

Roberto Guerrero del Río

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 28 de julio de 2014

ROL: 1841-2013

MATERIAS: Contrato de Construcción de Obra Material Inmueble por el sistema de suma alzada – acción de repetición o reembolso – daño emergente – lucro cesante – daño moral.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Inmobiliaria XX S.A. dedujo demanda en contra de Constructora ZZ S.A. para obtener el pago de lo debido por concepto de acción de repetición o reembolso, en razón de los defectos y fallas en la construcción existentes en el Edificio YY, más intereses y reajustes, junto con la indemnización de perjuicios consistentes en daño emergente, lucro cesante y daño moral.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Ley General de Urbanismo y Construcciones: Artículos 1 y 18.

Código Civil: Artículos 1.545 a 1.548, 1.551, 1.556 a 1.558, 1.560 a 1.566, 1.698 a 1.714 y 2.003.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 341 a 429, y 636 a 644.

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 a 243.

DOCTRINA: La ley ha querido facilitar la interposición de acciones judiciales que tienen su fundamento en fallas o defectos en la construcción de inmuebles nuevos, en orden a establecer que será el “propietario primer vendedor” el responsable frente a quienes han adquirido un inmueble, de forma tal que el adquirente del inmueble no tendrá que llevar a cabo una investigación previa para determinar a quién debe demandar entre todas las personas naturales o jurídicas que participaron en la construcción del inmueble. El propietario primer vendedor que en muchas ocasiones se trata de la inmobiliaria, puede a su vez repetir en contra de la empresa constructora, la que es responsable por las fallas o defectos en la construcción, e incluso por los materiales e insumos defectuosos.

Por otra parte, hay que tener presente que, la ocurrencia de un terremoto no puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, para que con ello el constructor de un edificio pueda soslayar su responsabilidad por fallas o defectos de construcción. Es sabido que Chile es un país sísmico y, por eso, la normativa relativa a la construcción de edificios es muy exigente.

DECISIÓN: Se acoge parcialmente la demanda de reembolso interpuesta por XX en contra de ZZ. Se acoge parcialmente la acción de indemnización de perjuicios, deducida conjuntamente con la acción de reembolso, por daño emergente. Se rechaza la acción de indemnización de perjuicios por conceptos de lucro cesante y daño moral. Cada parte pagará sus costas del juicio.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 28 de julio de 2014.

VISTOS:

A fs. 58, consta la resolución de fecha 31 de julio de 2013 del presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G, mediante la cual designa como Árbitro Arbitrador a don Roberto Guerrero del Río para conocer y resolver la controversia existente entre XX y ZZ, en relación con el Contrato de Construcción de Obra Material Inmueble por el sistema de suma alzada, de fecha 21 de agosto de 2007 (en adelante el Contrato).

A fs. 59, consta la notificación efectuada al Árbitro de su nombramiento, con fecha 02 de agosto de 2013.

A fs. 60, ZZ solicita se deje sin efecto la designación del Árbitro, por incompetencia de la Cámara de Comercio de Santiago, por una supuesta falta de jurisdicción.

A fs. 65, consta el Acta de Aceptación y Juramento, en virtud de la cual el Árbitro acepta el cargo de Árbitro Arbitrador, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

A fs. 66, consta la resolución del Árbitro, autorizada por la secretaria general del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, de fecha 23 de agosto de 2013, que da por constituido el compromiso y cita a las partes a comparendo con el fin de fijar el procedimiento, determinar las materias del juicio arbitral y resolver cualquier otro asunto relativo al arbitraje.

A fs. 84 y siguientes, rola el Acta del comparendo celebrado el 26 de septiembre de 2013, en el que las partes procedieron a precisar el objeto del arbitraje y acordaron las normas de procedimiento, sin perjuicio de aplicar, cuando fueren pertinentes, las disposiciones del Reglamento Procesal de Arbitraje y los Estatutos del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Se dejó constancia en el Acta que el Árbitro tendrá el carácter de Arbitrador, conforme el contrato que ha dado origen a la controversia. Se da traslado a la parte de XX respecto de la solicitud de dejar sin efecto la designación del Árbitro, rolante a fs. 80.

A fs. 94 y siguientes, rola escrito de XX, en el que evacúa traslado respecto de la solicitud a fs. 80, referida a dejar sin efecto la designación del Árbitro.

A fs. 97, consta resolución de fecha 8 de octubre de 2013, que rechaza la solicitud de declaración de incompetencia del Tribunal.

A fs. 102 y siguientes, rola escrito de demanda interpuesta por XX en contra de ZZ, solicitando se condene a pagar, por concepto de acción de repetición o reembolso, la suma de \$55.235.887, más los intereses y reajustes que correspondan. Pide además se condene a la demandada al pago de perjuicios consistentes en daño emergente (por la misma suma anterior), lucro cesante que asciende al 22% de utilidad del monto antes señalado, así como al pago de daño moral por la suma de \$30.000.000. Todo lo anterior, se solicita con costas.

