el SERVIU RM ejerció su facultad de otorgar ampliaciones de plazo sin derecho a percibir reajustes ni mayores gastos generales, y ello fue libremente ratificado por el contratista del modo ya señalado.

En tales condiciones, no resulta procedente, luego de terminadas las obras, que en el informe se pretenda justificar el pago de mayores gastos generales aludiendo a que parte de tales plazos serían extraproporcionales a los que derivarían de los incrementos de obra, y a una eventual aplicación del artículo 92 inciso segundo del citado decreto supremo N° 236 -relativo a aumentos de plazo con derecho a reajuste y pago de mayores gastos generales en caso de atrasos en el programa de trabajo aprobado, por la falta de entrega del terreno o de los planos, no imputable al contratista-, ya que la decisión de la autoridad y la renuncia correlativa -que no previeron esas consideraciones y no se fundaron en el artículo 92 inciso segundo sino en el artículo 82 inciso tercero-, comprendieron en su ejercicio la totalidad de los plazos a que las antes individualizadas resoluciones se refieren.

Por otro lado, y en lo que respecta al aumento de plazo de 212 días sancionado mediante la resolución exenta N° 4.498, de 2009 -modificación N° 4-, en la que no se explicita una renuncia al derecho a percibir reajustes y mayores gastos generales, corresponde anotar que dicho aumento de plazo se fundamenta, de acuerdo con sus antecedentes, en la imposibilidad de continuar con la ejecución del colector Lo Errázuriz, debido a que la Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A. no había autorizado el ingreso al



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

área de la respectiva concesión de la obra pública, para la realización de los trabajos correspondientes.

Enseguida, que la resolución N° 134, de 2010 -modificación N° 6-, fundada también en la circunstancia recién señalada, contempla una ampliación de plazo de 90 días con derecho a percibir mayores gastos generales.

Esta última resolución fue representada por esta Contraloría General a través del dictamen N° 49.348 de 2010, en el cual, en primer término, se objetó que el "Proyecto de cruce de colector de aguas lluvias, paso inferior Lo Errázuriz", se haya acordado como una modificación -en calidad de obra extraordinaria-, del aludido contrato, por cuanto se aparta del objeto de éste, si se considera la naturaleza del referido colector y el hecho de que no sólo se encargó la ejecución de la obra, sino también la elaboración del respectivo proyecto. Por lo mismo, su contratación debió someterse a propuesta pública o, si hubiera concurrido la causal pertinente, a propuesta privada o trato directo.

Además se observó que, siendo así, la circunstancia de que no se haya entregado oportunamente un tramo del terreno en que se ejecutaba el mencionado colector -sector relativamente menor comparado con la extensión total de la obra-, en ningún caso puede originar el pago de una indemnización por gastos generales cuya base de cálculo sea el monto inicial del primitivo contrato, como se pretendía en la especie.

Se agregó que, en ese contexto, y sin perjuicio de la obligación de ese Servicio de adoptar las medidas que fueren procedentes a fin de determinar las responsabilidades administrativas que estuvieren comprometidas en relación con la forma de proceder respecto de la contratación del colector de que se trata, debe entenderse, para los efectos del cálculo de la indemnización que se viene disponiendo, que la denominada obra extraordinaria en la que incide la falta de entrega parcial del terreno, constituye, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 del decreto N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, una etapa o sector con plazo parcial, por lo que la indemnización por concepto de gastos generales deberá calcularse sobre el valor de la aludida etapa o sector.

Luego de la representación formulada por el recién recordado dictamen N° 49.348, el SERVIU RM reingresó a control preventivo de juridicidad la resolución N° 134, ajustando el monto de la indemnización de acuerdo con lo observado, rebajándolo de \$ 959.409.778 a \$ 95.348.129, por lo que se tomó razón de la misma.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 92 del decreto N° 236, aludido, se aumentará el plazo del contrato con derecho a reajuste y pago de mayores gastos generales en la forma indicada en el artículo 90 del reglamento, en proporción al atraso que se produzca por la falta de entrega del terreno, si no fuese imputable al contratista y le ocasionare atrasos en relación con el programa de trabajo aprobado.

En tales circunstancias, considerando que el fundamento para la ampliación de plazo de 212 días dispuesta por la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

resolución exenta N° 4.498, de 2009, se encuadra en la hipótesis del artículo 92, inciso segundo, recién citado, esta Contraloría General estima que procedería el derecho a reajustes y mayores gastos generales por este período, al cual, sin embargo, y en armonía con lo concluido en el indicado dictamen N° 49.348, corresponde descontar los 90 días que por el mismo motivo fueron objeto de indemnización a través de la consignada resolución N° 134, debiendo, además, calcularse el valor de esta indemnización por los 122 días resultantes en la forma establecida en el mismo dictamen, esto es, sobre la base del valor de la aludida obra extraordinaria, entendida como etapa o sector con plazo parcial, y no sobre el monto inicial del primitivo contrato.

De este modo, el pago de estos mayores gastos generales no podría exceder a la suma de \$ 129.249.685.

b) Detrimento financiero efectivo de mayores gastos generales, detrimento financiero efectivo en avance de estados de pago y costo por gestión de contrato mayor al original

Respecto de estos conceptos, cabe señalar que corresponden a rubros no consultados en la normativa aplicable y que, por lo tanto, los mismos no resultan procedentes por la vía administrativa.

c) Mayores gastos por cambio de especificación

c.1) Gastos en ejecución por cumplimiento del Índice de Regularidad Internacional -IRI- a 20 metros

El informe admite la solicitud de la empresa contratista relativa al pago de los mayores costos en que habría incurrido con motivo del supuesto cambio en la medición del control de calidad de Índice de Regularidad Internacional, de 200 a 20 metros.

Sobre el particular, cabe señalar que la interpretación en el sentido de que la referencia al Manual de Pavimentación y Aguas Lluvias del SERVIU RM contenida en la adición N° 3 a las bases especiales, implicaba un cambio de especificación respecto al aludido control de calidad, y que justificaría este pago, no resulta atendible.

Ello, por cuanto el N° 6 de la indicada adición N° 3 expresa que "Se adjuntan Especificaciones Técnicas de Hormigón grabados en un CD (son 29 páginas), del Manual de Pavimentación y Aguas Lluvias del SERVIU Metropolitano", esto es, se limita a proporcionar digitalmente parte de ese Manual, el cual por expresa disposición del N° 22 del artículo 1° de las bases especiales, formaba parte de la reglamentación aplicable al contrato.

Adicionalmente, es del caso expresar que dichas bases especiales, en el N° 14, sobre Control de Calidad de las Obras, dispuso que el contratista deberá considerar en el monto de su oferta, los gastos que demanden los ensayos que se indican en el Itemizado "y según las Especificaciones Técnicas, el Reglamento, las Bases Técnicas y el Manual de Inspección Técnica", sin aludir al mencionado Manual de Pavimentación y Aguas Lluvias para estos precisos fines.



**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN**

Asimismo, que el referido ensaye fue contemplado específicamente en el punto 4 de las bases técnicas -las cuales están explícitamente consideradas en el recién referido N° 14-, que estableció de modo expreso que éste se mediría en tramos de 20 metros.

Por consiguiente, no corresponde disponer pagos en relación con esta materia.

c.2) Costos de reemplazo de material inadecuado en el Tramo 1

De acuerdo al punto 1.2 del capítulo II. B del Manual de Pavimentación y Aguas Lluvias del SERVIU Metropolitano -aplicable a la situación de la especie, según lo corrobora la respuesta a la consulta 67 de la aclaración N° 2- en caso de encontrar material inadecuado bajo el horizonte de fundación, el contratista debe extraerlo en su totalidad y reponerlo en la forma que allí se indica.

No obstante, de acuerdo a los antecedentes la referida empresa señala que procedió a aumentar el espesor del pavimento de hormigón, lo que significa que se apartó de tal procedimiento, modificación que no consta que haya sido autorizada.

Al efecto, debe anotarse que conforme al artículo 80 del citado decreto supremo N° 236, el contratista no puede hacer, por iniciativa propia, cambio alguno en los planos o especificaciones que sirven de base al contrato.

c.3) Mayores gastos derivados de una supuesta imposición de acuerdo de precios por cercos de la Fuerza Aérea de Chile

El precio relativo al traslado de cierros correspondientes a la Dirección de Bienestar de la Fuerza Aérea, al Museo Aeronáutico y del Espacio, y al Comando Logístico de la Fuerza Aérea, fue pactado de común acuerdo en calidad de obra extraordinaria, según consta del convenio ad referendum N° 1, sancionado mediante la resolución N° 1.123, de 2007, acto que además fue suscrito por el contratista en conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 del decreto N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, sin que, por tanto, corresponda que el SERVIU RM disponga el pago de un precio mayor al fijado en tales instrumentos.

d) Saldos no pagados

d.1) Cobro de vigas Puente Melipilla por modificaciones de proyecto

De los antecedentes examinados, no consta la confección -ni por ende su época- de las vigas de hormigón pretensadas contempladas en el proyecto original del Puente Melipilla -que luego no fue ejecutado conforme a lo originalmente contratado-, ni, en consecuencia, que las mismas se hayan entregado al Servicio, por lo que no corresponde que éste acceda a su pago.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Es dable consignar que en la contestación de la demanda por parte del SERVIU RM, se indica que el contratista ordenó la compra de las mencionadas vigas con posterioridad a que el servicio solicitara detener las obras de dicho puente.

Sin embargo, es necesario hacer presente que entre los antecedentes que se han aportado durante el transcurso de esta investigación, se advierte la existencia de una factura, previa a la detención de las obras, por concepto de confección y aprobación proyecto de reingeniería de vigas, Puente Melipilla, por un valor total de \$2.101.688, cifra cuyo reembolso se estima procedente.

d.2) Costos de ingeniería

Éstos se refieren a los que la empresa contratista reclama por concepto de confección de planos de detalle para la construcción del Corredor Lo Errázuriz y por la modificación de la ingeniería del proyecto del Paso Inferior Lonquén.

Sin embargo, el diseño del referido colector fue encomendado a la empresa contratista, por lo que debe entenderse incorporado en el precio acordado para la ejecución de dicha obra extraordinaria, aprobada por la resolución exenta N° 7.569, de 2008. Respecto del Paso Inferior Lonquén, de acuerdo con los antecedentes el proyecto fue entregado por el Ministerio de Obras Públicas, sin que conste la introducción de modificaciones en los términos reclamados por la empresa.

d.3) Mayores costos de subcontratistas

En cuanto a este rubro, cabe señalar que se refiere a situaciones derivadas de contratos celebrados entre particulares, sin que, en la normativa aplicable, se consulte la posibilidad de que los costos a que se refiere el informe en esta parte sean solventados por el servicio.

e) Compra y arriendo de propiedades

Respecto de este rubro debe anotarse que de los antecedentes tenidos a la vista no aparecen documentos que permitan acreditar la procedencia de los pagos vinculados a la compra del inmueble ubicado en calle Pedro Aguirre Cerda N° 3.783, Población Patricio Mekis, comuna de Estación Central, como tampoco de la compra del Lote 1-C-1 Lo Errázuriz, comuna de Cerrillos, a que se alude en el informe.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que el monto reclamado por este último bien raíz, dice relación con el pago de una servidumbre de acueducto que la aludida empresa constructora habría constituido para la construcción de un colector subterráneo de aguas lluvias.

