

Javier de Iruarrizaga Samaniego

Árbitro Arbitrador en cuanto al procedimiento y de Derecho en cuanto al fallo

Fecha Sentencia: 25 de octubre de 2010

ROL 1067-2009

MATERIAS: Contrato de Construcción a Suma Alzada - resolución de contrato - indemnización de perjuicios – incumplimiento contractual – pacto comisorio.

RESUMEN DE LOS HECHOS: XX interpone demanda arbitral de resolución de contrato con indemnización de perjuicios en contra de ZZ, a fin de que se declare terminado el Contrato de Construcción de Obra Material celebrado entre ellas, y se le condene a indemnizar por los perjuicios que ha ocasionado su incumplimiento. ZZ dedujo demanda reconvenional de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios en contra de XX, solicitando que se declare que la demandada debe dar cumplimiento al contrato y que se le condene a indemnizar por los supuestos perjuicios.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.489, 1.545, 1.546, 1.551, 1.552.

DOCTRINA: ZZ no acreditó la existencia de incumplimientos de XX, que la habilitaran a poner término inmediato al contrato de construcción. Aun cuando XX hubiere retardado la entrega de las obras, resultaría aplicable a este caso lo preceptuado por el Artículo 1.552 del Código Civil y no lo solicitado. (Considerando N° 3). Por su parte, XX acreditó el incumplimiento de ZZ de su obligación de pagar en forma íntegra y oportuna los estados de pago cursados, obligación que se consideró especialmente relevante en este caso particular, ya que el contrato de construcción no consideraba la entrega de ningún anticipo de la demandada a la demandante. (Considerando N° 4).

Por otra parte, ZZ decidió prescindir de las normas contractuales que rigen la terminación anticipada, dando por terminado el contrato anticipadamente y suscribiendo un nuevo contrato de construcción con otra empresa constructora, este hecho no sólo constituyó incumplimiento del contrato de construcción celebrado por las partes, sino que además, del Convenio suscrito entre ella y el Ministerio TR. (Considerandos N° 6 y N° 7).

A juicio del Tribunal los incumplimientos de ZZ resultaron ser de tal gravedad, que habilitan a XX a impetrar la resolución del contrato de construcción, al igual que la indemnización de los perjuicios. Como consecuencia de lo anterior, se rechaza en todas sus partes la demanda reconvenional deducida por la demandada para exigir el cumplimiento del contrato de construcción. (Considerandos N° 8 y N° 9).

DECISIÓN: Se acoge la demanda principal y se rechaza la demanda reconvenional. Se condena a la demandada al pago de ciertas prestaciones. Cada parte se pagará sus costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 25 de octubre de 2010.

I. CONSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE

1. Con fecha 18 de diciembre del año 2006, entre ZZ, por una parte, y por la otra parte XX, se otorgó un Contrato de Construcción, cuya cláusula trigésima primera dispone que “toda dificultad que se produzca entre el propietario y el constructor acerca de la validez, interpretación, ejecución, cumplimiento o resolución de

dicho Contrato o cualquiera otra materia que con él se relacione, será resuelta breve y sumariamente, sin forma de juicio, cada vez, por un Árbitro Arbitrador, quien resolverá en única instancia y en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno, a los que las partes renunciaron en el mismo acto. La designación del Árbitro sería efectuada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., entre el cuerpo arbitral de ese Centro.

2. Con fecha 3 de junio de 2009 don C.N. en representación de XX, presentó al CAM Santiago la solicitud de arbitraje que rola fs. 1 de este expediente; a fs. 37 consta la designación del suscrito como Árbitro Arbitrador, para resolver la controversia existente en torno a la aplicación del Contrato mencionado en el párrafo precedente; a fs. 40, consta la aceptación del cargo y el juramento ante Notario de desempeñar el cargo fielmente y en el menor tiempo posible; a fs. 41 de estos autos el Árbitro dio por constituido el compromiso y se citó a comparendo para fijar normas de procedimiento. En dicho comparendo don H.C. en representación de ZZ, presentó un escrito solicitando la declaración de nulidad del procedimiento por incompetencia del Tribunal y su suspensión mientras se fallare el incidente. Con fecha 12 de agosto de 2009 el Tribunal accedió a la suspensión del procedimiento mientras se resolvía el incidente, el cual fue rechazado por resolución de 21 de agosto de 2009, que rola a fs. 60 y siguientes.

3. Con fecha 27 de agosto de 2009 se realizó el comparendo decretado para fijar procedimiento, asistiendo los apoderados de ambas partes. Se dejó constancia que el objeto del arbitraje sería resolver las diferencias ocurridas entre ellas en relación con el cumplimiento del mencionado contrato de construcción, y que las partes del juicio son las siguientes: a) XX (en adelante también “La Constructora” o “El Contratista”), representada por don M.N., ambos con domicilio en calle DML, comuna de Providencia, quien ha designado como patrocinante y apoderado a don C.N. del mismo domicilio; y b) ZZ (en adelante también “La Propietaria” o “La Sostenedora”), representada por doña E.M., ambas domiciliadas calle DML, Viña del Mar, quien ha designado como patrocinante y apoderado a don H.C., domiciliado en calle DML, Viña del Mar.

II. LA DEMANDA

1. A fs. 71, XX interpuso demanda arbitral de resolución de contrato con indemnización de perjuicios en contra de ZZ, a fin de que se declare terminado el Contrato de Construcción de Obra Material celebrado entre ellas con fecha 18 de diciembre de 2006, y se le condene a indemnizar por los perjuicios que ha ocasionado su incumplimiento. La demandante manifiesta que suscribió el mencionado Contrato de Construcción para la dirección, administración y construcción de las obras de ampliación y adecuación para la jornada escolar completa de las instalaciones del establecimiento educacional de la que la demandada es sostenedora, denominado TR1, hasta la completa terminación de la obra; y que la demandada se obligó a pagar por esas obras un precio fijado a suma alzada ascendente a \$ 318.453.399 IVA incluido. Declara que la construcción de las obras debería ejecutarse de acuerdo al Permiso de Edificación de fecha 3 de mayo de 2005 de la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar. Declara que el plazo original para ejecutar las obras vencía el 18 de octubre de 2007, plazo que fue ampliado hasta el día 20 de febrero de 2008, mediante modificación suscrita con fecha 22 de enero de 2008, y posteriormente hasta el día 22 de mayo de 2008, según acta de acuerdo celebrada con fecha 17 de abril de 2008.

2. Declara la demandante que ejecutó el contrato cumpliendo con las obras pactadas, salvo una obra menor (cancha de asfalto), que no pudo terminar por habersele negado el acceso al recinto; que realizó las obras extraordinarias solicitadas y que incluso efectuó obras a su costa no contempladas en el presupuesto, como empalme de agua potable y alcantarillado. Que no obstante ello, la demandada habría puesto término unilateral al contrato de construcción mediante un correo electrónico el día martes 10 de junio del año 2008; y que el día 12 de junio también por correo electrónico exigió el retiro de la faena expulsando el día 13 de junio de 2008 al personal de la constructora que hasta ese momento permanecía en el colegio, incluido los profesionales y prohibiendo el acceso al libro de obras que se encontraría retenido en poder de un

representante de la sostenedora. Que posteriormente la sostenedora habría contratado a una persona para ejecutar nuevas obras en el colegio.

3. Reclama que la demandada le adeudaría diversos montos por conceptos tales como saldo no cancelado del Estado de Pago N° 12; saldo del Contrato de Construcción de Obra Material correspondientes a obras financiadas, incluidas saldo de aporte fiscal y la totalidad de las retenciones hechas por la sostenedora a los diversos estados de pago aprobados, que mantiene en su poder; saldo del Contrato de Construcción de Obra Material correspondiente a obras no financiadas; obras extraordinarias impagas; incremento de gastos generales por tardanza en la cancelación de los estados de pago; recuperación de inversión en empalmes de agua potable y alcantarillado que no figuraba en el presupuesto acompañado al Contrato; y los intereses devengados por concepto de retraso en la cancelación de los estados de pago cursados y de obras extraordinarias. Por tal motivo, dedujo demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios en contra de ZZ, solicitando se declare terminado el contrato de construcción de obra material celebrado con fecha 18 de diciembre de 2006 y se condene a la demandada a indemnizar por los perjuicios, que estima en la cantidad de \$ 170.359.565, monto que corresponde a los siguientes conceptos: a) Saldo insoluto del Estado de Pago N° 12, que asciende a la cantidad de \$ 36.040.535; b) Retenciones efectuadas por la demandada a los Estados de Pago N°s. 1 al 12, ascendentes a \$ 12.175.195; c) Obras realizadas que correspondería cobrar en el estado de pago final, ascendente a \$ 28.297.658; d) Saldo del contrato de construcción correspondiente a obras no financiadas, ascendente a \$ 4.267.981, por obras relativas a cierres interiores del patio de pre-básica y patio de servicio, cierre por calle DML, cierre por calle DML y pintura de cielo; e) Obras extraordinarias no contempladas en el contrato, derivadas de omisiones o modificaciones al mismo, ascendentes a \$ 13.993.766; f) Gastos generales derivados de la mayor estadía en la obra por el período que corre entre el 18 de octubre de 2007 y 10 de junio de 2008 que asciende a \$ 25.940.240; g) Por inversión efectuada en empalme de agua potable y alcantarillado por la cantidad \$ 9.779.420; h) Por concepto de intereses derivados de retrasos en la cancelación de estados de pago ascendentes a \$ 8.019.396; e i) Finalmente, la aplicación de la multa establecida en el párrafo primero en la cláusula vigésimo novena del contrato equivalente a un 10% del precio del contrato, esto es, la cantidad de \$ 31.845.334; más los reajustes e intereses que se devenguen entre la fecha de transferencia de fondos por parte del Ministerio TR para el pago del Estado de Pago N° 12 que la demandada retuvo y la fecha de pago efectivo; o bien lo que el Árbitro estime pertinente.