Como fundamento de su demanda, la demandante señala que, con fecha 21 de agosto de 2007, celebró un contrato de Construcción de Obra Material Inmueble por el sistema de suma alzada para efectuar la obra denominada Edificio YY, ubicado en la localidad de LL, comuna de CC, Región de CC. La demandante expresa que, a pocos meses de entregado el Edificio YY, se comenzaron a presentar diversas fallas y desperfectos, tanto en los departamentos como en los espacios comunes. Sostiene que, en razón de que ZZ se encontraba obligada a solucionar las deficiencias y problemas que pudiera presentar el Edificio YY, se contactó a esta última para que se hiciera cargo de tales reparaciones. Señala que ZZ efectuó reparaciones durante los años 2009 y 2010, aunque no en la forma correcta y sin dar una solución oportuna y de fondo, cuestión que provocó que, nuevamente y al poco tiempo, los departamentos volvieran a presentar las mismas deficiencias pero agravadas.

La demandante señala que, dada las deficiencias en la construcción, los reclamos de la junta de propietarios fueron aumentando. XX contactó a la demandada a fines de 2010 y, en un primer momento, ésta habría accedido a efectuar dichas reparaciones; sin embargo, no dio cumplimiento a ello. La demandante tuvo que negociar directamente con la junta de propietarios, llegando a una transacción denominada "Acuerdo de Obras de Reparación y Extensión de Garantías", de fecha 31 de mayo de 2012 (en adelante, el Acuerdo). Luego de firmado el Acuerdo, la demandante indica que ZZ se comprometió a pagar los arreglos acordados, sin que finalmente cumpliera ese compromiso, por lo que corresponde que se le reembolse lo pagado por XX a la junta de propietarios, así como el resto de los perjuicios demandados.

A fs. 126 y siguientes, ZZ procede a contestar la demanda, solicitando su rechazo con costas. Reconoce la existencia del Contrato, aunque agrega que XX efectuó retenciones de los estados de pago cursados, por la suma de \$66.402.536, con el objeto de caucionar la correcta ejecución de las obras; sumas de las que no se hizo devolución. ZZ señala que, de buena fe, no pidió el reembolso de inmediato, esperando a que terminara el período post-venta o pasara un año después de la recepción de obras.

La demandada alega que siempre estuvo presente y cumplió los requerimientos efectuados por los dueños de los departamentos, durante 2009 e inicios de 2010, hasta la ocurrencia del terremoto de 27 de febrero de 2010, por cuanto esto se trataba de un caso fortuito que hizo variar las circunstancias.

ZZ arguye que la transacción suscrita por XX y la junta de propietarios del Edificio le es inoponible, por ser un convenio extrajudicial en el que no participó. Agrega que la acción de reembolso requiere necesariamente de una sentencia, que constituiría la única forma de tener certeza de la existencia de los defectos, fallas o errores en la construcción. Asimismo, expresa que en todo caso XX no tuvo que sufragar todos los gastos de la transacción, en razón de las retenciones a los estados de pago, por lo que si se condenara a pagar a la demandada se produciría un enriquecimiento sin causa. Constructora ZZ también alega la improcedencia de la acción de indemnización de perjuicios, así como objeto cada uno de los tipos de perjuicios demandados.

En el primer otrosí de dicha presentación, la demandada deduce demanda reconventional en contra de la demandante, a fin de que esta última sea condenada a restituir la suma equivalente al día de su pago efectivo a UF 3.517,31, más intereses corrientes para operaciones reajustables, desde la fecha de la sentencia hasta su pago efectivo, o las sumas que el Árbitro determine, todo con reajustes, intereses y costas. Fundamenta su demanda reconventional señalando que los montos demandados corresponden a las retenciones efectuadas por XX a los estados de pago, que tenían por objeto caucionar la correcta ejecución de las obras contratadas.

A fs. 144, consta resolución del Árbitro de fecha 3 de diciembre de 2013, en la que se fijó la cuantía del juicio en UF 5.949,25, sin perjuicio de tener presente que hay otra parte de cuantía indeterminada; y en la que también se determinaron los honorarios del Árbitro.

A fs. 145 y siguientes, consta el escrito de réplica a la demanda principal, presentado por la demandante. XX señala que la demandada no niega en su contestación ni los problemas y desperfectos existentes en el Edificio ni el hecho de que XX los hubiera reparado. Alega que es falso que se hubieran retenido montos a ZZ y que, por el contrario, la demandante dio pleno cumplimiento al Contrato, pagando todos los montos que correspondían. Alega que el terremoto de 2010 no puede ser una eximente de responsabilidad porque no es la causa de los desperfectos del Edificio, ni es considerado caso fortuito en nuestro país, menos aún considerando la distancia del epicentro. Señala que ZZ participó en el proceso del acuerdo con la junta de propietarios y que el Árbitro está facultado para fallar como estime conforme a equidad, por lo que es improcedente la alegación de que no puede fijar un monto distinto del demandado, en caso de acoger la demanda principal.