Asimismo, que respecto del inmueble ubicado en la Población Patricio Mekis, se habría adquirido para poner término a un litigio derivado de la ejecución de un colector sin la respectiva servidumbre.

Sobre el particular es menester señalar que, conforme con los antecedentes tenidos a la vista y en principio, no



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

corresponden pagos por este concepto -los que, por lo demás, de resultar procedentes, sólo alcanzarían en su caso al valor de las respectivas servidumbres-, tanto en atención a lo prevenido en la letra d) del Resuelvo N° 6 de la resolución N° 921, de 2006, precitada -que dispone la contratación a suma alzada de las obras de que se trata-, en orden a que el contratista declara, en lo que interesa, que no tiene derecho a cobrar indemnización por cualquiera circunstancia no prevista en forma expresa para dicho contrato, como porque los respectivos proyectos de colectores, presentados por el contratista, fueron contratados como aumentos de obras y obras extraordinarias a través de las resoluciones exentas N°s 9.631, de 2009 -convenio ad referéndum N° 3-, y 7.569, de 2008 -convenio ad referéndum N° 2-, de manera que se trata de costos que aquél debió prever en su presupuesto al momento de contratar la realización de tales trabajos.

Por otra parte, respecto del arrendamiento del inmueble Lote 7B, ubicado en camino a Melipilla N° 7.286, comuna de Cerrillos, también aludido en el informe, sólo se advierte un "Acta de Acuerdo" en la cual se conviene un pago por concepto de compensación por disminución de clientela, y no el respectivo contrato de arrendamiento.

A su vez, en relación a la suma reclamada por concepto de compra del citado inmueble Lote 7B, es del caso señalar que, conforme a los antecedentes examinados, en la causa voluntaria N° 118 - 2009, seguida ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, se observa que fue consignada la indemnización provisional por la respectiva expropiación al Consorcio Construcciones Kodama Limitada, por lo que de acuerdo al artículo 20 del decreto ley N° 2.186, de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, el bien expropiado queda de pleno derecho en el patrimonio del SERVIU RM, situación que no se condice con un pago al contratista por aquel concepto, dado que dejó de ser propietario del mismo, y cuyo monto excede del fijado por la Comisión de Peritos Tasadores, conforme al procedimiento establecido en esta normativa.

Del mismo modo, se advierte que el valor previsto en el informe por este concepto no considera el desembolso ya efectuado por el servicio con motivo de la aludida indemnización provisional.

f) Costos adicionales por mantención de las obras

El informe incluye el pago de los mayores costos derivados de la mantención de diversos servicios -seguridad, iluminación, paisajismo, limpieza y riego- que sólo fueron considerados primitivamente para los 336 días de plazo de ejecución de las obras, y cuya recepción fue realizada además con retraso por las respectivas municipalidades.

Respecto a este ítem, corresponde señalar que, conforme al artículo 111 del decreto N° 236, antes citado, el contratista asumirá desde la iniciación hasta la terminación total de las obras, plena responsabilidad por la seguridad y el cuidado de éstas y de todas las obras provisionales, debiendo responder por los daños que pudieran producirse en ellas por cualquier causa.

Por su parte, cabe agregar que según lo dispuesto en el artículo 128 del mismo decreto N° 236, es de responsabilidad del contratista la vigilancia y cuidado de las obras por el plazo de 60 días siguientes a



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

la fecha de término fijada en el contrato, y será de cargo del contratista cualquier merma o deterioro que pudiere producirse en las obras, así como el costo que demande su mantención y el pago de los servicios de agua potable, alcantarillado, electricidad y gas.

Por consiguiente, no corresponden pagos adicionales a los previstos en la regulación por parte del SERVIU RM.

g) Premio por modificación del Proyecto Puente Melipilla

Sobre la materia, corresponde señalar que el artículo 138 del decreto N° 236 de 2002, del MINVU, precisa que si se introducen modificaciones al proyecto o se disminuyen las cantidades de obras previstas y ello tiene su origen en una proposición escrita del contratista, sobre la base de un proyecto completo, y si después de estudiado éste fuere aceptado y las modificaciones importan una economía sustancial, entendiéndose por tal la superior al diez por ciento del valor previsto en el contrato para la obra variada o modificada, el contratista tendrá derecho a un premio equivalente a un cincuenta por ciento del valor de la economía, el que se le pagará al terminar la ejecución de la variante propuesta.

Asimismo, que de acuerdo a los antecedentes de la licitación pertinente, las obras contratadas originalmente mediante la citada resolución N° 921, contemplaban la construcción de un nuevo puente ferroviario que reemplazaría al existente en la intersección de las calles Exposición, Pedro Aguirre Cerda y Ramón Subercaseaux, comuna de Estación Central, denominado "Puente Melipilla", aumentando el proyecto vial asociado al mismo, de dos a tres las pistas de circulación, tanto de la calzada sur como de la norte; su ancho total, además del gálibo y los pasillos peatonales existentes.

Enseguida, que a través del oficio N° 30.052, de 2008, de este Organismo de Control, se expresó, en relación al ensanche del Puente Melipilla, que en atención a las condicionantes impuestas por la Empresa de Ferrocarriles del Estado, EFE, para otorgar su aprobación, las cuales ascenderían a un costo aproximado de \$1.400.000.000, el servicio resuelve ejecutar sólo la profundización de la calzada del mismo, que conforme a lo informado por la inspección de la obra, quedaría con un gálibo aproximado de 4,59 metros en la vía sur y de 4,69 en la vía norte.

Por su parte, la resolución exenta N° 7.569 de 2008, dispuso el aumento de obras para el citado Puente Melipilla, que contempla trabajos en Obras de Pavimentación, Proyecto de Aguas Lluvias, Proyecto de Diseño Urbano y Paisajismo y Proyecto de Estructura por un monto total de \$ 149.346.515. A la vez, consideró una disminución de obras para el mismo, por un monto de \$ 1.812.003.666.

Ahora bien, del análisis efectuado a la información técnica disponible, se concluye que no existe intervención en el puente originalmente contratado.

En efecto, de la revisión de los Planos As - Built, correspondientes al sector de emplazamiento del citado Puente Melipilla, se verifica la existencia de una readecuación del trazado vial proyectado, esto es, en términos generales, modificaciones de los anchos y transiciones de las calzadas



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

que acceden al mismo, manteniendo, sin embargo, el flujo vehicular sólo en dos pistas para cada una de las calzadas que atraviesan el citado paso inferior.

De este modo, en los términos del artículo 138 del citado decreto supremo N° 236, y para sus efectos, no resulta posible entender que el cambio en dicha intervención vial constituya una modificación del proyecto ni -desde luego- un proyecto completo del puente ferroviario que originalmente el servicio dispuso construir en el sector. Ello, por cuanto para la aplicación de dicho precepto es menester que se trate de proyectos que, cumpliendo con las mismas prestaciones de diseño y servicio definidas originalmente por el mandante -lo que no acontece en la especie-, cumplan a la vez con el requisito de economía de recursos previsto.

En tales condiciones, no procede que el servicio considere pagos por este concepto.

h) Multas por cobros indebidos

Sobre este aspecto, no se advierten antecedentes que permitan pronunciarse respecto de la justificación que haría improcedente la aplicación de las multas.

Adicionalmente, cabe señalar que, de acuerdo a los estados de pagos N°s 2, 7, 8 y 11, las multas descontadas ascendieron a 634 unidades de fomento - $\$12.022.914$ -, suma que no coincide con el monto establecido en el referido informe del SERVIU RM, de $\$22.111.766$, así como tampoco con el indicado en el informe DICTUC N° 915234, que consigna 937 unidades de fomento - $\$19.772.780$ -.

Respecto de este último documento, es del caso anotar que incluye multas por 305 unidades de fomento, sin que aparezca que éstas, hasta la fecha, hayan sido descontadas de los estados de pago o pagadas por el contratista. De igual modo, que las referidas multas por 305 unidades de fomento fueron objetadas por el contratista mediante anotaciones en el libro de inspección N° 8, folios 47 al 50, de 27 de marzo de 2008, sin que conste que el servicio haya dado respuesta a dicho reparo.

A su vez, respecto del reclamo efectuado en el folio N° 2 del libro de inspección N° 6, de 6 de diciembre de 2007, sobre el descuento en el estado de pago N° 11 por concepto de multa, procede consignar que al mismo se dio respuesta mediante el folio N° 3 de ese libro, sin que exista registro de una impugnación posterior.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendido que las multas aplicadas se deducen de los estados de pago conforme a lo dispuesto en el artículo 87 del citado decreto N° 236, debe hacerse notar que no consta que el contratista haya procedido a objetar los restantes estados de pago, conforme al procedimiento previsto en el artículo 115, que dispone que si el contratista no acepta el estado de pago o lo hace con reservas, deberá formular sus observaciones por escrito a la autoridad que corresponda, dentro de un plazo de siete días, y que vencido éste, las observaciones que haga el contratista no serán tomadas en consideración.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Asimismo, es del caso señalar que, en las situaciones en que la causa de la aplicación de las restantes multas reclamadas sea el incumplimiento a las órdenes de la Inspección Técnica de la Obra -ITO-, tampoco consta que el contratista haya reclamado de las mismas en los términos establecidos en el artículo 59 del decreto N° 236, aludido, según el cual el contratista podrá apelar de las órdenes del ITO dentro de los dos días hábiles siguientes a su notificación, ante el jefe de la unidad técnica del SERVIU, quien resolverá breve y sumariamente. Agrega su inciso quinto, que si el contratista no estuviere de acuerdo con la resolución del jefe de la unidad técnica del SERVIU, podrá reclamar de ello por escrito, dentro de los tres días hábiles siguientes a su notificación, al Director del SERVIU, cuyo dictamen será definitivo.

Por ende, y en tales condiciones, no proceden pagos por este concepto por parte del SERVIU RM.

6. DEMANDA INTERPUESTA POR EL CONSORCIO KODAMA LTDA.

Sobre la materia, como ya se señalara con anterioridad, con fecha 15 de diciembre de 2010, el Consorcio Kodama Ltda. interpuso una demanda en juicio ordinario de cobro de pesos en contra del SERVIU RM, ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago, causa Rol N° 27.734-2010, solicitando el pago de \$ 41.556.630.908, más IVA e intereses, con costas, de acuerdo al siguiente detalle:

IT.	DESIGNACIÓN	MONTO \$
1	Gastos Generales (Valores sin IVA)	12.669.214.000
2	Sobre Costos (Valores sin IVA)	8.808.164.000
3	Daño Emergente:	
3.1	Pérdida de Patrimonio	5.990.400.000
3.2	Daño a la imagen comercial	5.000.000.000
4	Lucro Cesante	9.088.812.908
TOTAL DEMANDADO		(2) 41.556.630.908

Nota (2): De la suma de los montos parciales citados, existe una diferencia de \$40.000, con la cifra demandada por la empresa.