III. CONTESTACIÓN Y DEMANDA RECONVENCIONAL

1. **Contestación:** Con fecha 14 de octubre de 2009 la demandada evacuó el traslado, presentando un escrito en que opone excepciones dilatorias, y en subsidio contesta la demanda. En su contestación, solicita el rechazo de la demanda de autos, argumentando lo siguiente: a) Que el contrato de construcción habría terminado por el vencimiento de un plazo extintivo de manera que no corresponde que se declare judicialmente la resolución del mismo; b) Que las indemnizaciones que el actor reclama son propias de una acción de cumplimiento y no de una acción de resolución como la interpuesta; c) Que reclamadas la indemnización convencional o cláusula penal no se puede pedir la reparación ordinaria compensatoria ni el cumplimiento a un mismo tiempo, sino cuando el acuerdo de las partes lo admita, según los Artículos 1.537 y 1.543 del Código Civil; d) Que la demanda no precisa las obligaciones supuestamente incumplidas, y que tal indeterminación es suficiente para rechazar la demanda; e) Que la demandante no cumplió con innumerables obras convenidas en el contrato, y las que ejecutó las hizo de tan mala calidad que muchas han debido ser reconstruidas, removidas o sustituidas; f) Que la demandante no cumplió con su obligación de pedir la recepción municipal provisoria, ni menos la definitiva; g) Que además del retardo en la ejecución de la obra, la demandante abultó el Estado de Pago N° 12 hasta la suma de \$ 51.040.535, pero que el Ministerio rebajó esa cifra; h) Que la demanda debe ser rechazada por no cumplirse los requisitos para la aplicación de la resolución tácita del Artículo 1.489 del Código Civil, y que no procede que un Juez declare la resolución del contrato, porque habría operado un “pacto comisorio calificado”, pacto que estaría contenido en la cláusula

vigésimo novena del contrato de construcción, y que este contrato ya habría quedado resuelto con fecha 10 de junio del año 2008 cuando la sostenedora le puso término en forma unilateral mediante correo electrónico.

2. Demanda Reconvencional: En el mismo escrito, ZZ dedujo demanda reconvencional de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios en contra de XX, solicitando que se declare que la demandada debe dar cumplimiento al contrato y que se le condene a indemnizar por los supuestos perjuicios que indica, entre ellos: a) El daño emergente, por las cantidades que la sostenedora debió pagar a otra constructora; b) El lucro cesante, por los montos que la sostenedora no recibió al no haber podido implementar la jornada escolar completa; c) Por daño moral, que habría sufrido la sostenedora en su imagen comercial y educacional por no haber recibido la cosa en el tiempo convenido; d) La cláusula penal contenida en la cláusula séptima del contrato de construcción; y e) El cumplimiento del pacto comisorio calificado de la cláusula vigésimo novena del contrato. La demanda reconvencional no señala los montos que pretende por estos conceptos, sino que sujeta su valorización a lo previsto en el Artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Por resolución de fecha 19 de octubre de 2009 el Tribunal resolvió el incidente promovido por la demandada en lo principal de su escrito de contestación rechazando las excepciones de falta de personería y de incompetencia del Tribunal; como consecuencia de lo anterior se tuvo por contestada la demanda de fs. 71, y por deducida demanda reconvencional, dando traslado de ella a la demandante.

3. Contestación a la demanda reconvencional: Con fecha 3 de noviembre de 2009, mediante escrito que rola a fs. 96 y siguientes, XX contestó la demanda reconvencional solicitando su rechazo puesto que carecería de fundamento fáctico y jurídico, y descansaría sobre supuestos falsos y otros indeterminados. Señala que el incumplimiento del constructor le otorgaba al mandante una opción, no un derecho copulativo, de poner término inmediato al contrato sin necesidad de requerimiento o declaración judicial alguna, o exigir su cumplimiento forzado haciendo ejecutar la obra por sí o un tercero; no podía pues poner término al contrato y además exigir su cumplimiento forzado. Si la sostenedora puso término mediante un correo electrónico al contrato, entonces no estaría válidamente habilitada para demandar el cumplimiento forzado. En cuanto a la facultad de poner término al contrato contenida en la cláusula vigésimo novena, requeriría un incumplimiento del constructor, y no existe cláusula alguna que permita a la mandante calificar el incumplimiento en forma arbitraria, unilateral o exclusiva; de modo que el supuesto incumplimiento del constructor es un hecho discutido que debía ser resuelto previa y sumariamente por un Árbitro Arbitrador sin forma de juicio. La terminación informal del contrato y el encargo de proseguir la obra con un tercero no tendría fundamento contractual alguno. Además señala que la demanda reconvencional no contendría la enunciación clara o expresa del incumplimiento que reclama ni cuáles serían las obras no ejecutadas que formaban parte del contrato; que el propio demandante reconvencional reconoció que los trabajos de construcción del colegio estaban terminados en un escrito presentado con fecha 30 de junio de 2008 en el recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Señala que, encontrándose terminadas las obras, conceder los conceptos que reclama supondría un enriquecimiento sin causa, y que no existe responsabilidad alguna del constructor en la no obtención de recepciones de obra. Finalmente, señala que no es posible discutir la especie y el monto de sus eventuales perjuicios en la ejecución de la sentencia o en un juicio diverso, porque ello atentaría contra la cláusula compromisoria que otorga facultades a un Árbitro Arbitrador para resolver breve y sumariamente y sin forma de juicio; y que al no haber el actor reconvencional deducido su acción para ser resuelta en un mismo juicio ha precluido su derecho.

IV. TRAMITACIÓN

1. Por resolución de fecha 5 de noviembre de 2009, fs. 105, se tuvo por contestada la demanda reconvencional, y atendido el estado del proceso se concedió a ambas partes un término de diez días para que complementaran sus escritos iniciales a fin de dar mayor apoyo a las argumentaciones planteadas, trámite que sólo evacuó la parte de XX mediante escrito que rola a fs. 106 y siguientes.

2. De conformidad a lo establecido en el párrafo 3.4 del acta que fija las normas de procedimiento, por resolución de fecha 27 de noviembre de 2009 el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación a realizarse el día 15 de diciembre de 2009, la que se suspendió, fijándose nuevas audiencias que por diversos motivos o impedimentos fueron también suspendidas. Finalmente se lleva a efecto la última audiencia de conciliación con fecha 16 de marzo de 2010 con la asistencia de los apoderados de ambas partes, la que concluyó sin que las partes hubieren logrado un acuerdo.
3. Por resolución de fecha 21 de diciembre de 2009, que rola a fs. 137, el Tribunal prorrogó el plazo para dictar sentencia por un nuevo período de seis meses contados desde la fecha de vencimiento del plazo inicial.
4. Con fecha 5 de abril de 2010 (fs. 142) y 4 de mayo de 2010 (fs. 147), el Tribunal recibió la causa a prueba fijando como hechos sustanciales pertinentes los siguientes: a) Obras contratadas y ejecutadas por la demandante en virtud del Contrato de Construcción por Suma Alzada de fecha 18 de diciembre de 2006; b) Estados de pago cursados, pagos efectuados por la demandada a la demandante y retenciones practicadas por la demandada a la demandante en virtud del mismo contrato. Efectividad que la demandada adeuda a la demandante estados de pago y retenciones a los estados de pago; c) Obras extraordinarias efectuadas por XX para ZZ, y si éstas fueron solicitadas, recibidas y pagadas por ésta; d) Si la demandada ZZ ha incumplido las obligaciones que le imponía el contrato de Construcción por Suma Alzada de fecha 18 de diciembre de 2006, hechos y circunstancias; e) Si la demandada reconvenicional XX ha incumplido por su parte las obligaciones que le imponía el contrato de Construcción por Suma Alzada de fecha 18 de diciembre de 2006, hechos y circunstancias; f) Efectividad que la demandante XX sufrió perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que el contrato imponía a la parte demandada. Existencia de los perjuicios que reclama; g) Efectividad que la demandante reconvenicional ZZ sufrió perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que el contrato imponía a la parte demandada reconvenicionalmente. Existencia de los perjuicios que reclama; h) Aportes efectuados por el Ministerio TR para financiar las obras de ampliación y adecuación de las instalaciones del establecimiento denominado TR1 de calle DML, a que se refiere el contrato de fecha 18 de diciembre de 2006; i) Efectividad que la XX realizó a su costo los trabajos de empalmes de agua potable y alcantarillado y si dichos trabajos fueron pagados por la demandada. Montos. A fs. 149 y 150 las partes acompañaron sus correspondientes listas de testigos, las que se tuvieron por presentadas por resolución que rola a fs. 151.
5. A fs. 544 y 563, la demandante acompañó documentos en parte de prueba, y solicitó las siguientes actuaciones: a) La exhibición de documentos que obrarían en poder de la demandada (libro de obras y recibos de pago de las facturas correspondientes a fondos transferidos del Ministerio TR), fijándose día y hora al efecto; y b) La inspección personal del Tribunal a las dependencias del colegio TR1 donde se ejecutaron las obras que dieron origen al proceso. El Tribunal, accediendo a lo solicitado, fijó para efectos de la exhibición de documentos la audiencia del día 8 de julio de 2010 a las 12:00 horas; y decretó la diligencia de inspección personal del Tribunal a realizarse el día miércoles 28 de julio de 2010 a las 11:00 horas.
6. Con fecha 3 de agosto de 2010, y de acuerdo a lo dispuesto en el acta que fija las normas de procedimiento, se dio traslado a las partes para que en el plazo de diez días presenten escrito de observaciones a la prueba rendida. Este trámite fue evacuado únicamente por la parte demandante, según consta de escrito acompañado a fs. 655 y siguientes de estos autos.
7. Por resolución de fecha 15 de octubre de 2010, que rola a fs. 1013, el Tribunal citó a las partes a oír sentencia.