A fs. 166, consta resolución de fecha 11 de diciembre de 2013 que acoge reposiciones presentadas por las partes, en el sentido de fijar que la cuantía del arbitraje es determinada y asciende a UF 7.708,01, fijando nuevamente los honorarios del Árbitro.

A fs. 167 y siguientes, consta contestación a la demanda reconventional de XX, donde opone la excepción de prescripción extintiva al cobro efectuado por ZZ. Adicionalmente, señala que nada adeuda a la demandada por ítem o concepto alguno del Contrato.

A fs. 181 y siguientes, rola escrito de réplica de la demanda principal, presentado por ZZ. Además de reiterar y ratificar su contestación a la demanda, indica que XX reconoció la existencia de retenciones, pero que sin

embargo las disfrazó de pagos de multas por atrasos en la entrega del Edificio, los que la demandada niega expresamente.

A fs. 185 y siguientes, consta la réplica de la demanda reconvenional por la parte de ZZ.

A fs. 191 y siguientes, consta la dúplica a la demanda reconvenional, presentada por XX.

A fs. 201, por resolución de fecha 3 de enero de 2014, se citó a las partes a audiencia de conciliación, para el día 10 de enero del mismo año.

A fs. 202 y siguiente, consta escrito de la demandada en donde se desiste de su demanda reconvenional.

A fs. 204, rola acta de audiencia de conciliación de fecha 10 de enero de 2014, en la que se tuvo por desistida a ZZ de su demanda reconvenional, desistimiento que fue aceptado por XX, y en donde las partes acuerdan continuar con el proceso de conciliación hasta el 24 de enero de 2014.

A fs. 206, mediante resolución de fecha 31 de enero de 2014, se procedió a recibir la causa a prueba, la que fue objeto de reposición por la parte de ZZ, la que fue resuelta a través de la resolución de fecha 14 de marzo de 2014, que rola a fs. 212, quedando como definitivos los siguientes puntos de prueba:

- 1.- Existencia de fallas, errores y defectos en los departamentos y espacios comunes del Edificio. Naturaleza, causa y tipos de ellos y montos incurridos en reparaciones.
- 2.- Conducta desplegada por la demandada en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- 3.- Efectos del sismo de febrero de 2010 en la construcción realizada y en reparaciones efectuadas.
- 4.- Existencia de daño emergente, lucro cesante y daño moral reclamado por la demandante. Naturaleza y monto de los perjuicios y gastos reclamados.
- 5.- Relación de causalidad entre los incumplimientos alegados y los perjuicios reclamados.
- 6.- Suscripción de Convenio o Acuerdo entre XX, los propietarios de los departamentos y la administración del Edificio, respecto a reparaciones a efectuar en el Edificio y/o los departamentos. Hechos y circunstancias. Oponibilidad del convenio respecto de ZZ.

La demandante acompañó diversos documentos, que constan en el Cuaderno de Documentos N° 1 y en el Cuaderno de Documentos N° 2. La demandada acompañó documentos, que constan en el Cuaderno de Documentos N° 1 y en el Cuaderno de Documentos N° 2.

A fs. 219 y siguientes, rola la prueba testimonial de la demandada; y a fs. 224 y siguientes, rola la prueba testimonial de la demandante.

A fs. 255, consta la audiencia de exhibición de documentos solicitada por ZZ, de fecha 6 de mayo de 2014.

A fs. 259, consta la audiencia de absolución de posiciones solicitada por XX, de fecha 6 de mayo de 2014, en donde absolvió posiciones el representante de la demandada, el señor R.M.

A fs. 263, rola resolución de fecha 14 de mayo de 2014, que da cuenta del término del período probatorio y que confiere a las partes el plazo para formular observaciones a la prueba.

A fs. 263 bis y siguientes, consta escrito de observaciones a la prueba de XX A fs. 274 y siguientes, consta escrito de observaciones a la prueba de ZZ.

A fs. 299, consta resolución de fecha 3 de junio de 2014, que cita a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en el primer otrosí de su escrito de fs. 126 y siguientes, la demandada procedió a objetar documentos fundantes de la demanda de XX.

Objetó los documentos signados con los números 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 15, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 31, 36 y 37 por falta de autenticidad e integridad. Este Tribunal rechaza dicha objeción, por las razones que se expresan.