Pues bien, en relación con esta materia, el señor Rafael Marambio Ortiz señaló que luego de las mesas de trabajo "no llegamos a acuerdo en el monto y la empresa demandó".

Agregó, que el día anterior a la presentación de la demanda, recibió una llamada del abogado reclamante señor Rodrigo Alcaíno Torres quien le informó, por primera vez, que su representada interpondría una demanda en contra del SERVIU RM, situación que personalmente y de inmediato comentó al ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales, al ex Director del servicio y al Gabinete de la Ministra. No obstante, este último, en su declaración menciona que sólo se enteró de dicha demanda con posterioridad a su presentación.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Por su parte, el señor Álvaro Baeza Guíñez, manifestó que “Franz Greve y Rafael Marambio me comentaron informalmente que la empresa demandaría, aproximadamente entre 10 a 15 días antes de que llegase la demanda”.

Requerida la ex Contralora Interna del SERVIU RM, mediante declaración prestada ante este Organismo de Control, con fecha 21 de abril de 2011, en orden a que aportase los antecedentes de que tuviese conocimiento referidos a la precitada demanda, expresó que “en febrero yo le escuché a Rafael Marambio que había acordado con la empresa que nos demandaran para poder acelerar este tema”. Agregó, que tal persona reiteró que “era necesario para apurar el tema”.

Además, expuso que “en el momento en que Rafael Marambio señaló que la demanda estaba acordada con la empresa, con el objeto de dar rapidez a la solución, estábamos presentes el Director del SERVIU RM, la Subdirectora de Finanzas y yo. La reacción del Director fue de una mera sorpresa, pero no le dio ninguna importancia, sin hacer mayor comentario del tema”.

Lo anterior, concuerda con lo analizado en el punto N° 3, de este acápite V, relacionado con las “Mesas de Trabajo”, en el cual queda en evidencia la manifiesta voluntad de ciertos funcionarios del SERVIU RM para evadir el control de legalidad de este Ente Fiscalizador. En este contexto, no resultaba factible a dicho propósito realizar una transacción, ni dictar una resolución aprobatoria de mayores gastos generales, pues ambas debían ser sometidas a dicho control, de tal manera que al celebrar una transacción vinculándola a un proceso judicial, se lograría tal finalidad conforme a las prácticas administrativas de dicho servicio y ministerio.

En efecto, del análisis de los citados antecedentes se advierte la existencia de un ardid, toda vez que, algunos funcionarios del servicio y del ministerio, por una parte, realizaron actuaciones destinadas a omitir el control de legalidad de esta Contraloría General, a sabiendas de que en virtud de los criterios jurisprudenciales de este Organismo sus acuerdos con la empresa serían objetados. Por otra, a través de tales actuaciones se buscaba además que el financiamiento para tales pagos se obtuviera mediante su imputación al subtítulo 26 del clasificador presupuestario, aprobado mediante decreto N° 854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, el cual tiene la particularidad, de acuerdo al artículo 28 N° 1 del decreto ley N° 1.263, de 1975, de constituir un ítem excedible en lo que se refiere a la imputación del cumplimiento de las resoluciones judiciales, las que deben cumplirse sin más trámite, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República.

7. TRANSACCIÓN ACORDADA ENTRE EL SERVIU RM Y EL CONSORCIO KODAMA LTDA.

a) Antecedentes generales

De acuerdo a lo ya mencionado precedentemente, el día 25 de enero del presente año, la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, señora Magdalena Matte Lecaros, firmó el decreto exento



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante el cual autorizó al SERVIU RM para transigir judicialmente con el Consorcio Kodama Ltda., en los términos de que da cuenta la propuesta de bases de transacción singularizada en el oficio Ord. N° 53, de 2011, del SERVIU RM, en el cual:

- SERVIU RM reconoce adeudar al contratista la cantidad de 774.765 unidades de fomento, por concepto de mayores gastos generales, equivalentes a la data del precitado decreto \$ 16.636.412.630.

- Consorcio Kodama Ltda. se desiste de la acción de reclamo del monto de indemnización por el lote 7-B de calle Pedro Aguirre Cerda, interpuesta en contra del mismo servicio, ante al 11° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 40.418-2009; por un monto de \$ 98.029.815.

- La empresa en comento se obliga a transferir el dominio de los inmuebles ubicados en camino a Melipilla N° 7.286, comuna de Cerrillos, y en calle Pedro Aguirre Cerda N° 3.786, comuna de Estación Central, cuyos valores estimados entre las partes ascendieron a \$ 51.572.665 y a \$ 30.000.000, respectivamente.

El mismo día, ante la Notario Público de la Cuadragésima Segunda Notaría de Santiago, señora María Gloria Acharán Toledo, se suscribió la citada transacción, en los términos señalados, a efectos de poner término al litigio.

En la cláusula octava de tal instrumento público se alude a la autorización ministerial referida.

Asimismo, al día siguiente, esto es, el 26 de enero de 2011, se aprobó la transacción denunciada mediante resolución judicial, dejándose expresa constancia de que dicha aprobación es "en todo aquello que no fuere contraria a derecho."

Consultado al respecto, el señor Rafael Marambio Ortíz expresó que "del análisis que realizamos a los antecedentes establecimos que el juicio lo perderíamos y que podíamos ser condenados a una cantidad de dinero importante, por eso el SERVIU RM, en conjunto con el Ministerio, adoptó la decisión de transigir".

En este sentido, y en cuanto a cómo se gestó la idea de la transacción, el señor Marambio Ortíz indicó que "me llama el abogado de Kodama después de la demanda, me plantea una reunión y la idea de llegar a un acuerdo. Le señalo que sí. Me reuní con este abogado el día 6 de enero...". Conforme a lo declarado, dicha reunión se efectuó en oficinas de Kodama. En su relato, el señor Marambio Ortíz agregó que el abogado de la firma le planteó que el monto a acordar era el indicado en el informe del DICTUC, esto es, \$ 17.313.439.903, ante lo cual expone que "le indico que no, y que podría existir una base máxima para transigir de \$ 14.000.000.000. Me señala que en esa cifra no hay ninguna posibilidad. Luego me llama en la tarde y manifiesta que están de acuerdo en transigir en \$ 16.500.000.000".

Agregó el señor Marambio Ortíz, que le respondió al abogado de la firma que plantearía la información y vería qué le



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

decían. Además, indica que lo comentó a Franz Greve Vergara, y que juntos acudieron a conversar con el Director del SERVIU RM, informando, además, al Gabinete de la Ministra.

Añadió, que tanto el Director del SERVIU RM, como el señor Álvaro Baeza Guiñez, le indicaron que la cifra era bastante razonable para transigir, atendido el monto demandado y el estimado por el SERVIU RM.

Asimismo, expresó que “Álvaro Baeza me indica que sería conveniente y prudente no transigir inmediatamente sino que hacerlo en la etapa de conciliación”.

En el mismo sentido, la señora Carolina Arrau Guzmán, abogado, ex asesora legislativa del Gabinete del Ministerio, mediante declaración prestada ante este Organismo de Control con fecha 29 de abril del año en curso, manifestó que el señor Álvaro Baeza Guiñez habría señalado que “se da la instancia judicial perfecta, que era la etapa de conciliación. Me indicó que era de enorme beneficio fiscal”. Agregó, que “para él era un éxito de negociación, estaba feliz”.

Es importante reiterar en este punto, la ya señalada declaración del entonces Director del SERVIU RM, quien revela que para la aprobación de la transacción consideró sólo las exposiciones verbales de sus asesores, y no requirió informes escritos técnicos, financieros ni jurídicos.

Expone el precitado ex funcionario, que sus asesores le presentaron la propuesta y le señalaron que les parecía razonable el monto.

Finalmente, agregó que “frente a la exposición de ellos y el informe del DICTUC, tomé la decisión. Son ellos los que me asesoraron sobre el tema, y más que nada, es Rafael Marambio el que me asesora en los temas jurídicos”. Agregó que “considero que la suma total de la transacción tiene un sentido razonable, versus el monto de la demanda, los antecedentes tenidos a la vista y lo que mis asesores me recomendaron”.

b) Transacción y multa relativa a contrato de obras distinto

Sobre la materia, es útil anotar, que la ex Contralora Interna del SERVIU RM manifestó que, tanto Franz Greve Vergara como Jacqueline Encina Simón le habían comentado que Rafael Marambio Ortíz señaló la cifra por la cual había que transar, “sobre este monto fue que en marzo se confeccionó el informe, me consta que no existía ningún respaldo técnico que avalara esa cantidad”. Añadió que “el monto no obedece a ningún análisis técnico, sino que conforme me lo señaló Franz Greve y Jacqueline Encina, Rafael Marambio dio la cifra por la cual se debía transar”.

Además expuso, que “según manifestó Rafael Marambio, cuando recién nos enteramos de este tema en el mes de febrero, existía una multa que se debía cursar a Kodama por el contrato del corredor Santa Rosa, que estaba aplicada a la empresa, y por lo tanto debía pagarla, de alrededor de \$ 2.700.000.000, pero que este monto estaba incluido dentro de la cifra sobre la



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

cual se había transado. En esa oportunidad estaba presente además, el Director del SERVIU RM y la Subdirectora de Finanzas”.

Agregó que “el día lunes 7 de febrero le pregunté a Álvaro Baeza si le había comentado a la Ministra que la multa por el corredor de Santa Rosa estaba considerada en el monto transado, ante lo cual me respondió que no se lo había dicho, le insistí en que se lo comentara pues tendría que saberlo”. “Lo anterior me confirmó que la Ministra no sabía detalles de este tema”.

Lo precedentemente expuesto concuerda con lo expresado por el señor Andrés Iacobelli del Río, Subsecretario de Vivienda y Urbanismo, quien manifestó en su declaración de fecha 15 de abril de 2011, que “en algún momento Franz Greve me indica que el informe da cuenta de \$14.000.000.000 y que le sumó \$ 2.500.000.000 por una multa que tendrían que cobrarle a Kodama por otro contrato. El argumento era que le habían incorporado esa cantidad de dinero porque en otro contrato debíamos cobrarle la multa, pero que esta multa no se justificaba y por eso se la iban a agregar a este monto, para que recibiese esa cantidad de dinero la empresa. Esto me lo comentó a mediados de febrero...”.

Además, corresponde agregar, que según lo manifestado por la ex Contralora Interna del SERVIU RM, todo lo que firmaba el Director del servicio era visado por ella, sin embargo, sobre el tema Kodama no tuvo participación alguna. Añadió, que “me sorprendió que me eludieran pues todos los documentos emitidos por el servicio con la firma del Director eran revisados por mí, y cualquier tema que fuese importante y requiriera estudio, análisis u opinión, también me lo derivaba. El oficio de base de propuesta de transacción no fue revisado por mí, ni me fue solicitado opinar al respecto”.

En cuanto a los argumentos que le expuso el entonces Director del SERVIU RM para no hacerla partícipe del proceso previo a la transacción expresó que ese Director le indicó que “este tema requería de un tratamiento muy privado y que por tanto solo estaban en conocimiento de esto él, Álvaro Baeza, Rafael Marambio, Franz Greve y Ananías González”.