V. PRUEBA RENDIDA

1. Prueba documental: A fs. 544 y siguientes, la parte demandante presentó como parte de prueba, los siguientes documentos: a) Copia autorizada de expediente de recurso de protección, elevado ante la Corte Suprema por apelación; b) Copia de Informe Técnico de Peritaje emitido por PE, Perito designado en causa sobre Medida Prejudicial Probatoria; c) Acta de Acuerdo suscrita por las partes con fecha 17 de abril de 2008; d) Copia autorizada de Resolución de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Viña del Mar; e) Copia autorizada de Ordinario de la DOM de Viña del Mar; f) Copia autorizada de Memorándum de 15 de julio de 2008, del abogado de la DOM de Viña del Mar, don J.H., a don H.M., jefe de Sección de Inspección de esa Municipalidad; g) Set de documentos consistentes en Declaración de Instalación de gas, Certificado de Inspección, Declaración de Central de Gas Licuado y Anexo de Información Técnica y operacional SEC; h) Certificado emitido por Esval con fecha 15 de julio de 2008; i) Copia de carta de fecha 28 de octubre de 2008, recibida con timbre de la oficina de partes de la DOM de Viña del Mar de fecha 30 de octubre de 2008; j) Copia de Carta de fecha 20 de octubre de 2008, que aparece recibida con timbre de la oficina de partes de la DOM de Viña del Mar con fecha 30 de octubre de 2008; k) Contrato de Construcción a Suma Alzada suscrita entre las partes, con anexos de ampliación de plazo; l) Declaración Jurada de don C.M. ante el Notario de don NT, de fecha 13 de Junio de 2008; m) Original de Ordinario de fecha 27-7-2008 del Seremi de TR, Región de Valparaíso a don M.N.; n) Estados de pago no financiados, con timbre del Seremi de TR fechado el 13 de junio de 2008; o) Set de documentos consistentes en: Carta de la constructora recibida con fecha 13 de junio de 2008 por el Seremi de TR; Copia de correos electrónicos de fecha 12 de junio de 2008; Copia de transferencias realizadas por el Seremi a la demandada; Copia de carta firmada por la representante legal de la demandada de fecha 30 de octubre de 2007 dirigida al Seremi de TR Región de Valparaíso; Copia de carta de fecha 21 de diciembre de 2007 firmada por la sostenedora y la ITO dirigida al Ministerio TR; Copia de carta de fecha 8 de mayo de 2008 firmada por la sostenedora, dirigida al Seremi de TR Región de Valparaíso; p) Copia de carta recibida con fecha 25 de junio de 2008 por la Oficina de Partes de la Alcaldía de la Municipalidad de Viña del Mar; q) Set de 50 correos electrónicos remitidos y recibidos por las partes; y, r) Copia de informe de seguimiento y control de proyecto de la Seremi de TR, de fecha 20 de mayo de 2008.

2. Prueba testimonial: Con fechas 3 de junio, 4 de junio, 9 de junio, 15 de junio y 17 de junio de 2010 se llevaron a efecto las audiencias decretadas para la recepción de la prueba testimonial ofrecida por las partes. A fs. 548 y siguientes consta la declaración del testigo presentado por la parte demandante don PE, llevada a efecto el día 3 de junio de 2010; a fs. 554 y siguientes consta la declaración del testigo presentado por la parte demandante don M.U., llevada a efecto el día 3 de junio de 2010; a fs. 559 y siguientes consta la declaración del testigo presentado por la parte demandante don B.O. llevada a efecto el día 3 de junio de 2010; y a fs. 567 y siguientes consta la declaración del testigo de la parte demandante don A.U., llevada a efecto el día 4 y 9 de junio de 2010. A fs. 593 y siguientes consta la declaración de la testigo presentada por la parte demandada doña M.O., llevada a efecto el día 15 de junio de 2010; a fs. 602 y siguientes consta la declaración del testigo presentado por la parte demandada don R.V. llevada a efecto el día 17 de junio de 2010; a fs. 609 y siguientes consta la declaración de la testigo presentada por la parte demandada doña R.F., llevada a cabo el día 17 de junio de 2010.

3. Prueba confesional: Accediendo a lo solicitado por las partes en sus escritos de fs. 563 y 566, el Tribunal citó a doña E.M. y a don M.N. a absolver posiciones personalmente, a las audiencias fijadas para el día 8 de junio de 2010 a las 08:30 horas, y para el día 13 de julio de 2010 a las 12:00 horas, respectivamente. La prueba confesional solicitada por la demandante se llevó a efecto en la audiencia celebrada con fecha 8 de julio de 2010, que rola a fs. 628 y siguientes, a la que concurrió personalmente la representante legal de ZZ, doña E.M., quien absolvió posiciones al tenor del pliego presentado por la parte demandante que rola a fs. 619 y siguientes. La prueba confesional solicitada por la demandada se llevó a efecto en la audiencia celebrada con fecha 13 de julio de 2010, que rola a fs. 643 y siguientes, a la que concurrió personalmente el representante de XX, don M.N., quien absolvió posiciones al tenor del pliego presentado por la parte demandada que rola a fs. 633 y siguientes.

4. Oficios: En el escrito de fs. 544 la demandante solicitó oficiar a la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Viña del Mar y a la Secretaría Regional Ministerial de TR, y solicitó traer a la vista los expedientes relativos a Medida Prejudicial Precautoria y Recurso de Protección, a todo lo cual el Tribunal accedió, despachándose los respectivos oficios. Respecto de la tramitación de estos oficios, se deja constancia de lo siguiente: Oficio a la Secretaría Regional Ministerial de TR: Fue respondido con fecha 28 de julio de 2010 y agregado a estos autos a fs. 678; Oficio al Segundo Juzgado Civil de Viña del Mar: Fue respondido con fecha 18 de agosto de 2010 y agregado a estos autos a fs. 820; Oficio a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso: Fue respondido con fecha 28 de julio de 2010 y agregado a estos autos a fs. 732. Posteriormente, a fs. 675, la parte demandante solicitó se oficiara a la Dirección de Obras Municipales de Viña del Mar, despachándose el oficio correspondiente, que fue respondido con fecha 28 de septiembre de 2010 y agregado a autos a fs. 1009. Por su parte la demandada solicitó se oficie al Ministerio TR, despachándose el oficio correspondiente, que fue respondido con fecha 21 de septiembre de 2010 y agregado a autos a fs. 909.

5. Inspección del Tribunal: Con fecha 30 de julio de 2010 el Árbitro se constituyó en las dependencias del colegio TR1 ubicado en DML, comuna de Viña del Mar para los efectos de proceder a la inspección personal del Tribunal decretada a fs. 617 y 650. La diligencia se llevó a efecto con la presencia de don M.N. y su apoderado don C.N., por la parte demandante, y de doña E.M. y su apoderado H.C., por la parte demandada. El Árbitro hizo un completo recorrido por todas las dependencias del colegio en compañía de ambas partes y de sus apoderados, entre ellas Pabellón 1, el Pabellón 2, multicancha, patio de prebásica, sector de portería, rampa de acceso, cierres exteriores, cocina, casino y bodega, vigas y refuerzos de pilares del primer piso, baños, puertas y ventanas y otras.

6. Valoración de la prueba rendida: Respecto de la prueba documental, todos los documentos agregados a estos autos se tuvieron por acompañados con citación, sin haber sido objetados, por lo que deben tenerse por reconocidos de conformidad a lo previsto de los Artículos 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual el Tribunal los tiene por auténticos.

En lo que respecta a la prueba testimonial, se presentaron tachas respecto del testigo de la parte demandante don A.U., a fs. 569, y respecto de la testigo de la parte demandada doña M.O., a fs. 593, quedando ambas tachas para definitiva. Respecto de la tacha deducida en contra del testigo de la demandante, don A.U., se abrió un término especial de prueba sin que se rindiera probanza alguna respecto de las causales invocadas del N° 6 y N° 7 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil; no obstante el mismo testigo reconoció ser tío de don M.N, señalando que “es hijo de una hermana mía”, con lo que se configuraría la causal de tacha del número 1 del mismo artículo. De este modo el Tribunal acogerá la tacha deducida en contra del testigo don A.U., sin perjuicio de que apreciada su declaración en conciencia se pudiere considerar como base de presunción. En cuanto de la tacha deducida contra la testigo de la parte demandada doña M.O., ésta no fue legalmente fundada, y a juicio del Tribunal, esta testigo no manifestó un interés económico o pecuniario que la inhabilite a declarar, de manera que el Tribunal rechazará la tacha deducida en su contra.

El Tribunal tendrá presente todas las restantes pruebas rendidas para fundar su sentencia, sin perjuicio de apreciar en cada caso su valor probatorio en conciencia de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

VI. ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

1. Que las acciones deducidas en estos autos emanan del Contrato de Construcción por Suma Alzada de 18 de diciembre de 2006, agregado a fs. 8 y siguientes, cuyas estipulaciones esenciales se consignan a continuación:

- La sociedad ZZ encargó a XX, la dirección, administración y construcción a suma alzada de las obras de ampliación y adecuación de las instalaciones del establecimiento denominado TR1, en terrenos de la mandante ubicados en calle DML, comuna de Viña del Mar. La construcción se ejecutaría según Permiso de Edificación de la DOM de Viña del Mar, de 3 de mayo de 2005, y documentos reseñados en la cláusula tercera del contrato; como también las Normas Técnicas para la Contratación de Obras del Ministerio TR, la normativa municipal, etc.

- La Constructora se obligó a entregar la obra terminada dentro del plazo total de diez meses contados desde el día 4 de diciembre de 2006, debiendo ejecutarse en una sola etapa. El Constructor se obligó a obtener las aprobaciones y recepciones de las instalaciones por parte de los servicios públicos correspondientes (redes de agua potable, alcantarillado, certificado de recepción y puesta en servicio de las redes y obras civiles eléctricas, Certificado de Recepción de Canalizadores Telefónicas, etc.).