La demandada objetó los documentos signados con los números 8, 11, 14, 16, 17, 17, 21, 22, 23, 28, 29, 30, 32, 33, 34 y 35, por no haber sido acompañados conforme al Artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil. También se rechaza esta objeción formulada por ZZ por las razones que se expresan.

Segundo: Que en el otrosí de fs. 145 y siguientes y en el otrosí de fs. 167 y siguientes, la demandante objetó los documentos acompañados por la demandada, fundantes de su demanda reconventional, alegando falta de autenticidad e integridad. Este Tribunal rechaza esta objeción por las razones que se expresan.

Tercero: Que XX ha interpuesto demanda en contra de ZZ, a fin de que este Árbitro declare que se condene a pagar a la demandada, por concepto de acción de repetición o reembolso, la suma de \$55.235.887, más los intereses y reajustes que correspondan y, conjuntamente con la acción de reembolso, que se condene a la demandada al pago de perjuicios consistentes en daño emergente (por la misma suma anterior), lucro cesante que asciende al 22% de utilidad del monto antes señalado, así como al pago de daño moral por la suma de \$30.000.000. Todo lo anterior, lo solicita con costas.

Conforme señala la demandante, el fundamento de las acciones corresponde a los incumplimientos en los que incurrió ZZ, en la ejecución del Contrato, en virtud de las fallas y desperfectos que comenzó a presentar el Edificio, poco tiempo después de su entrega, los que inclusive se agravaron después de efectuados trabajos de reparación por ZZ en los años 2009 y 2010. Por lo anterior, la junta de propietarios efectuó reclamos en contra de XX, razón por la que esta última tuvo que negociar con ella y celebrar el “Acuerdo de Obras de Reparación y Extensión de Garantías”, de fecha 31 de mayo de 2012, en virtud del cual XX debía pagar los arreglos acordados, por lo que corresponde que se le reembolsen tales montos, así como el resto de los perjuicios demandados.

Cuarto: Que la demandada, al contestar la demanda, solicita su rechazo, con costas, señalando en primer término que XX habría efectuado retenciones a los estados de pago, por un monto de \$ 66.402.536, cuyo objeto era caucionar la correcta ejecución de las obras, de las cuales la demandante nunca hizo devolución. Agrega que ZZ siempre estuvo presente y cumplió diligentemente con los requerimientos efectuados por los dueños de los departamentos, durante 2009 e inicios de 2010, hasta la ocurrencia del terremoto de 27 de febrero de 2010, el que constituiría un caso fortuito que hizo variar las circunstancias. Alega que la transacción suscrita por XX y la junta de propietarios le es inoponible, tratándose de un convenio extrajudicial en el que ZZ no participó. Señala que la acción de reembolso requiere necesariamente de una sentencia, que constituiría la única forma de tener certeza de la existencia de defectos, fallas o errores en la construcción, y sostiene que, en todo caso, XX no tuvo que sufragar todos los gastos de la transacción, en razón de las retenciones a los estados de pago, por lo que si se condenara a pagar a ZZ se produciría un enriquecimiento sin causa. Sin perjuicio de lo anterior, objeta cada uno de los gastos demandados por XX. La demandada también alega la improcedencia de la acción de indemnización de perjuicios, así como objeta cada uno de los

tipos de perjuicios demandados. Por último, indica que únicamente fueron demandados montos determinados, por lo que el Árbitro no está habilitado para fijar un monto diferente, en caso de acoger la demanda.

Quinto: Que, conforme la discusión de autos, son hechos no controvertidos los siguientes:

- 1.- Que XX y ZZ celebraron con fecha 21 de agosto de 2007 un contrato de Construcción de Obra Material Inmueble por el sistema de suma alzada, para efectuar la obra denominada Edificio YY.
- 2.- Que el Edificio sería una construcción de carácter habitacional de 24 departamentos y 26 estacionamientos, con permiso de edificación de obra otorgado por la Ilustre Municipalidad de LL, con fecha 9 de julio de 2007.
- 3.- Que el Edificio fue recepcionado definitivamente por la Ilustre Municipalidad de LL, otorgando el Certificado de Recepción Definitiva, de fecha 6 de enero de 2009.
- 4.- Que una vez efectuada la entrega, durante el año 2009 e inicios de 2010, los adquirentes de los departamentos del Edificio hicieron diversos requerimientos a ZZ, período durante el cual esta última procedió a efectuar trabajos y reparaciones en los departamentos.
- 5.- Que, con posterioridad a la ocurrencia del terremoto de 27 de febrero de 2010, algunos departamentos del Edificio presentaron fallas y desperfectos.
- 6.- Que con fecha 31 de mayo de 2012 se suscribió el Acuerdo de Obras de Reparación y Extensión de Garantías entre XX y los propietarios del Edificio.

Sexto: Que, la demandante funda tanto su acción de reembolso como su acción de indemnización de perjuicios, en lo preceptuado tanto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (“LGUC”) como en el Contrato.