Por su parte, la señora Jacqueline Encina Simón, en su declaración prestada ante esta Entidad, con fecha 20 de abril de 2011, expresó en relación con la multa relativa al contrato del Corredor Santa Rosa, que “escuché a Rafael Marambio comentar en mi oficina que esta multa estaba incluida en la negociación en curso por el corredor PAC”.

La señora Encina Simón manifestó tener conocimiento de que el señor Rafael Marambio Ortiz señaló que don Álvaro Baeza Guiñez solicitó postergar el cobro de la referida multa, en espera de lo que aconteciera con el juicio del corredor PAC.

Sobre la materia, se constató que, el convenio denominado “Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Santa Rosa Sur entre Avenida Américo Vespucio-Eyzaguirre, comunas de San Ramón, La Granja, La Pintana y Puente Alto, de la Región Metropolitana”, fue contratado con la empresa “Kodama Construcciones Limitada”, RUT 77.192.210-4, persona jurídica distinta de aquella a que se refiere la transacción en análisis y tenía como fecha de



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

término el día 2 de abril de 2010. No obstante, el término real de las obras se llevó a cabo recién el día 27 de julio de ese mismo año, según establece el Acta de Recepción de Obras de Pavimentación, de fecha 6 de agosto del citado año, que indica que las obras se terminaron con 116 días corridos de atraso, por ende, fuera del plazo contractual.

Consultado al respecto, el señor Esteban Escorza Bravo, Director de Obras del contrato "Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Santa Rosa Sur entre Avenida Américo Vespuccio-Eyzaguirre", manifestó que a la fecha no ha sido cobrada multa alguna por el retraso señalado, y adjuntó un cálculo referido a dicho concepto, cuya estimación asciende a la cantidad de \$2.422.736.328.

Es menester señalar, que la incorporación de la multa individualizada en la transacción en comento, de ser efectiva, resulta del todo improcedente, toda vez que no fue incorporada en las concesiones recíprocas que mutuamente se efectuaron, a lo que se añade que el referido monto no guarda relación con las obligaciones del contrato que habrían motivado esta operación, y además, porque se trataría de obras y personas jurídicas diversas.

El solo indicio de que esta multa estuviese incluida en la negociación por el Corredor PAC constituye el reflejo de un principio de condonación de la misma, a lo que se agrega que el SERVIU RM no ha encaminado, hasta esta fecha, acciones tendientes al cobro de la misma. Ello, en circunstancias de que esta materia, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, requiere de un texto legal expreso que autorice a determinada autoridad para remitir deudas, lo que en la especie no acontece, ya que no existe norma legal habilitante en tal sentido (aplica criterio contenido en el dictamen N° 30.585, de 2004).

c) Transacción, motivación y rapidez

En otro orden, resulta útil dar cuenta que la transacción en análisis se formalizó 41 días después de la presentación de la demanda.

Respecto de ello, cabe consignar que de conformidad con los antecedentes recopilados durante la investigación, no se divisa la motivación que dé cuenta de la premura que tuvo la autoridad para poner término al litigio a través del medio empleado, considerando el breve tiempo que medió entre la interposición de la demanda, la emisión del aludido decreto exento N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y la suscripción del contrato de transacción.

Asimismo, resulta pertinente anotar que un contrato de transacción puede celebrarse en cualquier momento, en tanto el juicio en que incide se encuentre pendiente, sin que sea necesaria su aprobación judicial, excepto en los casos previstos por la ley, de tal modo que la premura del actuar de las personas ya indicadas no resulta explicable, salvo que con ello se pretendiese materializar a la brevedad la elusión del control de legalidad de esta Entidad Fiscalizadora y el acceso a la excedibilidad presupuestaria del Subtítulo 26 ya manifestada, de acuerdo a las condiciones de pronto pago estipuladas en el



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

contrato en análisis, cuales eran pagar "dentro de los 15 días después que la presente transacción sea proveída favorablemente por el Décimo Juzgado Civil de Santiago" (cláusula tercera, uno).

d) Transacción y Convenio Mandato

Por otra parte, cumple manifestar que en la situación en examen el SERVIU RM celebró el contrato de obras en ejecución del convenio mandato por el que la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas le encargó las obras viales del Corredor PAC, por lo que dicho SERVIU RM debió dar cumplimiento tanto a las disposiciones generales relativas al contrato de mandato que fueren aplicables, como a las disposiciones específicas que regulan la materia, entre otras, el artículo 16 de la ley 18.091, antes citado.

En este sentido, ha debido tener a la vista que, acorde con lo dispuesto en el artículo 2.116 del Código Civil, el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. También, que el inciso primero del artículo 2.448, del mismo Código, previene que todo mandatario necesitará de poder especial para transigir.

Asimismo, que en las estipulaciones contractuales que las partes acordaron en el convenio de que se trata, no consta que el mandante -Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas (MOP)- haya facultado al mandatario -SERVIU RM-, para celebrar contratos de transacción en los términos exigidos por la disposición legal transcrita.

Desde otra perspectiva, se debe consignar que de acuerdo al principio de coordinación, consagrado en el inciso segundo del artículo 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los Órganos que la integran deben cumplir sus cometidos de manera coordinada y propender a la unidad de acción, sin que conste que el aludido mandatario haya informado al comitente, de la interposición de la demanda por eventuales incumplimientos en que habría incurrido en la gestión del encargo que le fue conferido, ni de la transacción que celebró a fin de poner término al litigio pendiente con el Consorcio Kodama Ltda., a diferencia de lo acontecido respecto de todas las modificaciones efectuadas al contrato de obras, las cuales fueron validadas y financiadas por el mandante, la Dirección de Vialidad.

En consecuencia, en virtud de las disposiciones y principios precitados, resultaba indispensable que el SERVIU RM informara a la Dirección de Vialidad en su calidad de mandante, de todas aquellas cuestiones relevantes relativas al contrato de que se trata, lo que en este caso no aconteció, toda vez que no le comunicó las reclamaciones del Consorcio Kodama Ltda., las tratativas que realizó al efecto, el hecho de haberse interpuesto una demanda en su contra a raíz de este contrato, ni menos aún, le requirió habilitación para celebrar la transacción que se analiza, máxime cuando los efectos presupuestarios de las obligaciones convenidas podrían reflejarse en las finanzas del Ministerio de Obras Públicas. Lo recién expuesto fue siempre claro para el SERVIU RM ya que, como se ha dicho, en todas las resoluciones modificatorias del contrato de que se trata, ese servicio dejó expresa constancia de que los gastos que demandase el cumplimiento de aquellas no afectaban su presupuesto "por ser



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

de cargo de la Dirección Nacional de Vialidad del MOP”.

Finalmente, corresponde dejar constancia que mediante Ord. N° 102 de 11 de febrero de 2011, emitido por el Jefe de la División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional, señor Eduardo Contreras Darvas, dirigido a la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, se arribó a las mismas consideraciones y conclusiones antes expuestas, y contenidas, entre otros, en los dictámenes N°s 39.173, 53.593, 64.360, 61.881 y 61.520, todos de 2009, de esta Entidad de Fiscalización, aplicables en la especie.

8. ACCIONES PREVIAS A LA FIRMA DEL DECRETO EXENTO N° 8, DE 2011, DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO

En relación a esta materia, la señora Mirna Jugovic Mateljan, Jefa de la División Jurídica del MINVU, manifestó mediante declaración prestada ante este Organismo de Control, con fecha 21 de marzo de 2011, que en la mañana del día 25 de enero, recibió un llamado telefónico del señor Rafael Marambio Ortiz, preguntando si el señor Baeza Guíñez había conversado con ella ese tema -refiriéndose a la emisión del aludido decreto exento N° 8, de 2011-, pero como no tenía antecedentes le respondió que vería esa materia.

Agregó, que en un segundo llamado se le indicó que necesitaban el decreto urgentemente, por lo cual se comunicó con el señor Ananías González Álvarez, Jefe del Departamento Judicial del SERVIU RM -quien representó al servicio en la defensa del juicio- y le solicitó más antecedentes, pero conforme a la insistencia de que dicho decreto era de extrema urgencia para poder realizar la transacción en el comparendo de conciliación, que estaba fijado para el día siguiente, preparó y visó el decreto que facultaba al SERVIU RM para realizar la transacción.

Consta que la señora Jugovic Mateljan, ante la solicitud de la Subdirección Jurídica del SERVIU RM, remitió mediante correo electrónico, el día 25 de enero del presente año, un archivo con el texto del decreto que autorizaba la transacción con el Consorcio Kodama Ltda., a fin de que ese servicio avanzase en la preparación de la escritura respectiva, indicándole que debían esperar la total tramitación del mismo.

Por su parte, la señora Miriam Flores Aguilera, abogado de la División Jurídica del MINVU, indicó haber recibido el decreto para su análisis el día 24 de enero y que, al día siguiente, se le requirió tenerlo listo a las 11 de la mañana, pues la entonces Ministra se iría de viaje, por lo que debió trabajar con una velocidad extrema. Agregó que no se realizó ningún estudio al Ord. N° 53, de 2011, del SERVIU RM, que solicitaba la autorización para transigir, y que las transacciones no suelen venir acompañadas de antecedentes, sino que sólo se recibe el oficio del Director del SERVIU RM con la propuesta de bases de transacción en un solo documento, pero que los montos nunca son tan altos.

En tanto, el señor Guillermo Rolando Vicente, Subsecretario de Vivienda y Urbanismo subrogante al momento de la firma



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

del citado decreto exento N° 8, de 2011, manifestó en declaración prestada ante este Organismo de Control, con fecha 21 de marzo pasado, que al consultarle sobre la materia, la señora Carolina Arrau Guzmán, entonces abogada del Gabinete Ministerial, le señaló por una parte, que “se trata de una muy buena oportunidad para el Ministerio”, considerando que la demanda era del orden de \$41.000.000.000, y que se estaba llegando a un acuerdo de \$16.000.000.000, transmitiéndole la urgencia, “pues de no firmarlo a la brevedad se podría caer el acuerdo”.

Asimismo, la señora Paola Dinamarca Moreno, secretaria de asesores legislativos del MINVU, indicó que el día anterior a la firma del decreto, “Rafael Marambio me insistía mucho con la urgencia, hablé con él como tres o cuatro veces”.

En el mismo sentido, la señora Carolina Arrau Guzmán en declaración prestada ante esta Entidad, con fecha 29 de abril de 2011, manifestó que a “Mirna Jugovic la llamé una vez para indicarle que la Ministra se iba a las 15:00 hrs. porque estaban apurando, llamó a Paola Dinamarca Alvaro Baeza desde EEUU y Rafael Marambio, Mirna me indicó que estaba muy molesta porque la habían llamado muchas personas para apurarla por el decreto, la secretaria de la Ministra, Rafael Marambio...”.

A su turno, el señor Marambio Ortíz negó haber realizado reiterados llamados telefónicos, indicando haber efectuado sólo uno a la secretaria del señor Álvaro Baeza Guiñez, para consultar si el documento que autorizaba a transigir, estaba firmado, quien le habría señalado que el asesor se encontraba en Estados Unidos y que el documento lo remitiría apenas estuviese listo.