- La Constructora se obligó a ejecutar la totalidad de las obras a suma alzada, por el precio único y total, no reajutable, de \$ 318.453, IVA incluido, que incluye todo gasto que irrogue el cumplimiento del contrato. Se distingue entre Obras Financiadas (\$ 312.385.358) y Obras No Financiadas (\$ 6.067.981). El propietario podría aumentar o disminuir partidas del presupuesto, modificando las obras contratadas o solicitando obras nuevas, hasta por un 5% del monto del Contrato, y el Constructor debería ejecutar estas obras adicionales, sin aumentos de plazo ni cobro de gastos generales adicionales.

- El Contrato no contempla el pago de anticipos, de manera que todo el precio se pagaría mediante estados de pago mensuales por avance de obras, respecto de las obras ejecutadas en el mes calendario anterior. Una vez presentados, los estados de pago debían ser aprobados por la Inspección Técnica en un plazo de cinco días corridos, y el propietario se obligó a pagarlos dentro de los diez días hábiles contados desde la fecha de su recepción, visados por la Inspección Técnica. Se indica que el propietario podrá eventualmente pagar los estados de pago en forma parcial, siempre que quede totalmente pagado en un plazo no superior a quince días hábiles desde su presentación con el Visto Bueno del ITO.

- El incumplimiento de la entrega de la obra por causas imputables al Constructor, permitirá a la propietaria cobrar una multa de 0,5/1000 del monto total del contrato por cada día de atraso, que se considera como una evaluación anticipada y convencional de perjuicios, pudiendo el propietario hacerla efectiva rebajándola de las retenciones o de otras garantías constituidas en su favor.

- A fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el Contratista entregó al Mandante una Boleta Bancaria de Garantía a la orden de E.M., pagadera con 30 días de aviso previo, y con una vigencia igual al plazo del contrato, más noventa días corridos, por un monto de \$ 15.922.667. En caso de aumento de plazo para terminar la obra, la Constructora debería obtener la extensión de la vigencia de dicha boleta y entregar las boletas adicionales que se requieran por concepto de ajustes.

- A fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la Constructora, de cada estado de pago se descontaría como retención, un 5% de su valor, hasta completar un 5% del monto total del contrato. Otorgada la recepción provisoria, y verificado el cumplimiento del plazo, el propietario debería restituir al Constructor el monto total de la garantía, dentro del plazo de treinta días corridos, debiendo en todo caso la Constructora entregar previamente al propietario una boleta de garantía por el 100% del total de las retenciones, documento que tendrá una vigencia de ocho meses a contar de su otorgamiento y que garantizará la correcta ejecución de las obras, garantía que sería devuelta al Constructor junto con la recepción definitiva del Mandante.

- La cláusula vigésima contiene las obligaciones del Constructor, entre otras: Cumplir las especificaciones técnicas, planos del proyecto y la normativa aplicable; mantener a cargo de las faenas a un representante

autorizado; emplear materiales de primera calidad salvo que las especificaciones técnicas establezcan otra cosa; presentar periódicamente certificados de ensayos de hormigones, etc.; desarrollar los trabajos con personal suficiente e idóneo; mantener un Libro de Obras foliado en triplicado bajo custodia; entregar los planos de construcción de las instalaciones; mantener cuidadores en la obra hasta quince días después de la fecha de recepción provisoria.

- La cláusula vigésimo novena establece que el incumplimiento por el constructor de las obligaciones contractuales habilitaría al Mandante a poner término de inmediato al contrato, sin necesidad de requerimiento ni declaración judicial alguna, o exigir su cumplimiento forzado, haciendo ejecutar la obra por sí o por un tercero, en ambos casos con indemnización de perjuicios, que se avalúan convencional y anticipadamente en un 10% del precio del Contrato. La misma multa se devengará a favor del Contratista y en contra del Mandante en caso que este último incumpla por causa imputable a él, su obligación de pago de las obras en la forma y en los plazos establecidos.

- Se señalan los hechos que constituyen incumplimientos del Constructor, entre otros: La paralización injustificada de la obra, incapacidad técnica o administrativa para terminar la obra, quiebra o insolvencia del constructor; desobediencia de las órdenes e instrucciones impartidas por la ITO o el propietario, errores en los trabajos que deriven en defectos graves que no pudieren ser reparados y comprometieren la seguridad de ellas u obligaren a modificaciones substanciales del proyecto; si las obras se retrasaren más de treinta días corridos según programa general de la obra.

- Se establece el siguiente procedimiento aplicable cuando, sin mediar incumplimiento del constructor, el propietario ordene la paralización definitiva de la obra: i) el Mandante debe pagar el estado de pago por avance de obra hasta la fecha de paralización; ii) El propietario pagará a la Constructora todos los gastos efectivos que produzca la paralización incluyendo las indemnizaciones que correspondan al personal contratado hasta la fecha, los materiales de obra objeto por los cuales no hubiere otorgado anticipos y aquellos cuya compra estuviere comprometida, iii) El propietario pagará al Constructor como única indemnización, hasta un 15% del valor de la obra no ejecutada.

2. El mencionado contrato fue complementado por instrumento privado denominado “Acta de Acuerdo”, suscrito con fecha 17 de abril de 2008, que rola a fs. 53 y siguientes. En dicho documento se dejó constancia de diversos acuerdos encaminados al término de la obra, entre ellos los siguientes: La constructora ejecutaría los empalmes de agua y de alcantarillado a más tardar el 07 de mayo de 2008; la constructora tramitaría los certificados conducentes a la Recepción Final a más tardar el 22 de Mayo de 2008 e ingresaría a DOM la solicitud de recepción final; la Constructora entregaría a la sostenedora el 21 de abril de 2008 una boleta de garantía de fiel cumplimiento de contrato por \$ 15.922.667, que quedaría depositada en Notaría, y que se haría efectiva si no se cumple el contrato original, el Acta de Acuerdo, o no se ejecutaren los empalmes de agua y alcantarillado; se ingresaría al Ministerio TR, a más tardar el 22 de abril, el Estado de Pago N° 12 por la suma de \$ 51.040.5356, descontándose \$ 1.450.742, por lavatorios adquiridos directamente por la propietaria; la sostenedora revisaría el presupuesto de las obras adicionales y modificaciones de obra entre el 22 de Abril y el 15 de Mayo de 2008; la sostenedora cancelaría las obras adicionales con el monto que le corresponde financiar en el último estado de pago y previa entrega de determinados documentos. La sostenedora se reservó el derecho de ejecutar con terceros la resolución de las obras objetadas y/o no realizadas, descontándolas de las retenciones o del Estado de Pago N° 12, según el valor de presupuestos realizados por terceros.

VII. VISTOS:

1. Que las obligaciones de las cuales emanan las acciones deducidas en estos autos, se encuentran contenidas en el Contrato de Construcción y Acta de Acuerdo, antes referidos, entre las cuales se encuentra:

a) La obligación del contratista de ejecutar y entregar la obra contratada de acuerdo al permiso de edificación, los planos, especificaciones y demás documentos singularizados en la cláusula tercera del contrato; y b) La obligación del propietario de pagar el precio de \$ 318.453.339 IVA incluido, a suma alzada, mediante estados de pago mensuales por avance físico de la obra, dentro de los diez días hábiles desde la fecha de la recepción oficial de los estados de pago definitivos visados por la ITO (que debía visarlos en un plazo de cinco días corridos desde su presentación);

2. Que corresponde determinar si las obligaciones esenciales del contrato de construcción y de su acuerdo complementario, se cumplieron o no, ya que ambas partes se imputan recíprocamente incumplimiento de las mismas. Por una parte la sostenedora reclama el incumplimiento de la obligación del contratista de ejecutar la obra del modo y en el tiempo convenido, y por la otra, el contratista reclama el incumplimiento de la sostenedora de pagar oportunamente los servicios prestados, con el agravante de que el contrato en cuestión no contaba con un anticipo. Todo contrato de construcción supone una secuencia de actividades encadenadas unas a otras, de modo que normalmente un incumplimiento conlleva a otro y puede derivar en una desprogramación de la obra, por lo que resulta relevante determinar cómo fueron ocurriendo los hechos. Para ello, el Libro de Obras resultaba un valioso medio de prueba, pero no fue acompañado al proceso por ninguna de las partes.

3. Que el Libro de Obras es el documento oficial en que se registran todas las actividades de una construcción, y constituye el medio de comunicación oficial entre el mandante y el contratista; allí se deja constancia de todos los problemas que se susciten en el transcurso de la obra, los atrasos e incumplimientos, las eventuales contradicciones e insuficiencias de antecedentes, planos o especificaciones; las consultas, aclaraciones o reclamos; las modificaciones, aumentos de obra u obras extraordinarias, etc. Llama la atención que en una obra tan controvertida como ésta, el Libro de Obras no haya sido exhibido al Tribunal, no obstante haberlo requerido formalmente, lo que constituye una situación anómala que dificulta la labor del sentenciador. No es imaginable que el Libro de Obras pudiere haberse extraviado, puesto que las partes estaban plenamente conscientes de su importancia, y es claro que ambas se aprestaban a enfrentar acciones judiciales derivadas del abrupto término de las faenas. En los informes de seguimiento y control de las visitas realizadas por el Ministerio TR se dejó constancia de la existencia del “Libro de Obras”, e incluso de algunas anotaciones extraídas de allí que son relevantes en este juicio. El informe técnico del perito judicial don PE, realizado por orden del 2º Juzgado Civil de Viña del Mar, agregado a fs. 231, señala: “Especial importancia habría tenido contar con los libros de obra, los que según lo expresado a este perito por la señora E.M. el día de la visita de reconocimiento, tenía instrucciones de su abogado de no facilitarlos. En el acta notarial aportada por la constructora, consta que la administración del colegio reconoció que los mencionados libros se encontraban en su poder, por lo que resulta poco comprensible la no entrega de este antecedente, el cual podría contener o contiene según manifiesta la parte de la Constructora, información relevante sobre el desarrollo de la obra”. Este informe pericial fue reconocido como auténtico por su autor, el señor PE, quien concurrió en calidad de testigo de la parte demandante según declaración de fs. 548 y siguientes.