El Artículo 18 de la LGUC muestra la intención del legislador de facilitar la interposición de acciones judiciales que tienen su fundamento en fallas o defectos en la construcción de inmuebles nuevos, en orden a establecer que será el “propietario primer vendedor” el responsable frente a quienes han adquirido un inmueble, de forma tal que el adquirente del inmueble no tendrá que llevar a cabo una investigación previa para determinar a quién debe demandar entre todas las personas naturales o jurídicas que participaron en la construcción del inmueble. El propietario primer vendedor que en muchas ocasiones se trata de la inmobiliaria, como ocurre en el caso de autos, puede a su vez repetir en contra de la empresa constructora, la que es responsable por las fallas o defectos en la construcción, e incluso por los materiales e insumos defectuosos.

Séptimo: Que el régimen legal antes señalado se encuentra recogido en términos muy similares e incluso más explícitos en cuanto a la responsabilidad de la constructora, en el Contrato.

Octavo: Que para configurar la responsabilidad de ZZ, ya sea tanto para los efectos de reembolsar a XX por los gastos incurridos como consecuencia de los defectos y fallas en la construcción del Edificio, así como para la procedencia de la indemnización de perjuicios, era necesario que se acreditara lo siguiente: (i) la existencia de defectos en la construcción, atribuibles a ZZ o dentro de su ámbito de responsabilidad; (ii) la existencia de perjuicios sufridos por XX; (iii) y, que los daños sean una consecuencia directa de los defectos en la construcción. Lo anterior, es sin perjuicio de las alegaciones formuladas por ZZ al contestar la demanda.

Noveno: Que con el objeto de acreditar los defectos en la construcción, atribuibles a ZZ o a su ámbito de responsabilidad, la demandante rindió prueba documental, que se detalla.

Décimo: Que, a fin de acreditar los gastos efectuados y que se demandan, la demandante acompañó prueba documental que también se detalla.

Undécimo: Que la demandante también rindió prueba testimonial, que se indica y analiza.

Duodécimo: Que la demandante también rindió prueba confesional, en la audiencia que tuvo lugar el 6 de mayo de 2014, que rola a fs. 259 y siguientes, en donde prestó declaración el representante de ZZ, don R.M, al tenor del pliego de posiciones rolante a fs. 256 y siguientes, que se analiza.

Decimotercero: Que con el objeto de desacreditar las alegaciones de la demandante, ZZ rindió prueba documental, que se detalla.

Decimocuarto: Que la demandada rindió prueba testimonial de don R.P., de fecha 10 de abril de 2014, rolante a fs. 219 y siguientes, que se indica.

Decimoquinto: Que la demandada solicitó exhibición de documentos por parte de XX, a saber los informes del señor L.S, así como todos los antecedentes que den cuenta de los reembolsos recibidos por la demandante, por concepto de pago de seguros. XX señaló ya haber acompañado el informe del señor L.S, a fs. 237 y siguientes; e indicó que no existe documento alguno sobre reembolsos, por cuanto XX no ha sido pagada por seguro alguno.

Decimosexto: Que a juicio de este Árbitro, en virtud de la prueba rendida y obedeciendo lo que la prudencia y equidad dictan, ha llegado al convencimiento de la existencia de fallas y desperfectos de construcción en el Edificio YY, toda vez que existen elementos probatorios más que suficientes y contestes en el arbitraje que dan cuenta de lo anterior.

En primer lugar, tal circunstancia fue reconocida por el representante de ZZ, el señor R.M, quien admitió que ya en el año 2009 se presentaron observaciones al Edificio, por problemas y deterioros que éste presentaba, admitiendo que tuvo quejas formuladas por propietarios de los departamentos del Edificio, al punto que también reconoció que ZZ efectuó reparaciones durante los años 2009 y 2010, porque consideraba que correspondían a obligaciones de la constructora, lo que lógicamente no puede implicar sino que la propia constructora sabía que tales desperfectos correspondían directamente a defectos constructivos de las obras o, a lo menos, a defectos dentro del ámbito de su responsabilidad, teniendo presente que, conforme al Contrato, la constructora no era responsable únicamente de las labores ejecutadas directamente por ella, sino que también de aquellas ejecutadas por terceros, a su cargo, y por los insumos utilizados.

En segundo término, existe abundante prueba documental que da cuenta de lo mismo, en particular, el informe de don R.R., quien además compareció como testigo de la demandante y con quien tuvo contacto y se reunió el señor R.M., conforme él mismo reconoció en la audiencia de absolución de posiciones, informe que indica que las reparaciones efectuadas en el Edificio fueron producto de una mala ejecución o procedimiento en la construcción e instalaciones de distintos elementos, enumerando las deficiencias constructivas. Además, la demandada jamás objetó la idoneidad del señor R.R. para preparar el informe y ocuparse de las fallas. Adicionalmente, resulta relevante tener en consideración el “cuadro de fallas detectadas y soluciones”, preparado por el propio señor R.M, en donde se indican distintos tipos de fallas, siendo la mayoría defectos de construcción. El informe emitido por TR también señala una serie de problemas en el Edificio, que sugieren podrían solucionarse con la organización de una faena mixta.