Por su parte, cabe manifestar que, en relación con la notable urgencia en la firma del aludido decreto exento N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la ex Contralora Interna del SERVIU RM señaló que “según supe a través de Rafael Marambio, el apuro se debía a la proximidad al feriado judicial. Había que presentarlo en el tribunal de manera que tuviese carácter de judicial y así acceder a los fondos del subtítulo 26”.

Corresponde reiterar, que del análisis de los antecedentes se advierte que ciertos funcionarios del SERVIU RM y del MINVU desarrollaron una serie de actuaciones improcedentes, tendientes a evitar el control de legalidad de esta Contraloría General, y a obtener el financiamiento para los pagos de que se trata a través del mencionado subtítulo excedible.

9. ACCIONES POSTERIORES A LA FIRMA DEL DECRETO EXENTO N° 8, DE 2011, DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO

Conforme lo declarara el señor Andrés Iacobelli del Río, en declaración prestada ante este Organismo de Control, con fecha 15 de abril del año en curso, en su calidad de Ministro de Vivienda y Urbanismo subrogante, el día lunes 31 de enero de este año, tomó conocimiento del precitado decreto exento N° 8, de 2011, que autorizaba la transacción. Indicó



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

que el señor Daniel Johnson Rodríguez, Jefe de la División de Finanzas del MINVU, le mostró el acto administrativo y le preguntó si conocía de ese pago porque era un monto muy alto. Añadió que al desconocer el tema, enseguida procedió a realizar diversos llamados telefónicos, entre ellos al ex Director del SERVIU RM, por cuanto no existían antecedentes formales de respaldo de dicho documento.

Agregó, que el citado ex Director del SERVIU RM le señaló que existía un informe del DICTUC, pero que no existían documentos de respaldo.

Acto seguido, el referido Subsecretario expresa que llamó a la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, quien se encontraba de vacaciones, indicándole ésta que ese tema lo había delegado al señor Álvaro Baeza Guíñez.

Luego, el día 2 de febrero de 2011, el Jefe de la División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional del MINVU, señor Eduardo Contreras Darvas, remitió el oficio Ord. N° 0198, del mismo año, requiriendo los precitados antecedentes, haciendo particular hincapié en que "es necesario e indispensable que en el más breve plazo, el SERVIU RM haga llegar a esta división del MINVU, todos los antecedentes, informes, análisis y documentación de índole técnico, jurídico y económico-presupuestarios que sustentan y justifican el acuerdo judicial alcanzado con la empresa Consorcio Construcciones Kodama Ltda., en especial aquellos referentes a la determinación del monto de dinero que el SERVIU reconoció adeudar a dicho contratista".

Enseguida, el día lunes 7 de febrero, se realizó una reunión en la cual el SERVIU RM indicó que no tenían formalmente respaldos pero que existían antecedentes analizados que los tendría el señor Franz Greve Vergara, de vacaciones a esa fecha. En esa reunión, señala ese Subsecretario que la Ministra reiteró la solicitud de dichos antecedentes y ordenó no efectuar pago alguno mientras no se recepcionaran tales documentos.

Más tarde, con fecha 11 de febrero, el citado Jefe de la División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional del MINVU, mediante oficio Ord. N° 102, informó a la Ministra de Vivienda y Urbanismo, acerca de los aspectos principales de este acuerdo, haciendo hincapié en el criterio de la Contraloría General de la República en relación con los convenios mandatos, en cuanto a que el mandatario se obliga a cumplir estrictamente el encargo en los términos fijados por el mandante, lo que entre otros, implica observar el monto máximo comprometido para su financiamiento, establecido por quien formula el encargo, en este caso, la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, por lo que el SERVIU RM no contaba con facultades para transigir a su respecto, máxime considerando que el artículo 2.448 del Código Civil dispone que "Todo mandatario necesitará poder especial para transigir".

En la misma fecha, mediante oficio N° 084, la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo reiteró al SERVIU RM la solicitud de antecedentes, informes, análisis y documentación de índole técnico, jurídico y económico-presupuestario que justificasen y respaldasen la transacción propuesta.

Posteriormente, el día 22 de febrero del



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

mismo año, el señor Andrés Iacobelli del Río, en calidad de Ministro de Vivienda y Urbanismo subrogante, emitió el oficio Ord. N° 111, en el cual indicó al Director del SERVIU RM de la época, que dada la importancia de la materia que se investigaba en el sumario administrativo, ordenado instruir mediante resolución exenta N° 32, del 11 de enero de 2011, del SERVIU RM, con el objeto de determinar las eventuales responsabilidades administrativas respecto de la ejecución de los contratos relativos a los corredores PAC y Santa Rosa, sugirió relevar a la fiscal de ese servicio a cargo del proceso, y propuso designar en su reemplazo a un funcionario del Ministerio para que continuase con dicha tramitación.

Seguidamente, el día 4 de marzo del mismo año, mediante oficio Ord. N° 0187, el Ministerio recibió el informe que preparó el SERVIU RM, el cual incluyó seis archivadores con antecedentes y documentos técnicos, jurídicos y económico-presupuestarios referentes al contrato analizado.

Estos archivadores contenían lo siguiente:

- 1 archivador con un Informe Técnico
- 3 archivadores con documentos complementarios
- 1 archivador con antecedentes judiciales
- 1 archivador con un informe y documentos emitidos por el DICTUC

En forma posterior, atendido que los antecedentes recibidos hasta esa fecha no resultaban suficientes para justificar los montos propuestos por el SERVIU RM, la señora Magdalena Matte Lecaros entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, emitió el día 11 de marzo de 2011, el oficio Ord. N° 150, mediante el cual ordenó no dar curso a cualquier pago derivado de la transacción referida, e instruyó al Jefe de la División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional del MINVU, que realizase con carácter de urgente las gestiones necesarias para contratar una consultora externa especializada en auditoría técnico, contable y financiera, con el objeto de que emitiese en el más breve plazo posible, un informe detallado respecto de los alcances técnicos, contables y financieros del contrato suscrito. Indicó, además, que una vez evacuado dicho informe debía ser visado en sus aspectos jurídicos por la División Jurídica del MINVU.

Finalmente, el día 8 de abril de 2011, la señora Magdalena Matte Lecaros interpuso una denuncia en el Ministerio Público, con el fin de esclarecer los hechos y circunstancias que rodearon la negociación y suscripción del contrato de transacción del SERVIU RM y el Consorcio Kodama Ltda.

10. DE LAS ACTUACIONES DE LOS EX FUNCIONARIOS DEL SERVIU RM QUE SE INDICAN

a) Sobre el ex Director del SERVIU RM

Como ya se ha señalado en el cuerpo de este informe, el ex Director del SERVIU RM, señor Antonio Llopart Cosmelli al adoptar la decisión de celebrar una transacción con el Consorcio Kodama Ltda., no



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

requirió informes escritos técnicos, financieros ni jurídicos, limitándose a solicitar a los entonces Subdirector Jurídico y Subdirector de Pavimentación y Obras Viales que le expusieran verbalmente los antecedentes.

De este modo, emitió el antes citado Ord. N° 53, de 21 de enero de 2011, mediante el cual requirió al Ministerio de Vivienda y Urbanismo la autorización para celebrar la mencionada transacción, el cual, más allá de contener una síntesis de las concesiones que las partes se efectuarían en virtud de ese acuerdo, no acompañaba ningún elemento que lo fundara, situación que se advierte en la suma de dicho documento que consigna que éste no tenía antecedentes.

Además, cabe agregar, en cuanto a la actuación del ex funcionario en comento, que de acuerdo a lo declarado por la ex Contralora Interna del SERVIU RM, fue expresamente relevada por el precitado ex Director de efectuar revisión alguna al proceso que derivó en la transacción que el servicio acordó con la mencionada firma por tratarse, según le señalara éste, de una materia que requería un tratamiento muy privado.

En este sentido, cabe añadir que, con su actuar, el ex Director del SERVIU RM habría impedido que la Contraloría Interna efectuara la revisión de los actos previos a la celebración de la transacción y del oficio Ord. N° 53, de 2011, con lo cual esa unidad no pudo cumplir las funciones que le competen de acuerdo al artículo 43 del decreto supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, debiendo citarse, en lo que interesa, la de asesorar al Director en el control preventivo de los actos y procedimientos administrativos, y la de velar por la observancia y cumplimiento de las disposiciones legales sobre probidad administrativa.

De lo anteriormente expuesto, aparece que las conductas reseñadas pueden involucrar la transgresión de los principios de eficiencia, eficacia, coordinación y transparencia, establecidos en los artículos 3°, 5° y 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, máxime considerando los indudables efectos presupuestarios que para el Estado puede significar el cumplimiento de la transacción analizada, más aún cuando, pese a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley N° 10.336, se releva a la Contralora Interna de su función fiscalizadora.

b) Sobre el ex Subdirector Jurídico del SERVIU RM

Como se expusiera en el punto N° 3, del acápite V, de este informe, aparece que en las mesas de trabajo constituidas durante el mes de noviembre de 2010 con el fin de analizar las reclamaciones del Consorcio Kodama Ltda. y que tenían por objeto establecer un mecanismo a fin de definir la procedencia de mayores gastos generales, se exteriorizó la voluntad en orden a definir el monto del pago de las compensaciones a través de una modalidad que no se encontrase sujeta al control de juridicidad de esta Contraloría General y, que asimismo, no implicase la dictación de un acto administrativo.

Además, de las actas de aquellas mesas de trabajo, se evidencia que se buscaba la forma de pagar las compensaciones requeridas sin aplicar para su cálculo, a cabalidad, el decreto supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Se debe hacer presente que el señor Rafael Marambio Ortíz, en su calidad de Subdirector Jurídico del SERVIU RM, y como participante de las citadas mesas de trabajo, debía ajustarse al artículo 33 del decreto supremo N° 355, de 1976, del MINVU, que establece que a esa Unidad Jurídica le corresponde velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos vigentes que atañen al SERVIU y el jefe de la misma, conforme lo prescribe el artículo 34 del mismo cuerpo legal, debe representar u observar los actos y resoluciones del Director y de los jefes de las Unidades u otras reparticiones del servicio cuando no se ajusten a las leyes, reglamentos o normas vigentes, velando por el resguardo del principio de juridicidad al que deben dar cumplimiento los Órganos de la Administración, sujetándose a la jurisprudencia de este Organismo de Control, conforme al artículo 19 de la citada ley N° 10.336.

También es relevante dar cuenta que el señor Marambio Ortiz reconoció que, en su calidad de Subdirector Jurídico del SERVIU RM, fue citado por el Consorcio Kodama Ltda., el día 6 de enero del año en curso, a una reunión en dependencias de la misma, a la cual sólo él asistió, indicándosele en ésta el monto por el cual el consorcio estaba de acuerdo en transigir. A su vez, el precitado señor Marambio Ortíz, manifestó haber dado a conocer el monto de \$14.000.000.000 estimado por ese servicio, como perjuicio de la empresa.