4. Que a falta del Libro de Obras, será necesario reconstituir los hechos a partir de otros documentos y antecedentes legalmente acompañados a estos autos, tales como correspondencia, cartas, informes de seguimiento y control, y otros que no habiendo sido objetados a juicio de este Tribunal hacen plena prueba. En este sentido resultan del mayor interés los “Informes de Seguimiento de Control SEC”, que realizaba el Ministerio TR, entidad que estaba obligada a controlar el desarrollo de la obra y que dejaba periódicamente constancia escrita de sus visitas. En todos esos informes de seguimiento y control, el Ministerio TR formulaba observaciones y comentarios sobre el avance de las obras, sobre la calidad de su ejecución, sobre el desempeño de los profesionales, del contratista, de la Inspección Técnica y del sostenedor. Los siguientes informes se encuentran legalmente acompañados, sin haber sido objetados: a) Informe de 21/02/2007 (fs. 724): En esta evaluación se califica la actuación de la Inspección Técnica como “regular”, del contratista como “regular”, y el apoyo del sostenedor como “insuficiente”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de obra gruesa con un avance general del 16%; b) Informe de 09/05/2007 (fs. 725): En esta evaluación

se califica la actuación de la Inspección Técnica como “normal”, del contratista como “normal”, y el apoyo del sostenedor como “insuficiente”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de obra gruesa con un avance general del 40%; c) Informe de 06/09/2007 (fs. 726): En esta evaluación se califica la actuación de la Inspección Técnica como “regular”, del contratista como “regular”, y el apoyo del sostenedor como “insuficiente”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de obra gruesa con un avance general del 48%; d) Informe de 27/11/2007 (fs. 727): En esta evaluación se califica la actuación de la Inspección Técnica como “regular”, del contratista como “regular”, y el apoyo del sostenedor como “insuficiente”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de terminaciones con un avance general del 70%; e) Informe de 06/02/2008 (fs. 728): En esta evaluación se califica la actuación de la Inspección Técnica como “regular”, del contratista como “regular”, y el apoyo del sostenedor como “insuficiente”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de terminaciones con un avance general del 76%; f) Informe de 20/05/2008 (fs. 729): En esta evaluación se califica la actuación de la Inspección Técnica, del contratista y el apoyo del sostenedor como “insuficientes”, y se deja constancia que la obra se encuentra en etapa de terminaciones con un avance general del 86%. Se han acompañado además dos informes posteriores a la fecha en que XX fue separada de las obras, que corresponden a visitas efectuadas con fecha 05/09/2008 (fs. 730), y con fecha 21/01/2009 (fs. 731).

5. Que se encuentra acreditado, a juicio de este Tribunal, que la obra material a que se refiere el contrato de construcción de 18 de diciembre de 2006 se encuentra terminada. Así lo afirma el informe del perito PE ya mencionado: “De acuerdo a lo observado por este perito, la constructora cumplió con las obras contratadas, con la excepción de la cancha de asfalto y otras obras menores que habría sido objeto de cambio y canjeadas por otras adicionales que se ejecutaron. Existen una serie de obras que presentan diferencias respecto del proyecto, las que están justificadas o bien, por modificaciones autorizadas vía Libros de Obras, o bien, por discordancias evidentes entre los distintos proyectos que no habrían sido resueltas oportunamente por el mandante a través de su inspección técnica”; “...podemos concluir que: La Constructora ha completado la totalidad de las obras contratadas, con la sola excepción de la cancha de asfalto, al parecer por no haber sido autorizada a acceder al terreno para completar esta última”. Este Tribunal también pudo constatar la ejecución de la obra en inspección personal realizada con fecha 30 de julio de 2010, cuya acta rola a fs. 652. Este Árbitro concurrió hasta las dependencias del TR1 en horario escolar, pudiendo inspeccionar el pabellón 1, el pabellón 2, el sector de multicancha, el patio de prebásica, el sector de portería, la rampa de acceso, los cierres exteriores, cocina, casino y bodega, vigas y refuerzos de pilares, baños, puertas y ventanas; constatando que el establecimiento y las obras se encuentran terminadas y funcionan adecuadamente sin perjuicio de problemas menores susceptibles de ser solucionados. Por último, la propia sostenedora ha informado a la Corte de Apelaciones de Valparaíso que los trabajos de construcción del colegio estaban terminados, en escrito presentado en recurso de protección, el 30 de junio de 2008 (fs. 172 de autos), donde afirma que “a pesar de haber terminado los trabajos de construcción del colegio con fecha 10 de junio de 2008, los trabajadores (de XX) se han negado a hacer abandono de las dependencias del establecimiento educacional”.

6. Que en lo que respecta a la calidad de las obras ejecutadas y cumplimiento de especificaciones, los informes de seguimiento y control JEC realizados por el Ministerio TR, que rolan a fs. 724 a 731 dejan constancia de lo siguiente: Informe fecha 21/02/2007 (fs. 724) señala: Cumplimiento de las especificaciones técnicas: “CUMPLE”, y calidad de la ejecución: “REGULAR”; Informe de fecha 09/05/2007 (fs. 725) señala: Cumplimiento de especificaciones técnicas: “CUMPLE”; Calidad de ejecución: “BUENA”; Informe de fecha 06/09/2007 (fs. 726) señala: Cumplimiento de especificaciones técnicas: “CUMPLE”; Calidad de ejecución: “BUENA”; Informe de fecha 27/11/2007 (fs. 727) señala: Cumplimiento de especificaciones técnicas: “CUMPLE”; Calidad de ejecución: “REGULAR”; Informe de fecha 06/02/2008 (fs. 728) señala: Cumplimiento de especificaciones técnicas: “CUMPLE”; Calidad de ejecución: “BUENA”; Informe de fecha 20/05/2008 (fs. 729) señala: Cumplimiento de especificaciones técnicas: “PARCIAL”; Calidad de ejecución: “BUENA”. El informe del perito PE, acompañado en autos, se refiere también a la calidad de las obras: “... no hemos advertido en la obra ni encontrado antecedentes que nos permita identificar deficiencias en ella. Por el

contrario, podemos concluir que la obra es de buena calidad y presenta un buen aspecto general y en cada una de sus partes. Sus instalaciones funcionan satisfactoriamente”. Por otra parte, la impresión que pudo formarse este Tribunal en la inspección personal realizada con fecha 30 de julio de 2010, es que el aspecto de las obras ejecutadas se ve bueno, sin perjuicio de algunas deficiencias (especialmente en el sector de cocina, casino y multicancha) habituales en cualquier obra constructiva, y que de haber existido una relación armónica entre mandante y contratista pudieron haberse solucionado.

7. Que los estados de pago deben ser reflejo de las obras efectivamente ejecutadas, y por ello requieren ser visados por el ITO. Las obras verificadas por el ITO, profesional delegado por el propietario, deben ser pagadas oportunamente, dentro de los plazos previstos en el contrato, de lo contrario el mandante incurriría en un grave incumplimiento contractual, afectando el normal desarrollo y ejecución de las obras. El contrato de autos no contemplaba el pago de anticipo, por lo que la empresa contratista debió financiar directamente la primera parte de las obras. Los estados de pago cursados fueron en total 12, cuyas copias se encuentran acompañadas a fs. 275 a 358, sin haber sido objetadas. Con estos antecedentes, más el informe del Ministerio TR que rola a fs. 434, se ha confeccionado el siguiente cuadro, que describe las fechas en que el contratista presentó al sostenedor los respectivos estados de pago, y las fechas en que este último los pagó al contratista:

Estado Pago	Presentación	Monto cobrado	Pago Ministerio TR a sostenedora	Pago a constructora (aporte Ministerio TR)	Pago a constructora (aporte propio)
1	15-01-2007	14.631.964	27.02.2007	02.03.2007	02.03.2007
2	13-02-2007	32.309.547	15.03.2007	19.03.2007	29.03.2007
3	12-03-2007	24.465.699	29.03.2007	05.04.2007	23.04.2007
4	23-04-2007	19.768.743	20.04.2007	23.04.2007	04.05.2007
5	23-04-2007	20.466.887	18.05.2007	24.05.2007	13.06.2007
6	14-05-2007	9.095.641	08.06.2007	13.06.2007	20.06.2007
7	30-05-2007	25.037.262	15.06.2007	20.06.2007	31.07.2007
8	27-06-2007	30.367.337	20.07.2007	31.07.2007	16.08.2007
9	14-08-2007	11.486.249	30.08.2007	02.09.2007	11.10.2007
10	26-10-2007	12.228.856	22.11.2007	05.12.2007	24.12.2007
11	26-11-2007	21.014.055	21.12.2007	07.01.2007	14.02.2007
12	15-02-2008	51.040.535	15.05.2007	-	-

Del cuadro anterior se desprende que en general todos los estados de pago se cancelaron con atrasos relevantes, varios de ellos se terminaron de pagar con más de dos meses de diferencia entre la fecha de presentación y la fecha de pago efectivo. El artículo decimoquinto del contrato de construcción establece que el propietario debía pagar los estados de pago dentro de un plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de su recepción oficial, visado por la inspección técnica, y que eventualmente podía pagarse en forma parcial siempre que “quede totalmente pagado en un plazo superior a quince días hábiles de su presentación con el visto bueno del inspector técnico de la obra”. Por su parte, de acuerdo al artículo decimocuarto del contrato de construcción, la ITO tenía un plazo de cinco días corridos para visar cada estado de pago.