Todo lo anterior es concordante con el tenor de los correos electrónicos acompañados por la demandante y también por la demandada, y con las actas de las Asambleas de Copropietarios del Condominio.

En tercer lugar, la prueba testimonial rendida por la demandante es conteste con la existencia de fallas en la construcción, que se comenzaron a evidenciar poco tiempo después de entregado el Edificio.

Decimoséptimo: Que este Tribunal ha llegado también a la convicción de que estos defectos constructivos son atribuibles a la demandada o, a lo menos, pertenecen al ámbito de su responsabilidad. En particular de ello da cuenta la prueba confesional rendida, en donde el señor R.M., representante de ZZ, reconoció la existencia de estos defectos, de que se hizo cargo de los mismos, reparando y procediendo ante los requerimientos de los propietarios y de la inmobiliaria durante los años 2009 y 2010, y que con posterioridad al terremoto, se mantuvo involucrado en las actividades para proceder a efectuar nuevas reparaciones y/o revisar presupuestos para ello, todo lo que evidentemente fue realizado por el señor R.M. bajo la convicción de que tales labores correspondían a la responsabilidad o al ámbito de responsabilidad de la constructora, todo lo que se ve más corroborado aún por la preparación por parte de la demandada de un cuadro identificando los problemas existentes en el Edificio, separando aquéllos que corresponderían a una consecuencia del terremoto.

Adicionalmente existen documentos que también dan cuenta de lo anterior. En primer término el Contrato, que establece claramente las obligaciones de ZZ, y su responsabilidad por cualquier falla, error o defecto en la construcción (cláusula segunda), así como el informe del señor R.R, el que se refiere a una serie de defectos constructivos claramente ocasionados por la falta de diligencia de ZZ, todo lo que no logró ser desvirtuado por la demandada.

Decimoctavo: Que en relación con las alegaciones formuladas por la demandada, cabe señalar que la primera defensa de ZZ fue que XX había efectuado retenciones a los estados de pago. Esta defensa tendrá que ser rechazada, por cuanto la propia demandada reconoció finalmente que XX pagó la totalidad del precio del Contrato, y que no existen montos retenidos, razón por la cual además procedió a desistirse de su demanda reconventional, en donde se perseguía la devolución de las supuestas sumas retenidas.

Decimonoveno: Que la demandada también formuló como defensa, la ocurrencia del terremoto de 27 de febrero de 2010, en el sentido que, los daños del Edificio corresponderían a dicho evento, el que por lo demás constituiría caso fortuito o fuerza mayor. Esta defensa también será desestimada. La ocurrencia del terremoto no puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor. Es altamente sabido que Chile es un país sísmico y, por lo mismo, la normativa relativa a la construcción de edificios es muy exigente en cuanto a los requerimientos que se le hacen a este tipo de construcciones, de modo que puedan soportar terremotos de altas magnitudes. De lo contrario, inmobiliarias y constructoras podrían siempre excepcionarse en base a la ocurrencia de un terremoto y con ello soslayar las normas y exigencias que se requieren en una construcción, lo que sería manifestamente injusto. (Se cita doctrina al respecto).

Sin perjuicio de lo anterior, al haber alegado la demandada como caso fortuito o fuerza mayor el terremoto, correspondía a la primera acreditar tal alegación, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 1.547 y Artículo 1.698, ambos del Código Civil, disposición que también se aviene a las normas de prudencia y equidad, pues resulta de toda lógica y más justo que sea quien alega tal circunstancia el que la acredite. La ocurrencia del terremoto de 27 de febrero de 2010 es de público conocimiento, por lo que no es necesario probar su ocurrencia. También es de público conocimiento su magnitud en su epicentro y que en la localidad en que se encuentra emplazado el Edificio los daños fueron menores. Sin embargo, si de alguna manera la demandada quería que se decretara que los gastos en que incurrió XX correspondían a daños producto del terremoto y no de errores y/o defectos constructivos, también era de resorte de la demandada haber acreditado tal circunstancia, cuestión que no hizo.

De conformidad a la prueba rendida por la demandante, se ha acreditado que, si bien el terremoto puede haber producido algunos daños, éstos son muy menores, y no hicieron sino evidenciar los problemas constructivos que ya traía el Edificio desde su entrega.