Consta además, de acuerdo con lo informado por la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional, de la Policía de Investigaciones de Chile, que el mencionado ex Subdirector Jurídico viajó a Argentina, registrando su salida del país, el día 11 de enero del año en curso, y su regreso a éste, el día 13, de idéntico mes y año, mismas fechas de entrada y salida al país registradas por los señores Kenji Kodama Meneses, Rodrigo Alcaíno Torres y Matías Cortés de la Cerda, todos representantes del Consorcio Kodama Ltda., todo ello, en el curso de un proceso de negociación entre el SERVIU RM y la firma precitada.

En cuanto a los hechos señalados, estos pueden importar una transgresión a los artículos 52 y 62 N° 6, inciso segundo, de la aludida ley N° 18.575, que consagran el principio de probidad administrativa que consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular, y que participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, contraviene especialmente el citado principio.

De lo anteriormente expuesto, aparece también que las conductas reseñadas pueden involucrar la transgresión de los principios de eficiencia, eficacia, coordinación y transparencia, establecidos en los artículos 3°, 5° y 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, máxime considerando los indudables efectos presupuestarios que para el Estado puede significar el cumplimiento de la transacción analizada.



**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN**

c) Sobre el ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales del SERVIU RM

En lo que incumbe a la intervención del señor Franz Greve Vergara en el proceso previo a que se produjera la transacción de que se trata, cabe manifestar que, de acuerdo a sus declaraciones prestadas ante este Organismo de Control, con fechas 23 de marzo y 6 de abril, ambas del año en curso, integró las mesas de trabajo que se realizaron en conjunto con el Consorcio Kodama Ltda., a fin de analizar el contrato Corredor PAC.

Además, adujo que junto al ex Subdirector Jurídico propuso un monto para transigir, reconociendo que el documento denominado "Informe Contrato Construcción, Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú", fue elaborado con posterioridad a la emisión del tantas veces aludido decreto exento N° 8, de 2011, del MINVU, y que en la determinación de la cifra que se consigna en aquel documento no se incluyeron solamente los conceptos contenidos en el decreto supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, sino también otros valores reclamados por la firma y, asimismo, derechos que habían sido renunciados por ésta.

Del mismo modo, sostuvo que en la determinación de la referida suma, no se consideró el criterio contenido en el dictamen N° 49.348, de 2010, de esta Contraloría General.

Seguidamente, cabe anotar en relación con la actuación del ex funcionario en comento, que de acuerdo a diversas declaraciones recogidas durante la investigación, en el cálculo efectuado para establecer el monto de la transacción, se habría incorporado una multa que el servicio debía cobrar a otra empresa, por otro contrato de obras, situación cuya improcedencia ha sido observada en este informe.

Ahora bien, tal como se expusiera, la inobservancia del decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, resulta improcedente a la luz del principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y 2° de la citada ley N° 18.575, el cual también habría sido transgredido al no cumplir el servicio con lo dispuesto en el aludido dictamen N° 49.348, de 2010, cuyo criterio le es imperativo.

De lo anteriormente expresado, aparece que las conductas reseñadas pueden involucrar la transgresión de los principios de eficiencia, eficacia y coordinación, establecidos en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, máxime considerando los indudables efectos presupuestarios que para el Estado puede significar el cumplimiento de la transacción analizada.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

11. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO EN LA TRANSACCIÓN EN ANÁLISIS

a) Rol del señor Álvaro Baeza Guíñez, asesor de la Ministra

a.1) Sobre su contratación como Agente Público

Sobre el particular, y de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, consta que el abogado señor Álvaro Patricio Baeza Guíñez, prestó servicios a honorarios como agente público para el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, desde el 1 de julio de 2010 y hasta el 12 de abril de 2011, fecha en la que presentó su renuncia voluntaria.

En efecto, con fecha 1 de julio de 2010, celebró un convenio a honorarios a suma alzada con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el cual fue aprobado mediante resolución exenta N° 6.974, de ese año y, posteriormente, con fecha 3 de enero de 2011, celebró un nuevo contrato de la misma naturaleza, el que fue sancionado por resolución exenta N° 1.927 de igual año, del precitado Ministerio.

Cabe agregar que, conforme lo establece la cláusula tercera de los mencionados acuerdos de voluntades, el señor Baeza Guíñez debía realizar en calidad de agente público para el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en el Gabinete de la Ministra, las siguientes labores:

a) Asesorar y apoyar legal y jurídicamente a la entonces Ministra, en materias asociadas al diseño, ejecución de los proyectos y/o modificaciones implementadas a los distintos procedimientos y mecanismos de postulación y adjudicación de diversos programas de subsidios habitacionales impulsados en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo,

b) Participar en la revisión y análisis de la agenda legislativa, y

c) Asesorar a la Ministra en los temas judiciales en los que el Ministerio tenga interés de cualquier modo.

Por tanto, es menester indicar que acorde con lo dispuesto en la partida 18, glosa 05, de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, de las leyes N°s 20.407 y 20.481, de Presupuestos del Sector Público para los años 2010 y 2011, respectivamente, se podrá contratar a honorarios hasta un máximo de 56 personas para el conjunto de la Subsecretaría y de los SERVIU con el gasto total anual máximo que allí se indica, precisándose que estas personas tendrán la calidad de agentes públicos.

Ahora bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 7.971, de 1993, 22.192, de 1996 y 18.549, de 1997, la calidad de agente público se constituye a raíz de una especial modalidad de contratación a honorarios que, en determinados casos, autoriza el ordenamiento jurídico, y dice relación con la responsabilidad administrativa a que quedan sujetas las personas vinculadas en esa calidad a la Administración del Estado.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

En efecto, conforme a la citada jurisprudencia, los servidores contratados bajo esta modalidad deben ser considerados como funcionarios públicos para todos los fines legales, puesto que lo contrario significaría restringir, sin fundamento alguno, la calidad que en términos amplios se les confiere a través de la glosa individualizada.

Acorde a lo señalado, se debe resaltar entonces, que las personas contratadas en esta especial calidad, a diferencia de los servidores a honorarios, están sujetos a responsabilidad administrativa.

Por último, cabe puntualizar que el MINVU, en lo sucesivo, deberá tener presente que para las contrataciones de agentes públicos, debe existir la debida concordancia entre las funciones pactadas en los contratos y la normativa que le resulte aplicable.

a.2) Sobre la participación del señor Álvaro Baeza Guiñez en el proceso de negociación con el Consorcio Kodama Ltda.

En lo que atañe a su intervención en el proceso de negociación previo a que se produjera el acuerdo transaccional entre el SERVIU RM y el Consorcio Kodama Ltda., el señor Baeza Guiñez con fecha 13 de abril, expuso a esta Entidad Fiscalizadora, que se limitó a asistir a la segunda reunión solicitada por la empresa, de breve duración, momento a partir del cual, según señala, entregó la resolución del asunto al SERVIU RM sin requerir mayores antecedentes al respecto.

Asimismo, indicó que “mi asesoría consistió en informar a la Ministra de lo que el SERVIU informó verbal e informalmente. En general mi rol es asesorar a la Ministra...”.

Consultado acerca de cuándo y cómo habría conocido el monto calculado por el SERVIU RM de \$14.000.000.000, como eventual perjuicio de la empresa, señaló que “ellos me comentan que tenían un punto de encuentro de \$14.000.000.000 y \$4.000.000.000, por dos litigios”.

En este sentido, cabe hacer presente, que tanto el señor Rafael Marambio Ortiz como el señor Franz Greve Vergara, manifestaron haber comunicado, en su oportunidad, al señor Baeza, entre otros aspectos relacionados con este proceso, el monto calculado por el SERVIU y la cantidad correspondiente a la transacción.

Por su parte, la señora Jacqueline Encina Simón, en declaraciones prestadas ante esta Entidad, los días 4 y 20 de abril del año en curso, expuso que la idea de desestimar el decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, por parte del ex Director de ese servicio, en el cálculo del monto, obedeció a que se tenía la instrucción desde el MINVU de que el tema de la reclamación del Consorcio Kodama Ltda. fuese analizado de manera amplia, pues había que pagarle lo justo a la empresa, por lo que la interpretación debía basarse en los principios generales del derecho. Agregó, que esto fue tratado en una reunión de fecha 10 de noviembre de 2010, antes del inicio de las mesas de trabajo tratadas en el punto 3) de este acápite, a la que asistieron los señores Rafael Marambio Ortiz, Franz Greve Vergara, Rodrigo Urquiaga Poppenberg y ella.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Además, la señora Encina Simón quiso aclarar que, “durante todo momento en el cálculo del monto de los 14 mil millones, Franz Greve fue presionado por Rafael Marambio y Álvaro Baeza...”.

A su vez, la señora Sandra Fuentes Melo, Subdirectora de Administración y Finanzas del SERVIU RM, en declaración prestada ante esta Entidad de Control, con fecha 20 de abril de 2011, expresó que en una reunión efectuada el 7 de febrero, en dependencias del Ministerio, a la cual concurren la entonces Ministra, el Subsecretario, don Álvaro Baeza Guíñez, don Eduardo Contreras y don Daniel Johnson, todos en representación de esa Cartera de Estado, don Rafael Marambio, la señora Soledad Ramírez y ella, a nombre del SERVIU RM, en la cual el MINVU pidió antecedentes respecto de la transacción en análisis, el precitado señor Marambio Ortiz expuso que don Álvaro Baeza, funcionario designado por la Ministra para el tema en cuestión, conocía de todos los datos.

La señora Fuentes Melo agregó, que le había preguntado al ex Director del SERVIU acerca de los motivos por los cuales no se le había consultado sobre el tema a esa Subdirección de Finanzas, y que éste le señaló al respecto, que “Álvaro Baeza, que siempre fue considerado como la persona que hablaba en nombre de la Ministra, había indicado que sólo se manejara este tema entre pocas personas, sin considerar otras áreas”.

Asimismo expuso dicha funcionaria, que “ahora último Rafael Marambio me comentó, que Álvaro Baeza presionaba mucho para que apurara esta transacción, incluso se refería a él como dios, cuando tenían reuniones, el señalaba tengo reunión con dios”.

A su vez, la señora Carolina Arrau Guzmán, expresó que la ex Ministra le encargó al señor Álvaro Baeza Guíñez que buscara una solución para resolver el reclamo del Consorcio Kodama Ltda., y que a raíz de ello, éste generó mesas de trabajo con el fin de analizar dicho reclamo, agregando que el señor Rafael Marambio Ortiz le informaba a éste, respecto de los avances de dichas reuniones.

Por su parte, la señora Madgalena Matte Lecaros, entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, en declaración prestada ante esta Entidad, con fecha 18 de abril de 2011, manifestó que el día 13 de octubre de 2010, ante un requerimiento del Consorcio Kodama Ltda., convocó a una reunión a la cual no pudo asistir, encomendándole concurrir, en su representación, al señor Álvaro Baeza Guíñez. Agregó, que le instruyó que monitoreara el tema.

En cuanto a la información recibida de su asesor, respecto del asunto relativo al Consorcio Kodama Ltda., manifestó que “no recuerdo que me haya comentado nada. Si recuerdo que en algún momento Álvaro Baeza me comentó que había estado con los señores Kodama y que estaban complicados financieramente, que tenían muchos problemas bancarios”.