8. Que esta situación de atrasos en los pagos al contratista fue advertida por el propio Ministerio TR en Informe de Seguimiento y Control de fecha 09/05/2007, donde observa: “se ha demorado en demasía traspaso de recursos a Contratista. Sostenedor debe acelerar el traspaso de recursos a Contratista, para impedir que siga aumentando el atraso existente en obra, ya que el Ministerio TR ha tramitado oportunamente los estados de pago, excepto en los casos en que por errores de gestión de Sostenedor y U. Técnica, pagos han sido suspendidos”. En visita posterior de fecha 06/09/2007 el Ministerio TR dejó una nueva constancia:

“Sostenedor debe acelerar el traspaso de recursos al Contratista, para impedir que se produzca atraso en la obra, ya que el Ministerio TR ha tramitado oportunamente los estados de pago, excepto en los casos en que por errores de gestión de Sostenedor y U. Técnica, pagos han sido suspendidos”. Y finalmente en la visita de 27/11/2007 el Ministerio TR consigna la siguiente observación: “Se solicita aclarar a Contratista que la responsabilidad de la demora en traspaso de recursos correspondiente a Sostenedor, ya que el Ministerio TR ha tramitado oportunamente los estados de pago presentados, salvo en los casos que por errores de gestión de Sostenedor y U. Técnica, se ha determinado la suspensión de pagos por parte del Ministerio TR”.

9. Que es evidente que hubo atrasos en la ejecución de las obras, y que fueron solicitadas y concedidas numerosas prórrogas. La asignación de responsabilidades respecto de los retardos en la ejecución de una obra es siempre compleja, puesto que inciden normalmente factores financieros, de definiciones, de insuficiencia de planos y especificaciones, de cálculo estructural, de destinación de recursos y personal, etc. La prueba testimonial rendida por la demandada demuestra la existencia de atrasos, lo que concuerda con el resto de la prueba rendida, pero no se puede colegir de estas declaraciones cuál fue la causa determinante de los atrasos. La testigo de la demandada M.O. declara ignorar aspectos relacionados con el proyecto, declara ser sólo profesora y que no le constan los detalles, e incurre en contradicción contra toda la evidencia del proceso respecto del pago de anticipo de contrato de construcción. Por su parte la declaración de los testigos R.F. y R.V., no permite esclarecer la causa de los atrasos o la responsabilidad de los eventuales incumplimientos, puesto que su participación en la obra es más bien tangencial, sin haber intervenido ni en su fiscalización ni control, y por cuanto manifiestan ignorar algunos aspectos fundamentales del contrato y del proyecto.

10. Los informes de seguimiento del Ministerio TR, que emanan de un tercero objetivo e imparcial llamado a fiscalizar la obra, permiten dar alguna luz para comprender cómo se desarrolló y los motivos de los atrasos:

- El Informe de Seguimiento y Control de 21/02/2007, deja constancia que “de acuerdo a lo señalado por libro de obra con fecha 30/01/07, se indica que Calculista no ha entregado respuesta a problema de viga correspondiente a la circulación cubierta del pabellón N° 1. Se solicita a Sostenedor que a través de la U. Técnica agilice respuesta a Contratista, para de evitar atraso de la obra”.

- Según el Informe de Seguimiento y Control de 09/05/2007, “existen diferencias entre planos de estructura y planos de arquitectura, siendo las respuestas y soluciones de la U. Técnica lentas, lo que impide el avance normal de la obra y dar cumplimiento al programa de trabajo. Además, proyectista no ha visitado la obra desde su inicio. Se solicita tomar las medidas respectivas para evitar mayores atrasos”. “Obra se encuentra con considerable atraso, estimado a la fecha de la presente visita en aproximadamente 90 días. Esta situación se ve agravada por el hecho que plazo vencerá el próximo 18/10/07, estimándose que la obra no terminará en el plazo contractual, lo que originará la aplicación de multas establecidas en el contrato y que deberán ser reflejadas en el boletín de aporte correspondiente. Esta situación debe ser regularizada a la brevedad por Sostenedor. Asimismo se le solicita que a través de su U. Técnica e ITO, realice las gestiones que sean necesarias para la obtención completa y pronta del proyecto de estructuras y la asignación de mayores recursos por parte de Contratista, que eviten aumentar el atraso que presenta la obra en su desarrollo”.

- Según el mismo informe “existen modificaciones al diseño respecto a proyecto de estructura presentado. Se recuerda a Sostenedor que debe informar al Ministerio TR vía Secretaría Ministerial de TR de toda modificación contractual en términos de diseño, montos y/o plazos que afecten al proyecto. Asimismo, se advierte al sostenedor de que tal como se establece en Anexo Normas Técnicas del Convenio, el Ministerio TR no se hará cargo del financiamiento de modificaciones introducidas al proyecto durante su ejecución, sean éstas forzadas o no”.

- Según el Informe de Seguimiento y Control de 27/11/2007, “ha existido una lenta coordinación entre los proyectistas e ITO para dar soluciones técnicas, lo que ha producido atraso en la ejecución. Se sugiere solucionar a la brevedad”.

- Según el Informe de Seguimiento y Control de 20/05/2008, “existen discrepancias entre proyecto presentado y obras ejecutadas referidas a varios sectores del establecimiento, por ejemplo, tipo de cielo en comedor, tipo y material de ventanas y altura antepechos en sector cocina, lámina A-9 de arquitectura, muestra que la escalera sur es techada, lo cual no ha sido ejecutado, la cubierta del patio techado del cuerpo A que debería cubrir, según lámina A-1 de arquitectura, la conexión entre ambos cuerpos (A y B), multicancha está medio terminada, en la que no se ha trabajado hace meses. Se recuerda a Sostenedor que se revisará cumplimiento de que obras ejecutadas sean realizadas de acuerdo al diseño presentado”.

- Según el Informe de Seguimiento y Control de 05/09/2008, emitido con posterioridad a la expulsión de XX, existen modificaciones al diseño original no autorizadas por el Ministerio, dejándose constancia que “en la presente visita se observan modificaciones al diseño original tales como cambio de estructura de techumbre, traslado de ubicación de estacionamientos y ampliación de superficies de aulas”, y “se recuerda a Sostenedor que debe informar al Ministerio TR vía Secretaría Ministerial de TR de toda modificación contractual en términos de diseño, montos y/o plazos que afecten al proyecto”, y “se advierte al sostenedor de que tal como se establece en Anexo Normas Técnicas del Convenio, el Ministerio TR no se hará cargo del financiamiento de modificaciones introducidas al proyecto durante su ejecución, sean éstas forzadas o no”.

11. Que entre los documentos legalmente acompañados en estos autos en parte de prueba, se encuentran los siguientes memorándums enviados y firmados por la sostenedora y por su ITO, enviados al Secretario Ministerial de TR de Valparaíso, en los que explica los motivos del atraso de las obras, sin atribuir ninguna responsabilidad al contratista:

- Memorándum de fecha 30 de octubre de 2007 (fs. 442): “Los siguientes motivos son causales del atraso de las obras: Imponderables de discrepancias entre proyecto de arquitectura y estructura, e indefinición de algunas partidas tales como estructura de techumbre, fundaciones no especificadas, planos de agua caliente inexistente, problemas entre los niveles en plano topográfico y la situación existente en otras”.

- Memorándum de fecha 21 de diciembre de 2007 (fs. 443): “Los siguientes motivo es (son) la causal del segundo atraso de las obras: El principal motivo de este segundo atraso es el uso que tenía el recinto donde se iba a continuar la obra, estaba siendo ocupado por los alumnos del colegio como únicas aulas. Esto significó que no se pudo adecuar dentro de la fecha propuesta, 21 de diciembre, porque se estaba haciendo clases, los alumnos ya están de vacaciones y se puede empezar a trabajar sin peligro para los alumnos”.

12. Que el día 17 de abril de 2008 las partes suscribieron el “Acta de Acuerdo”, que reglamentó sus obligaciones futuras con miras a terminar, entregar y recibir las obras. A partir de esa fecha las partes intercambian numerosos correos electrónicos, acompañados a fs. 464 a 543 de autos, sin ser objetados, que resultan muy ilustrativos. Se observa cómo a partir del día 05/05/2008 el señor M.N. insistió en que se diera curso y pagara el Estado de Pago N° 12 para poder así “seguir financiando su obra ya que ésta se ha ejecutado con recursos de la Constructora”; que la situación se transforma en “sumamente complicada ya que hemos invertido en las obras acordadas en el Acta de Acuerdo, se ha avanzado en pinturas, gas, empalme, carpinterías, cielos, gradas, escaleras, etc. en el entendido de que recibiríamos los flujos a más tardar este viernes...” y solicita se “aclare esta situación, ya que estamos haciendo todo lo necesario para cumplir con los acuerdos, pero requerimos reciprocidad al respecto” (fs. 483). En otro correo (fs. 484), M.N. reclama a la señora E.M. por la demora en el Estado de Pago N° 12, “debido a que usted no ha presentado la solicitud de aumento de plazo convenida en el acta ingresadas junto al referido estado de pago”, y en el mismo correo informa que “se encuentran ejecutados los empalmes de agua potable y alcantarillado con lo que se cumplió

lo comprometido en el Acta de Acuerdo”. En otro (fs. 489) M.N. requiere a la señora E.M. “con urgencia resolver el monto de las obras adicionales” y que “esta decisión es necesaria para poder ejecutar la recepción provisoria de la obra y cursar el estado de pago final al Ministerio”, recordándole que “...además que para entregar el Estado de Pago N° 13 deberá haberse cancelado el 12”, y que “será necesario que se haya cancelado o garantizado el pago del Estado de Pago N° 13 para entregar los certificados conducentes a la recepción final, por lo que le solicito hagamos la recepción provisoria cuanto antes e ingresemos el Estado de Pago N° 13”, y reclama que la Sostenedora “demoró el ingreso de la carta donde se informaba el aumento de plazo”, dilatando los plazos para recibir el pago del Estado de Pago N° 12. En otro correo (fs. 491) de M.N. reclama a la señora E.M. la imposibilidad de comunicarse con ella, y le informa que “O.T. me comunicó que los recursos del Ministerio fueron traspasados a usted el día viernes pasado, sin que hasta la fecha de hoy exista pronunciamiento de su parte. Le manifiesto mi inquietud, ya que esta situación suya de permanecer siempre inubicable se ha vuelto una constante...” y le advierte que “esta situación sólo redundará en que no podremos cumplir con las fechas acordadas, ya que la situación de demora en el pago se suma al retardo en el ingreso del mismo, generado por su tardía solicitud en el aumento de plazo solicitado al Ministerio TR”. El día 23 de mayo, M.N. envía un nuevo e-mail a la señora E.M. reclamando nuevamente por la falta de respuesta y no poder ubicarla, e informándole que la ITO había autorizado el pago del Estado de Pago N° 12. A fs. 532 consta la respuesta de la señora E.M. a ese correo: “yo voy a entregar el dinero cuando tenga claro que se me va a terminar, usted dijo en reunión del viernes 16 que no se iba a pedir la recepción y entregar los certificados hasta que no tuviera el Estado de Pago N° 13, pero resulta que el Ministerio TR no va a pagar más y a mí el banco tampoco me va a pasar el dinero que queda si no está la recepción final...”.