Adicionalmente, el propio señor R.M., de ZZ, en el “cuadro de fallas detectadas y las soluciones a quien corresponda”, indica la existencia de diversos tipos de fallas en el Edificio, de las cuales sólo unas pocas tendrían su causa en el terremoto, de acuerdo a los dichos del mismo señor R.M. En consecuencia, corresponde el rechazo de esta alegación, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de cada uno de los gastos demandados.

Vigésimo: La demandada señaló que la transacción suscrita entre XX y los propietarios le es inoponible, en razón de no haber sido suscrita por ZZ ni haber estado ella involucrada en el proceso de negociación, por lo que no procedería la acción de reembolso, más todavía considerando que no existe una sentencia que declare con certeza la existencia de defectos, fallas o errores en la construcción. La alegación de la demandada también será rechazada.

En la especie, el reembolso que se demanda corresponde a la acción de repetición que establece expresamente el Artículo 18 de la LGUC así como a lo que también dispone el Contrato. Es irrelevante si en el acuerdo participó o no la demandada, porque de todos modos XX tiene la legitimación activa para perseguir la devolución de tales gastos.

Sin perjuicio de lo anterior, existe prueba de que ZZ tuvo conocimiento del acuerdo suscrito entre XX y los propietarios, así como de su participación en reuniones, emails, revisión de presupuestos para implementarlo; y adicionalmente, no hay constancia de que tal acuerdo haya sido de alguna forma impugnado por la demandada. De esta manera, la alegación de ZZ constituye una contravención a sus propios actos, por lo que faltaría a la prudencia y a la equidad acoger tal alegación.

En cuanto al requerimiento alegado por ZZ de que debe existir necesariamente una sentencia para poder ejercerse la acción de reembolso, ello debe ser rechazado por cuanto no existe norma alguna a ese respecto. Por lo demás, en este proceso se han acreditado los errores y defectos de construcción, por lo que no se trata de una acción que automáticamente pretenda el pago de todos los gastos incurridos, sin que se rinda prueba en relación con el motivo de los gastos.

Vigésimo Primero: Que, en conclusión, procede que se acoja la acción de reembolso, por cumplirse lo preceptuado en el Artículo 18 de la LGUC, así como por el Contrato, debiendo analizarse a continuación cada uno de los gastos en los que la demandante señala haber incurrido, y que solicita se le reintegren por la demandada.

Vigésimo Segundo: En lo que respecta a los gastos demandados, se pasará a revisar la procedencia de cada uno (al respecto, se hace un análisis pormenorizado de cada uno de ellos).

En definitiva, este Tribunal acoge parcialmente la demanda de reembolso interpuesta por XX contra ZZ.

Vigésimo Segundo: Que, sin perjuicio del análisis pormenorizado efectuado en el considerando anterior, existen fundadas razones de prudencia y equidad para otorgar a la demandante el reembolso por la suma que se ha determinado.

Vigésimo Tercero: Que, de acuerdo a lo expresado en los considerandos precedentes, se concederá a la demandante la suma de \$45.326.903.

Respecto de la alegación de la demandada relativa a que en la demanda no se habría dado la posibilidad a este Árbitro para fijar una suma diversa de la demandada, se procederá a su rechazo, en razón de que el petitorio de la demanda expresamente señala “y, en definitiva, acogerla [la demanda] y declarar lo siguiente o lo que S.S. considere conforme a Derecho (...)”. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario considerar que en la

calidad de Árbitro Arbitrador, este Tribunal tiene la facultad para fijar la suma que estime pertinente, conforme lo dicte su prudencia y equidad.

Vigésimo Cuarto: En lo que respecta a la acción de indemnización de perjuicios deducida por la demandante, en forma conjunta con la acción de reembolso, es necesario señalar que XX la ha interpuesto dentro del contexto de la responsabilidad contractual. Para estar frente a dicha responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que se requiere el cumplimiento de distintos requisitos copulativos, a saber: (i) el incumplimiento de una obligación contractual (ii) que dicho incumplimiento sea atribuible a culpa o dolo del deudor (salvo que exista un régimen especial a ese respecto) (iii) la existencia de perjuicios (iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios y, finalmente (v) que el incumplidor se encuentre constituido en mora.

En relación con el incumplimiento contractual, éste se encuentra acreditado por los defectos constructivos señalados.

En cuanto a si al incumplir el demandado actuó con dolo o culpa, cabe indicar que la LGUC ha constituido un régimen especial, constitutivo de responsabilidad estricta, lo que se desprende del tenor del Artículo 18 de dicho cuerpo legal. Aún si se considerara que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad por culpa o dolo, el Artículo 1.547 del Código Civil presume que el incumplimiento es culpable, salvo que se pruebe lo contrario, lo que en la especie no ha ocurrido.