Agregó, que no tuvo conocimiento de algún informe que hubiese emitido el SERVIU RM sobre la materia, del monto calculado por el servicio, ni del informe presentado por el DICTUC, y que sólo días antes a la firma del ya citado decreto exento N° 8, de 2011, del MINVU, el señor Álvaro Baeza Guíñez le comentó que se estaba cerrando una negociación con el Consorcio



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Kodama Ltda., en virtud de la cual se pagaría un tercio de lo que la firma había demandado, por lo cual era una buena negociación.

Requerida sobre qué reportes de información le habría entregado el citado asesor durante el proceso, señaló que “siempre supe que estaban en conversaciones, me comentó en una oportunidad, como ya señalé, que la empresa tenía muchos problemas económicos. Él consideraba que habían daños y que correspondía pagarle a la empresa, que la empresa estaba en una situación muy complicada”. Añadió, que “entiendo que ubicaba al abogado Darío Calderón y sé que conocía a Matías Cortés.”.

Reiteró la señora Matte Lecaros, que al momento de la transacción, desconocía los cálculos efectuados por el SERVIU, y que sólo tuvo a la vista, al momento de autorizarla, el precitado decreto exento N° 8, de 2011, con las respectivas firmas, aclarando que no solicitó respaldos, por cuanto, en forma posterior a su firma, los documentos ingresan al Departamento de Finanzas, Unidad que requiere los respaldos correspondientes.

Añadió que “si hubiese conocido el monto estimado por el SERVIU de \$14.000.000.000 no me hubiese parecido una buena transacción”.

En dicho contexto, considerando las funciones establecidas en los convenios suscritos por el señor Baeza Guiñez, en los hechos, sus actuaciones, en calidad de agente público pueden importar un incumplimiento a su labor de asesor de la máxima autoridad del servicio en los temas judiciales en que el Ministerio tuviere interés de cualquier modo.

Además, las declaraciones de las personas precitadas dejan en evidencia que el señor Álvaro Baeza Guiñez, en todo momento estuvo en conocimiento de los detalles del proceso negociador y que habría instruido en orden a tener un criterio amplio o diverso en esta negociación. No obstante, no ilustró a la entonces Ministra acerca de aspectos relevantes relacionados con la materia, como eran el monto calculado por el SERVIU RM y el valor determinado por el DICTUC.

Es también pertinente dejar constancia que en sus propias declaraciones indica que desconoce el contenido del decreto supremo N° 236, de 2002, del MINVU, cuerpo normativo esencial para la fijación del eventual perjuicio para la empresa y que no podía ignorar, en su calidad de asesor especializado de la Ministra de Vivienda y Urbanismo.

Siendo ello así, y considerando la calidad en la cual fue contratado ese asesor, no está exento de la posibilidad de que se determine la responsabilidad que le puede corresponder en los hechos analizados, toda vez que, como se dijo, dicha especial modalidad de contratación permite perseguir la responsabilidad administrativa a que quedan sujetas las personas vinculadas en esa calidad a la Administración del Estado.

b) De las actuaciones de la División Jurídica del MINVU

Sobre el particular, es menester indicar, que de acuerdo al artículo 17 del decreto ley N° 1.305, de 1976, que Reestructura y



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a la División Jurídica del citado Ministerio le corresponde, entre otros aspectos, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, así como también, asesorar, informar y pronunciarse sobre los asuntos legales que le encomiende el Ministro o el Subsecretario y absolver las consultas que le formulen los Secretarios Regionales Ministeriales y los Jefes de División del Ministerio.

Precisado lo anterior, cabe indicar, que el decreto exento N° 8, de 25 de enero de 2011, de esa Cartera de Estado, por el cual se autorizó al SERVIU RM para celebrar la transacción en las condiciones que indica con el Consorcio Kodama Ltda., cuenta con las respectivas visaciones de las señoras Mirna Jugovic Mateljan, Jefa de la División Jurídica; Carolina Arrau Guzmán, ex asesora legislativa del Gabinete y del señor Guillermo Rolando Vicente, Subsecretario Subrogante a esa fecha, todos del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Al respecto, la señora Jugovic Mateljan expuso que ella preparó y visó el precitado documento, pero que esa División no contó con algún antecedente asociado al mismo.

Por su parte, la señora Miriam Flores Aguilera, abogada de la División Jurídica del MINVU, señaló que su jefatura le entregó el oficio Ord. N° 53, de 21 de enero de 2011, mediante el cual el ex Director del SERVIU RM solicitó autorización para transigir, en el contexto de identificar errores de transcripción y evaluar si se cumplían todas las bases generales para una transacción. Agregó que se presionó para la firma del precitado decreto, el cual fue solicitado de un momento a otro, por lo cual esa División Jurídica presumió buena fe, expresando que era el SERVIU RM quien debía velar por su patrimonio.

Además, manifestó que solicitó información respecto de las iniciales FGV que no conocía, las que correspondían al señor Franz Greve Vergara.

Asimismo indica, que su participación se limitó a ver que se cumplieran los supuestos para una transacción, que hubieran prestaciones recíprocas, que se pusiera término definitivo al juicio y que a su vez el SERVIU RM resultara compensado con otras prestaciones, y que lo fundamental, fue que el monto de lo demandado ascendía aproximadamente a \$41.000.000.000, y se transaba en \$16.000.000.000.

Agregó, que no tienen acceso a saber como se determinaron las cifras, y que, en general, las bases de transacción no llegan a esa División con antecedentes de respaldo, recibándose sólo el oficio del Director del SERVIU RM con la propuesta de bases de transacción.

Sobre la materia, al ser consultada la señora Carolina Arrau Guzmán precisó que "llamo a Mirna Jugovic para que me cuente de qué se trata, le pregunto si habían precedentes en el Ministerio de que se hubiese pagado anteriormente por este monto, ante lo cual me indicó que sí y que era incuestionable el mérito de la transacción por cuanto el beneficio fiscal era evidente considerando el monto demandado y el convenido". Frente a la pregunta respecto de si consideraba antecedente suficiente el Ord. N° 53, de 2011, del SERVIU RM, para que la Ministra firmara el decreto exento N° 8, del mismo año,



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

responde que "para mí fue suficiente la opinión jurídica de Mirna Jugovic".

Por su parte, la ex Ministra expuso que para la firma del ya citado decreto exento sólo tuvo a la vista ese documento, con las respectivas firmas, y que era habitual que ese tipo de autorizaciones llegasen sin adjuntar los respaldos necesarios. Agregó, que no existían procedimientos formales sobre esta materia, y que en la práctica, luego de su firma, el documento seguía su tramitación en el Departamento de Finanzas.

Ahora bien, en principio, atendido que de conformidad con el artículo 70 de la ley N° 16.391, para que los Servicios de Vivienda y Urbanización puedan, en los casos en que resulte procedente, celebrar contratos de transacción, o transigir en los juicios en que fueren parte, se requiere la previa aprobación por decreto supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, es dable concluir que el acto administrativo en virtud del cual esa Cartera de Estado autoriza a los SERVIU, constituye una actuación indispensable para su validez y, en tal medida, importa el ejercicio de un deber de control que el ordenamiento jurídico ha previsto como una expresión de supervigilancia, todo ello sin perjuicio de los demás actos necesarios para transigir, cuando esa Entidad actúa en calidad de mandatario, como aconteció en la especie.

En tal orden de ideas, es menester concluir, que no resulta admisible lo sostenido por los funcionarios antes aludidos de la División Jurídica del MINVU, en orden a que el control efectuado por esa unidad se circunscribió a verificar que formalmente el acto no contuviera errores, atendido que la aprobación previa emanada de esa autoridad -el respectivo Ministro de Vivienda y Urbanismo- integra la voluntad administrativa y, por tanto, procedía que esa unidad requiriera todos los documentos fundantes y luego efectuara un acabado examen de los antecedentes que motivaban la solicitud, a fin de acceder a ésta.

Finalmente, es menester consignar que un control exhaustivo de este acuerdo resultaba más relevante aún, si se considera la circunstancia de que, según la propia documentación proporcionada por ese Ministerio a requerimiento de esta Entidad de Control, desde el año 2008 y hasta la fecha, esa Cartera sólo había suscrito 23 contratos de transacción con el objeto de poner término a un litigio pendiente, cuyos montos promedios son del orden de las 16.500 unidades de fomento (al día de hoy equivalentes a \$ 359.236.845), siendo por la suma de 27.930 unidades de fomento (al día de hoy equivalentes a \$ 608.090.004), la que implicó un mayor gasto, de modo que frente a la particularidad de este caso y ante lo elevado del monto, 774.765 unidades de fomento (equivalentes al día de la transacción a \$ 16.636.412.630), que excede con creces el total de los montos transados de esta forma en el período indicado, lo que correspondía era una mayor acuciosidad en el cumplimiento de la labor de control que el ordenamiento jurídico encarga a ese Ministerio en esta materia.

c) De la actuación de la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo, señora Madgalena Matte Lecaros

Como ya ha sido señalado, con fecha 25 de enero del año en curso, la entonces Ministra, firmó el decreto exento N° 8, mediante el cual autorizó al SERVIU RM para transigir con el Consorcio Kodama Ltda., por la suma de \$ 16.636.412.630.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

Requerida la señora Matte Lecaros sobre esta situación, manifestó, mediante declaración prestada ante esta Entidad, con fecha 18 de abril de 2011, que le solicitó al señor Álvaro Baeza Guíñez que monitoreara este tema, no obstante, indicó que ni este asesor ni el ex Director del SERVIU RM le comentaron aspecto alguno sobre la materia. Agregó desconocer tanto el estudio posterior elaborado por ese servicio, en el cual se determinó como perjuicio económico del consorcio la suma de \$ 14.096.984.927, como el estudio previo emitido por el DICTUC.

Asimismo, indicó que con anterioridad a firmar este tipo de transacciones exige la totalidad de las visaciones, a saber, de la Jefa de la División Jurídica, del Subsecretario y de la abogada del gabinete, que en esa oportunidad fue la señora Carolina Arrau Guzmán.

Expuso también, que estuvo de acuerdo con firmar el precitado decreto, atendido que la demanda era por \$ 41.000 millones y se había llegado a un acuerdo de \$ 17.000 millones, estimando por tanto, que era una buena negociación.

Cabe señalar que la señora Matte Lecaros expresó que "si hubiese conocido el monto estimado por el SERVIU, de \$ 14.000.000.000, no me hubiese parecido una buena transacción".

Consultada respecto de los respaldos exigidos en este tipo de transacciones, indicó que "nunca me llegan respaldos. No existen procedimientos formales sobre esta materia, luego de mi firma el documento se va al departamento de finanzas, y en ese departamento solicitan los respaldos".

Acerca de la opinión que le transmitió su asesor Álvaro Baeza Guíñez, sobre la idea de transigir, la Ministra señaló que "nunca me comentó información alguna respecto de conversaciones que él tuvo con el SERVIU".