13. Que hay constancia además, de las siguientes anotaciones efectuadas en el Libro de Obras, que fueron transcritas en el Informe de Seguimiento y Control del Ministerio TR de 20 de mayo de 2008: “De acuerdo a lo señalado por contratista en Libro de Obra, se pueden apreciar los siguientes problemas: 1) El sostenedor no ha cumplido con compromisos respecto de un acta de acuerdo, no habiendo resolución aún a las obras extraordinarias. 2) Se decidió con ITO suplente, llenar pilar con procedimiento determinado por él, se necesita además determinar si ITO suplente es resolutorio. 3) Se ha avanzado en observaciones de la ITO. De no cursar el estado de pago a la brevedad y cumplir con los compromisos acordados por parte del sostenedor, las fechas de términos de obra no serán aplicables. 4) Se deja constancia que la ITO no se encuentra nunca y es imposible comunicar sobre decisiones de avance de obra ya que no existe interlocutor válido. 5) Se deja constancia de que se deben paralizar los trabajos convenidos en casino, respecto de cielo falso y antepecho cocina, por no haber acuerdo con la ITO respecto de lo convenido con el ITO reemplazante y mandante. 6) Los baños se encuentran funcionando correctamente, la fecha 07.05.08 correspondía a la entrega conforme de empalmes de agua y alcantarillado, lo que se hizo. 7) De acuerdo a lo conversado con ITO suplente, el 20/05/08 se harían listas con detalles por recintos para entregar a la Constructora, lo que aún no se ha hecho”.

14. Que respecto a la terminación anticipada del contrato, ambas partes están contestes, y así lo han señalado en sus escritos de demanda y contestación, que la sostenedora comunicó su decisión de poner término unilateral al contrato de construcción con fecha 10 de junio del año 2008, y que lo hizo mediante correo electrónico de 10 de junio de 2008 (acompañado a fs. 316), que dice: “Informamos a usted que en virtud de la cláusula 29 del contrato celebrado entre las partes con fecha 18 de diciembre de 2006 ponemos término de inmediato al mismo contrato a raíz del incumplimiento de las obligaciones contenidas en dicha convención y contenidas en los distintos acuerdos celebrados (extensión de plazos desde 1 de octubre del 2007 al 5 de junio)”. La demandada justifica su actuación invocando la existencia de un “Pacto Comisorio”, que la habilitaría para poner término de inmediato al contrato por incumplimiento del contratista, sin necesidad de requerimiento ni declaración judicial alguna, y que “hizo uso del Pacto Comisorio calificado de la cláusula vigésimo novena el martes 10 de junio de 2008 y de ello resulta evidente que el contrato ya había quedado resuelto, sin efecto”.

15. Que el convenio suscrito entre el Ministerio TR y la sostenedora con fecha 16 de septiembre de 2005 (fs. 679 y siguientes), en su anexo de normas técnicas reglamenta detalladamente cómo debe procederse al término anticipado del contrato: “en caso que la Sostenedora ponga término anticipado al contrato deberá informarlo al Ministerio dentro de los catorce días siguientes a la fecha del término, mediante el envío de los siguientes antecedentes: Minuta que explique la situación del proyecto y las causas o razones que llevaron a poner término anticipado al contrato, así como una clara información respecto a las acciones que se adoptarán para reanudar los trabajos y finalizar el proyecto; una copia formal de la liquidación del contrato la que deberá establecer, entre otros, la causal del término anticipado; la fecha de término anticipado; el avance físico y financiero de las obras al momento de la liquidación (señalada en forma de porcentaje para cada una de las partidas del presupuesto detallado del contrato); el cobro de las multas estipuladas en el contrato; la ejecución de las garantías establecidas en el contrato; la valorización de los daños y perjuicios ocasionados; la valorización de las reparaciones de partidas defectuosas con cargo a la liquidación; etc.”. No hay ninguna constancia en autos de que la sostenedora hubiere cumplido con esta obligación, y por el contrario existe evidencia de su incumplimiento, en las anotaciones efectuadas por el Ministerio TR en las visitas de obra de fechas 05/09/2008 y 21/01/2009, en que observa que el sostenedor “tampoco ha enviado formalmente antecedentes de liquidación correspondiente al 1º Contrato, además no ha enviado los antecedentes del 2º Contrato de obras, tales como: Contrato, Bases Administrativas, Iniciación de actividades, Oferta, Presupuesto detallado, programa de trabajo, flujo de caja, Copias de Pólizas de seguro y Boletas de garantía y acta de entrega de terreno”; y “a la fecha Sostenedor no ha enviado antecedentes relacionados con la Liquidación de Contrato con la empresa XX. Asimismo tampoco ha enviado antecedentes de iniciación de actividades del 2º Contratista a fin de dar cumplimiento a lo señalado en las Bases del Concurso 7. Se recuerda a Sostenedor que el traspaso se encuentra suspendido hasta que responda satisfactoriamente a lo señalado anteriormente, incluyendo la aclaración de la fecha de término efectivo de los trabajos y aplicación de multa si corresponde”.

16. Que el Ministerio TR, dando respuesta a un oficio de este Tribunal, remitió una serie de antecedentes y documentos, entre los cuales se encuentra un nuevo “Contrato de Construcción”, fechado 9 de junio de 2008, que la sostenedora suscribió con TR2, cuyo objeto es “la dirección, administración y construcción de las obras de remodelación, adecuación y reparación de las instalaciones del establecimiento educacional de que es sostenedora ZZ, denominado TR1 ubicado en calle DML, comuna de Viña del Mar”. Llama la atención que, sin advertencia previa y sin haber previamente finiquitado ni notificado el término del contrato original, la sostenedora haya negociado este nuevo contrato, y sorprende más aún que lo haya suscrito con anterioridad a la fecha en que comunicó a XX su decisión de dar por terminado el contrato de autos. La propietaria no podía legítimamente reemplazar al contratista original, ni otorgar un nuevo contrato, sin que previamente se hubiere terminado, resuelto o finiquitado el primero, ya sea por acuerdo de las partes o resolución del Tribunal llamado a resolver los conflictos. El contrato de autos regula el modo de proceder al término del mismo, y las instancias para dirimir cualquier conflicto que surja en relación a su validez, interpretación, ejecución, cumplimiento o resolución.

17. Que la actuación unilateral de la Sostenedora en el sentido de sustituir al contratista sin previo acuerdo con él, o en su defecto, sin la autorización de las instancias judiciales competentes, constituye una clara violación a la buena fe contractual. El Artículo 1.554 del Código Civil dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Por su parte el Artículo 1.546 del mismo código dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligando no sólo a lo que en ello se expresa sino de todo aquello que emane de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre pertenezcan a ella. En un contrato de construcción, como el que da origen a este proceso, el término de la relación entre las partes se produce cuando la obra concluye o cuando se termina anticipadamente de acuerdo a las normas contenidas en el propio contrato, o bien, cuando las partes así lo convienen. Ninguna de estas circunstancias se ha acreditado en este proceso, para habilitar a la sostenedora a suscribir un nuevo contrato de construcción con un tercero con miras a realizar las mismas

obras que ya estaban encargadas a XX; ello supone una clara y abierta infracción a la ley del contrato y a la buena fe contractual.

18. Que si bien la cláusula vigésimo novena del contrato de construcción establece que el incumplimiento por el constructor de las obligaciones contractuales habilitaría al mandante a poner término de inmediato al contrato, sin necesidad de requerimiento ni declaración judicial alguna, a juicio de este Tribunal, esta facultad no puede ejercerse en forma arbitraria o discrecional. El ejercicio de esta facultad de dar por terminado el contrato requiere un incumplimiento del constructor, y no corresponde al mandante calificar unilateralmente, por sí y ante sí, este incumplimiento. Si, a juicio del mandante, el constructor hubiere incurrido en faltas que ameriten la terminación anticipada del contrato, debió haberlo reclamado así ante el Árbitro Arbitrador designado, ya que se trata evidentemente de un hecho controvertido a ser resuelto breve y sumariamente tal como estipula la cláusula trigésimo del contrato.