Vigésimo Quinto: El daño emergente demandado corresponde a la misma suma demandada en la acción de reembolso. En atención a que se acogió parcialmente la acción de reembolso, no corresponde otorgar nuevamente tales montos por concepto de daño emergente, al menos hasta donde alcanza el monto acogido.

Sin perjuicio de lo anterior, se acogerá parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por daño emergente, hasta un monto de \$4.500.000, que corresponde a desembolsos incurridos por la demandante derivados de los problemas que afectaron a la construcción del Edificio y su reparación, lo que constituye un daño acreditado.

En lo que dice relación con el lucro cesante demandado, que correspondería a un 22% de la utilidad del monto demandado por daño emergente, cabe señalar que el daño demandado no corresponde a un daño cierto, que es lo que exige la doctrina y jurisprudencia para acceder a él. Por lo demás, en autos no existe prueba suficiente para que se pueda acceder a lo pedido por ese concepto, por lo que se rechazará la solicitud de indemnización de perjuicios por lucro cesante.

Finalmente, la demandante solicitó el pago de \$30.000.000 por concepto de daño moral, fundado en la “afectación de la honra, el prestigio y la fama” de XX. Sin perjuicio de la discusión relativa a si el daño moral procede en responsabilidad contractual, y respecto de una persona jurídica, cabe indicar que si bien la apreciación del monto del daño moral es privativa del juez, tal daño debe ser acreditado, lo que en la especie tampoco ha ocurrido. En efecto, de los dichos de los testigos se concluye que, de todos modos, XX procedió a vender todos los departamentos, a precios similares a los que se ofrecían en el año 2009, y no existen fundamentos ciertos y claros que den cuenta de un verdadero menoscabo en la reputación de la demandante, razones por las cuales se procederá a rechazar la indemnización demandada por concepto de daño moral demandado.

Vigésimo Sexto: Que ambas partes han solicitado la condena en costas de la contraria. En opinión de este Árbitro, la demandante ha tenido razones fundadas para demandar; y asimismo, la demandada ha tenido también justificación y necesidad para exponer sus argumentaciones con el propósito de intentar desvirtuar la demanda, sin perjuicio que considera que no tuvo fundamento plausible para oponer demanda

reconvencional, respecto de la cual finalmente se desistió. Por lo anterior, este Tribunal determina que cada parte pagará sus costas.

Vigésimo Séptimo: Que este Árbitro se encuentra dentro de plazo para dictar el laudo.

En el mérito de lo expuesto en las consideraciones precedentes, y de las facultades concedidas al Árbitro, en su carácter de Árbitro Arbitrador, de las disposiciones contenidas en los Artículos 1 y 8 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; Artículos 1.545, 1.546, 1.547, 1.548, 1.551, 1.556, 1.557, 1.558, 1.560 a 1.566, 1.698 a 1.714 y 2.003, todos del Código Civil; Artículos 341 a 429, y 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil; Artículos 222 a 243 del Código Orgánico de Tribunales, de las Normas del Reglamento de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago, y de conformidad a las reflexiones derivadas de la prudencia y equidad.

RESUELVO:

Primero: Se rechazan las objeciones documentales formuladas por la demandada en el primer otrosí de su presentación de fs. 126 y siguientes.

Segundo: Se rechazan las objeciones documentales formuladas por la demandante en el otrosí de su presentación de fs. 145 y siguientes.

Tercero: Se acoge parcialmente la demanda de reembolso interpuesta por XX en contra de ZZ, condenando a esta última al pago de \$45.326.903, por concepto de reembolso por los gastos incurridos por la demandante en razón de los defectos y fallas en la construcción existentes en el Edificio YY, suma que deberá pagarse reajustada según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, contado desde la fecha en que esta sentencia se encuentra ejecutoriada o cause ejecutoria, y hasta la fecha del pago efectivo, más los intereses corrientes que correspondan, calculados durante la misma época.

Cuarto: Se acoge parcialmente la acción de indemnización de perjuicios, deducida conjuntamente con la acción de reembolso, por XX en contra de ZZ, por daño emergente, por un monto de \$4.500.000, el que deberá pagarse reajustado y con intereses, en la misma forma indicada en el Acápito Tercero, y se rechaza la acción de indemnización de perjuicios por conceptos de lucro cesante y daño moral.

Quinto: Álcese la medida precautoria decretada mediante resolución de fecha 30 de enero de 2014, una vez que se acredite el cumplimiento íntegro del pago decretado en el presente laudo por la parte demandante, lo que deberá ser certificado por este Árbitro o por la secretaria general del CAM Santiago.

Sexto: Cada parte deberá hacerse cargo de sus cosas procesales y personales.

Este laudo será autorizado por la secretaria general del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

Notifíquese personalmente o por cédula a través de receptor judicial y archívese en su oportunidad.

Sentencia dictada por el Juez Árbitro, señor Roberto Guerrero del Río.