Por su parte, la señora Carolina Arrau Guzmán manifestó que luego de visar el decreto, se lo llevó personalmente a la Ministra, y añadió que "ella lo estaba esperando. Se mostró satisfecha con la firma del decreto, no me realizó consulta alguna, por lo tanto creo que sabía perfectamente lo que estaba firmando, estaba completamente informada de que se trataba este acuerdo. Tenía sólo ese decreto para firmar sobre su escritorio, lo firmó inmediatamente".

Lo anteriormente expuesto, deja de manifiesto que la señora Matte Lecaros no actuó debidamente asistida por sus asesores, ni en forma coordinada con el especialista contratado al efecto, a quien le había encomendado monitorear la reclamación interpuesta por el Consorcio Kodama Ltda., y tampoco recibió antecedentes suficientes por parte del SERVIU RM que fundamentaran tanto la decisión de transigir, como el monto involucrado en esa operación.

De lo anteriormente expresado, aparece que las conductas reseñadas pueden involucrar una falta de aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, coordinación, propia iniciativa en el cumplimiento



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

de la función y control jerárquico establecidos en los artículos 3°, 5°, 8° y 11 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, máxime considerando los indudables efectos presupuestarios que para el Estado puede significar el cumplimiento de la transacción analizada.

Del mismo modo, se evidencia que en esa Cartera de Estado no se han implementado procedimientos formalmente establecidos, respecto de los controles que deben acaecer en este tipo de transacciones, con anterioridad a que los documentos aprobatorios sean firmados por el respectivo Secretario de Estado, lo que además de afectar las precitadas normas, representa un riesgo de control en la materia.

CONCLUSIONES

Conforme a la investigación que precede, relativa al contrato de obras denominado "Construcción Habilitación Corredor Transporte Público Avenida Pedro Aguirre Cerda, comunas de Estación Central, Santiago, Cerrillos y Maipú", que por mandato de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas el SERVIU RM adjudicó al Consorcio Kodama Ltda. y los distintos aspectos que se verificaron para llegar a la celebración de un contrato de transacción entre estos últimos, esta Contraloría General puede señalar:

1. De los antecedentes que da cuenta este informe resulta manifiesto que ciertos servidores del SERVIU RM y del MINVU exteriorizaron directamente su voluntad en orden a definir el monto del pago de eventuales compensaciones que se deberían a una empresa, a través de una modalidad que no se encontrara sujeta al control de juridicidad de esta Contraloría General, excluyendo además la aplicación de la regulación propia de estos contratos de obras. En este sentido, de haberse celebrado un contrato de transacción sin presentarlo al tribunal, el acto aprobatorio de aquel acuerdo de voluntades, debía someterse necesariamente al trámite de toma de razón, mismo control de legalidad que habría procedido si se hubiera optado por reconocer el pago de los gastos generales mediante la dictación de una resolución, lo cual, conforme a lo expuesto, estos funcionarios querían evitar.
2. En implementación de la voluntad antes aludida, se materializaron conductas destinadas a obtener rápidamente una autorización del MINVU para celebrar un contrato de transacción que permitiera pagar a la empresa Consorcio Kodama Ltda. la suma de 774.765 unidades de fomento (equivalentes al día de la transacción a \$ 16.636.412.630), sin que existiesen antecedentes técnicos y jurídicos suficientes que respaldasen tal determinación, los que fueron elaborados con posterioridad a la celebración del aludido contrato, sin aplicación de la totalidad de los parámetros previstos en el ordenamiento y con exclusión de los procedimientos normales de control interno.
3. El SERVIU RM al celebrar el contrato de obras con el Consorcio Kodama Ltda., estaba actuando en calidad de mandatario de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, bajo el contexto normativo del artículo 16 de la ley N° 18.091, de las demás prescripciones legales



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

aplicables al contrato de mandato y de los términos pactados en el convenio respectivo. Conforme a ello, ese servicio se encontraba en el deber de comunicar y de hacer partícipe a su mandante de las actuaciones y decisiones que llevaron a la transacción, puesto que en aquél se generaban los efectos patrimoniales del contrato de obras señalado.

4. Las actuaciones desplegadas, conllevan también la voluntad de radicar en el patrimonio del SERVIU RM una obligación dineraria que conforme a la ley sólo debe ser asumida por el mandante en los casos en que se encuentra presente la figura del convenio mandato prevista en la norma antes señalada, circunstancia que los funcionarios del SERVIU RM y del MINVU no podían desconocer, desde que todos y cada uno de los actos administrativos que dieron cuenta de la ejecución del gasto de esta obra, expresamente consideraron que dicho financiamiento no afectaba presupuestariamente al servicio.
5. Asimismo, la modalidad elegida en orden a llevar el contrato de transacción a sede judicial buscaba, por una parte, que el financiamiento para tales pagos se obtuviera mediante la aplicación del subtítulo 26 del clasificador presupuestario, el cual tiene la particularidad de constituir un ítem excedible en lo que se refiere a la imputación del cumplimiento de las resoluciones judiciales; y por la otra, omitir el trámite de toma de razón.
6. Se constató que el informe justificatorio de montos elaborado con posterioridad al contrato de transacción, conforme con los antecedentes examinados no se ajustó a la normativa aplicable en la determinación del valor de \$ 14.096.984.927 como procedente de indemnizar, resultando justificados administrativamente, de acuerdo a dicho antecedentes y normativa la suma de \$ 131.351.373 (ciento treinta y un millones trescientos cincuenta y un mil trescientos setenta y tres pesos), sin perjuicio de lo relativo a las multas pendientes de definir en este contrato.
7. Se estableció la existencia de indicios serios de que en el monto acordado para transigir, el SERVIU RM incorporó el valor de una multa del orden de \$ 2.500.000.000 que éste debía cobrar a una empresa distinta, Kodama Construcciones Ltda., en el marco de otro contrato denominado "Habilitación Corredor de Transporte Público Avenida Santa Rosa Sur, entre Avenida Américo Vespucio-Eyzaguirre, comunas de San Ramón, La Granja, La Pintana y Puente Alto, de la Región Metropolitana", lo que resultaría del todo improcedente.
8. Se ha constatado que el MINVU no ejerció a cabalidad y conforme al ordenamiento el deber de control que como una expresión de supervigilancia, le corresponde respecto del SERVIU RM.
9. Conforme a todo lo expuesto, y en atención a que las actuaciones de ciertos servidores, funcionarios y agentes públicos, podrían constituir una transgresión a sus deberes y a las normas sobre probidad administrativa, el presente informe y sus antecedentes serán incorporados en el sumario administrativo que esta Entidad Fiscalizadora se encuentra instruyendo al efecto.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

10. Por su parte, ese Ministerio deberá, en lo sucesivo, velar por la efectiva operatividad de los sistemas de control interno y por que las personas que detenten la calidad de agente público realicen las labores previstas en las glosas correspondientes de la ley de presupuesto.

Transcríbese el presente oficio al Senador Alejandro Navarro Brain, al Ministro de Obras Públicas y al Director del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana.

Remítase copia de este informe y de todos sus antecedentes al Ministerio Público, al Consejo de Defensa del Estado y a la Unidad de Sumarios de esta Contraloría General.

Saluda atentamente a Ud.,

RAMIRO MENDOZA ZUÑIGA
CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

ÍNDICE

	Pág.
I.- ANTECEDENTES DE LA DENUNCIA	1
II.- METODOLOGÍA	3
III.- MARCO NORMATIVO	3
1. Ley N° 16.391, que crea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.	3
2. Decreto Ley N° 1.305, de 1976, que Reestructura y Regionaliza el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.	3
3. Ley N° 18.091, que Establece Normas Complementarias de Incidencia Presupuestaria, de Personal y de Administración Financiera.	4
4. Decreto Ley N° 2.186, de 1978, que Aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.	4
5. Decreto Supremo N° 355, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización.	4
6. Decreto Supremo N° 236, de 2002, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización.	6
IV.- ANTECEDENTES DEL CONTRATO	8
1. Antecedentes.	8
2. Convenio Mandato suscrito entre la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y el SERVIU RM.	8
3. Modalidad de contratación.	10
4. Modificaciones del contrato.	12
V.- ANÁLISIS	13
1. Sobre la prescripción de la acción para demandar.	13
2. Actos previos a la transacción.	14
3. Sobre las mesas de trabajo.	17
4. Sobre la forma de determinar el monto por el Serviu RM.	21
a) Sobre la falta de antecedentes sustentatorios del acuerdo.	23
b) Sobre los gastos generales.	25
b.1) Gastos generales renunciados por la empresa.	25
b.2) Incumplimiento de dictamen N° 49.348, de 2010, de esta Contraloría General.	26
b.3) Pronunciamiento emitido por esta Entidad de Control, sobre el avance normal de la obra.	27
5. Sobre el monto determinado por el SERVIU RM y la regulación aplicable.	27
a) Mayores gastos generales y reajustes.	28



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

b) Detrimento financiero efectivo de mayores gastos generales, detrimento financiero efectivo en avance de estados de pago y costo por gestión de contrato mayor al original.	31
c) Mayores gastos por cambio de especificación.	31
c.1) Gastos en ejecución por cumplimiento del Índice de Regularidad Internacional -IRI- a 20 metros.	31
c.2) Costos de reemplazo de material inadecuado en el Tramo 1.	32
c.3) Mayores gastos derivados de una supuesta imposición de acuerdo de precios por cercos de la Fuerza Aérea de Chile.	32
d) Saldos no pagados.	32
d.1) Cobro de vigas Puente Melipilla por modificaciones de proyecto.	32
d.2) Costos de ingeniería.	33
d.3) Mayores costos de subcontratistas.	33
e) Compra y arriendo de propiedades.	33
f) Costos adicionales por mantención de las obras.	34
g) Premio por modificación del Proyecto Puente Melipilla.	35
h) Multas por cobros indebidos.	36
6. Demanda interpuesta por el Consorcio KODAMA LTDA.	37
7. Transacción acordada entre el SERVIU RM y el Consorcio Kodama Ltda.	38
a) Antecedentes generales.	38
b) Transacción y multa relativa a contrato de obras distinto.	40
c) Transacción, motivación y rapidez.	42
d) Transacción y Convenio Mandato.	43
8. Acciones previas a la firma del Decreto Exento N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.	44
9. Acciones posteriores a la firma del Decreto Exento N° 8, de 2011, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.	45
10. De las actuaciones de los ex funcionarios del SERVIU RM que se indican.	47
a) Sobre el ex Director del SERVIU RM.	47
b) Sobre el ex Subdirector Jurídico del SERVIU RM.	48
c) Sobre el ex Subdirector de Pavimentación y Obras Viales.	50
11. Sobre la participación del Ministerio de Vivienda y Urbanismo en la Transacción en análisis.	51
a) Rol del señor Álvaro Baeza Guiñez, asesor de la Ministra.	51
a.1) Sobre su contratación como Agente Público.	51
a.2) Sobre la participación del señor Álvaro Baeza Guiñez en el proceso de negociación con el Consorcio Kodama Ltda.	52
b) De las actuaciones de la División Jurídica del MINVU.	54
c) De la actuación de la entonces Ministra de Vivienda y Urbanismo señora Magdalena Matte Lecaros.	56

CONCLUSIONES

58