19. Que la evidencia documental acompañada en autos demuestra a juicio de este Tribunal, que la Sostenedora no fue diligente en el cumplimiento de sus propias obligaciones; así se desprende de cada uno de los informes de seguimiento evacuados por el Ministerio TR, donde siempre evalúa su apoyo como insuficiente. Dichos informes se refieren también al incumplimiento de los plazos contractuales, y en todos ellos (salvo en el primero en que se califica el avance como “normal”), se dejó constancia que la obra se encontraba “atrasada”. En cada oportunidad el Ministerio TR indicó los motivos de los atrasos, haciendo constar que existían “diferencias entre planos de estructura y planos de arquitectura”; que la lentitud de las respuestas y soluciones de la U. Técnica “impide el avance normal de la obra y dar cumplimiento al programa de trabajo”; que “el proyectista no ha visitado la obra desde su inicio”; que “existen modificaciones al diseño respecto al proyecto de estructura presentado”; que “ha existido una lenta coordinación entre proyectistas e ITO para dar soluciones técnicas, lo que ha producido atraso en la ejecución”. El Ministerio TR reclama además que el sostenedor “ha demorado en demasía el traspaso de recursos al contratista”, y que se debe acelerar este traspaso para “impedir que siga aumentando el atraso existente en obra”, y deja constancia de que “la responsabilidad de la demora en el traspaso de recursos corresponde al sostenedor”. Como se puede observar, la autoridad ministerial llamada a fiscalizar el avance y calidad de las obras, exculpa al contratista de la responsabilidad por los atrasos registrados en la obra, atribuyéndole claramente esta responsabilidad al sostenedor, a su inspección técnica y a sus proyectistas. En consecuencia no era la Sostenedora quien estaba habilitada para poner término unilateral al contrato, y al hacerlo violó la ley del contrato e infringió gravemente sus propias obligaciones.

CONSIDERANDO:

1. Que el contrato de construcción en que se funda la demanda de autos, y su modificación, denominada Acta de Acuerdo, se encuentran legalmente acompañados y no han sido objetados, de manera que a juicio de este Tribunal hacen plena prueba de la existencia de las obligaciones que allí se consignan, entre ellas de las obligaciones de ejecutar el encargo y de pagar el precio, en las oportunidades convenidas.

2. Que la facultad de poner término unilateral al contrato de construcción, no es una facultad que pueda ejercerse en forma discrecional o arbitraria, sino que supone la existencia de incumplimiento por parte del contratista, y que tal incumplimiento sea declarado por el Tribunal al que las partes dieron competencia en el mismo contrato.

3. Que no se ha acreditado en autos la existencia de incumplimientos del contratista, que habiliten a la Sostenedora para proceder, como ha hecho, a poner término inmediato al contrato de construcción materia de este proceso. La prueba rendida en autos no es suficiente para formar la convicción del Tribunal en cuanto a que los atrasos en la ejecución y entrega de las obras sean imputables a culpa del contratista. Aun cuando el contratista hubiere retardado la entrega de las obras, resultaría aplicable a este caso lo preceptuado por el

Artículo 1.552 del Código Civil, según el cual, “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

4. Que se encuentra suficientemente acreditado en autos el incumplimiento del contratista de su obligación de pagar en forma íntegra y oportuna los estados de pago cursados, obligación que el Tribunal considera especialmente relevante en este caso particular, ya que el contrato de construcción no consideraba la entrega de ningún anticipo del sostenedor al contratista. Los atrasos en la cancelación de los estados de pago fueron una constante durante todo el transcurso de la obra, a tal punto que la Sostenedora no cumplió nunca con los plazos de pago previstos en el contrato.

5. Mención aparte merece lo ocurrido con el Estado de Pago N° 12 cuya oportuna cancelación era imprescindible para concluir la obra, y que la Sostenedora retuvo indebidamente pese a haber percibido del Ministerio TR los montos necesarios para efectuar el pago. La propia Sostenedora lo ha reconocido, en prueba confesional que rola a fs. 630, cuando señala que respecto del estado de Pago N° 12, “sólo transferí la cantidad de \$15.000.000; la razón de esto es que la diferencia la mantuve retenida como garantía para asegurar que terminaran los trabajos comprometidos en el acuerdo (Adendum)”.

6. Que la Sostenedora decidió prescindir de las normas contractuales que rigen la terminación anticipada, como también de las instancias contractuales de solución de conflictos. En lugar de ello, y en infracción al contrato de autos, la Sostenedora suscribió un nuevo contrato de construcción con otra empresa constructora, el día 9 de junio del año 2008, es decir un día antes de comunicar a XX su decisión de terminar el contrato y de prohibirle acceder a las obras.

7. Que los hechos anteriores no sólo constituyen incumplimientos de la sostenedora del contrato de construcción suscrito entre las partes, sino que también constituyen infracción al Convenio suscrito entre ella y el Ministerio TR con fecha 16 de septiembre del año 2005, y su Anexo de Normas Técnicas, acompañados a fs. 679 y siguientes; y así lo ha hecho ver el propio Ministerio TR en su Oficio Ordinario de fecha 21 de septiembre de 2010, que roja a fs. 909 y siguientes.

8. Que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 1.489 del Código Civil, en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Que a juicio del Tribunal los incumplimientos de la Sostenedora revisten gravedad tal, que habilitan al contratista a impetrar la resolución del contrato de construcción, tal como ha hecho en autos, y lo habilita asimismo para exigir conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del Artículo 1.489 del Código Civil, la indemnización de los perjuicios que se deriven de dicha resolución.

9. Que en lo referente a los perjuicios reclamados por la parte demandante, se encuentran plenamente justificados a juicio del Tribunal los siguientes: a) Saldo insoluto del Estado de Pago N° 12; b) Devolución de las retenciones efectuadas por la demandada a los Estados de Pago N°s. 1 al 12; c) Los intereses devengados por concepto de retardo en la cancelación de los Estados de Pago N°s. 1 al 12; y d) La aplicación de la multa establecida en el párrafo 1 de la cláusula vigésimo novena, equivalente a un 10% del precio del contrato.

10. Que no se encuentran suficientemente acreditados los montos que reclama la demandante por concepto de estado de pago final; de empalmes de agua potable y alcantarillado; de saldo por obras no financiadas; de obras extraordinarias; de gastos generales y otros. Si bien es cierto que los conceptos anteriores pueden implicar aumentos de obras u obras extraordinarias, y como tales dar lugar a cobros adicionales por sobre el precio alzado del contrato, para hacerlos exigibles la demandante debió acreditar al Tribunal la existencia del

encargo, la orden de trabajo, su realización efectiva, y además de ello debió acreditar el monto comprometido por cada una de estas partidas. Ni la prueba documental, ni la testimonial, ni la confesional rendida por la demandante son suficientes a juicio de este Tribunal para tener por acreditados los montos que reclama por estos conceptos.

11. Que no resulta relevante revisar los eventuales incumplimientos de otras obligaciones contenidas en el acta de acuerdo de 17 de abril de 2008, relativas a la obtención de certificado de recepción final, boletas de garantía, etc. ya que el cumplimiento de tales obligaciones se tornó imposible por la decisión unilateral de la Sostenedora de poner término anticipado al contrato de construcción y de contratar a una nueva empresa constructora.

12. Que, por las mismas consideraciones anteriores, debe rechazarse en todas sus partes la demanda reconvenzional deducida por la Sostenedora para exigir el cumplimiento del contrato de construcción. Esta pretensión resulta contradictoria con la actuación previa de la propia Sostenedora, cuya decisión de poner término anticipado del contrato, de contratar una nueva empresa constructora y de expulsar al contratista, impidió e hizo imposible el cumplimiento del contrato como ahora solicita.

13. Que del análisis de la prueba testimonial rendida por ambas partes en estos autos, como asimismo de la prueba confesional de sus respectivos representantes legales, y de los restantes antecedentes, alegaciones, documentos, oficios e informes allegados a este juicio, no surgen elementos que alteren las conclusiones anteriores; y de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 1.489, 1.545, 1.546, 1.551 y 1.552 del Código Civil, y 170 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones citadas,

IX. RESUELVO:

Con el mérito de lo expuesto en los capítulos y considerandos de este fallo, conforme a lo dispuesto en las normas señaladas, y sometiéndose el Tribunal a los criterios de prudencia y equidad a que debe atenerse, resuelvo lo siguiente:

- 1º. Que se acoge la tacha deducida por la demandada en contra del testigo don A.U., y que se rechaza la tacha deducida por la demandante en contra de doña M.O.
- 2º. Que ha lugar a la demanda de autos, en cuanto a que se declara terminado el contrato de construcción por sumaalzada de fecha 18 de diciembre de 2006, por haber incurrido la parte demandada en infracción a lo dispuesto en los artículos octavo, duodécimo, décimo y decimoquinto del Contrato de Construcción.
- 3º. Que se condena a la parte demandada al pago de las siguientes prestaciones: a) Saldo insoluto del Estado de Pago Nº 12 que asciende a la cantidad de \$ 36.040.535; b) Retenciones efectuadas por la demandada a los Estados de Pago Nºs. 1 al 12, ascendentes a \$ 12.175.195; c) Intereses derivados de los atrasos en la cancelación de los estados de pago, según liquidación que practicará el Tribunal; d) Multa establecida en el párrafo 1 de la cláusula vigésimo novena del contrato de construcción equivalente a un 10% del precio del contrato, esto es la cantidad de \$ 31.854.334; y e) Intereses y reajustes que se devengue entre la transferencia de los fondos por parte del Ministerio TR para el pago del Estado de Pago Nº 12 y la fecha de pago efectivo, según liquidación que practicará el Tribunal;
- 4º. Que no ha lugar a la demanda de autos en lo que respecta al pago de las restantes prestaciones reclamadas en la demanda, por no encontrarse debidamente acreditada su procedencia y monto;

5°. Que por los motivos expuestos en la parte expositiva y en los considerandos de este fallo, se rechaza en todas sus partes la demanda reconvenzional deducida por la sostenedora.

6°. Que cada parte pagará sus costas.

Se designa a la Secretaria General del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago doña Karin Helmlinger Casanova para que autorice la presente sentencia; y las firmas del Árbitro y Actuario serán autorizadas ante notario público. Notifíquese esta sentencia personalmente o por cédula.