

Andrés Cúneo Macchiavello

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 29 de julio de 2010

Rol 1087-2009

MATERIAS: Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción, Monto Fijo Garantizado, Modalidad EPC - incumplimiento contractual - interpretación de los contratos - buena fe - conmutatividad de los contratos - función de la Equidad.

RESUMEN DE LOS HECHOS: De acuerdo a las reglas del procedimiento ambas partes estaban habilitadas para demandar.

Inmobiliaria XX demanda la resolución, por incumplimiento de la Constructora ZZ, del Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción por Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC, que suscribiera con ella, reclamando, además, la indemnización de los perjuicios originados y otras cantidades de dinero. De conformidad a las características del contrato -dice- la Constructora se hacía cargo de la ejecución completa de la obra, incluyendo los suministros, a partir de los planos conceptuales y las especificaciones técnicas entregadas por XX. La recepción provisoria debía tener lugar dentro del plazo convenido. El precio era fijo, pudiendo alterarse solo por el retiro de parte de las obras o la agregación de obras extraordinarias más allá de un cierto volumen fijado en el contrato. Llegado el vencimiento del plazo contractual las obras no fueron recibidas por la Mandante, situación que se mantenía a la fecha de la interposición de la demanda. Aparte de la resolución, la Inmobiliaria reclama la aplicación de la multa por la mora de la Constructora; la restitución de ciertas sumas pagadas, no obstante que las obras correspondientes se habían retirado del alcance del contrato; los costos para reparar o completar obras mal ejecutadas o no ejecutadas y la restitución de lo pagado en exceso por el suministro del acero, cuyo mayor costo, de acuerdo al contrato, correspondía a la Inmobiliaria.

Constructora ZZ, por su parte, sostiene que ha cumplido cabalmente el contrato y concluido las obras tan oportunamente como podía. En efecto, alega que el retardo que se le imputa obedece al hecho de que XX, abusando de su facultad contractual de introducir modificaciones, hizo imposible concluirlo en el tiempo pactado. Reclama en su demanda las sumas adeudadas de un estado de pago pendiente; la restitución de las retenciones practicadas, en los estados de pago, a título de garantía; las sumas adeudadas por obras extraordinarias y adicionales; los gastos generales y utilidad, correspondientes a las mayores obras y la prolongación del plazo del contrato; y los costos financieros por no haber sido pagada oportunamente de sus créditos en contra de la Inmobiliaria.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 1.441, 1.453, 1.454, 1.545, 1.546, 1.551, 1.552, 1.556 a 1.558, 1.560 a 1.566, 1.698 y 2.003.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 628 y siguientes.

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y siguientes.

DOCTRINA: El Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción por un Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC es un contrato innominado que corresponde a una modalidad o especie del contrato de construcción por una suma alzada. Su especificidad consiste en que el encargo que se hace al contratista, es significativamente mayor que el habitual, en los contratos a suma alzada, ya que también comprende el desarrollo de toda la ingeniería y la arquitectura de detalle de la obra. Esta modalidad se conoce también como de llave en mano. La participación del Mandante, en principio, queda reducida a la definición conceptual del proyecto, sus especificaciones técnicas y el financiamiento, quedando inhibido de introducir modificaciones en el curso de la obra. Sin embargo, en el contrato de la especie, se contempla la posibilidad de que el Mandante introduzca modificaciones durante la construcción.

El conflicto gira fundamentalmente en torno a dos problemas básicos de Derecho contractual: Primero, cómo deben interpretarse los contratos y la parte que la buena fe tiene en esa tarea y, segundo, la tipificación del contrato modalidad EPC, empleada en el caso y las consecuencias que ella acarrea, con respecto a la facultad del Mandante de introducir modificaciones.

El problema de interpretación surge con respecto a la aplicación de una cláusula que permite al Mandante introducir modificaciones “toda vez que lo estime necesario”, la cual fue entendida de un modo diverso por cada parte, produciéndose una ambigüedad insalvable por las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil, que solo puede ser suplida -a juicio del Árbitro- por la aplicación de la buena fe, en los términos del Artículo 1.546 del mismo Código. El fallo concluye que, en esa perspectiva, debe reconocerse la facultad de XX para introducir modificaciones en la obra limitada, sin embargo, por su deber de no exigir su derecho de un modo que impida, a la otra parte, cumplir oportuna y debidamente.

Lo anterior conduce a la cuestión de la conmutatividad del contrato, que es un principio general reconocido parcialmente en nuestro derecho legislado. El contrato de la especie es, por su propia naturaleza un contrato conmutativo, cuyas prestaciones recíprocas deben mirarse como equivalentes (Artículo 1.441 del Código Civil). Esto está en la naturaleza de las obligaciones que lo configuran, a las cuales debe recurrirse por mandato de la buena fe contractual. Se sigue de allí que la cláusula que, en un contrato como el de la especie, permite introducir modificaciones hasta el último momento, es inconsistente con el derecho a exigir, sin modificación alguna, el plazo originalmente pactado. A esta misma conclusión conduce la aplicación de la equidad, entendida esta como una rectificación de la justicia rigurosamente legal (Aristóteles).

DECISIÓN: El fallo establece que hay incumplimiento de ambas partes y no da lugar a la resolución solicitada por XX. Con todo, declara la terminación del contrato y acoge parcialmente ambas demandas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 29 de julio de 2010.

VISTOS:

ANTECEDENTES

1. Por carta de fecha 27 de julio de 2009 dirigida al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, suscrita por los abogados señores AB1, en representación de ZZ y AB2, en representación de XX, fue solicitada la designación de este abogado como Árbitro Arbitrador, a fin de solucionar las dificultades surgidas entre las partes, en relación al Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción, Monto Fijo Garantizado, Modalidad EPC, celebrado por las partes con fecha 21 de julio de 2008. El Centro referido notificó la designación el 31 de julio de 2009. El Árbitro aceptó el cargo en dicho acto y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible. Por resolución de 4 de agosto de 2009, citó a las partes a un comparendo de conciliación y, para el caso de no producirse esta, para convenir las reglas de procedimiento, para el día 12 de agosto de 2009. El comparendo tuvo lugar en la fecha indicada y, en razón de no haberse producido conciliación, las partes convinieron las reglas que rolan a fs. 36 y siguientes.

DEMANDA DE XX

2. A fs. 63, conforme a las reglas de procedimiento, comparece don M.E., asistido por sus abogados señores AB2 y AB3, en representación de XX, en lo sucesivo indistintamente XX o “la Mandante”, sociedad anónima del giro inmobiliario, todos domiciliados, para estos efectos, en DML, comuna de Las Condes, Santiago y

expone: Que en la representación que inviste deduce demanda en contra de Empresa Constructora ZZ, en adelante ZZ o “la Constructora”, representada por don C.N., ambos domiciliados en DML, comuna de Las Condes, Santiago, solicitando: (a) que dé por terminado el Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción. Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC, en lo sucesivo, indistintamente “El Contrato”, por los incumplimientos de ZZ, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación del contratista de garantizar la obra, de conformidad a lo dispuesto en la cláusula 6.3. del contrato; (b) que ordene a ZZ pagar a XX las indemnizaciones y demás cantidades que solicita en su demanda, con más los reajustes e intereses correspondientes; y (c) que se condene a ZZ al pago de las costas procesales y personales.

3. Adelanta que la demanda tiene cuatro partes. La primera describe la relación contractual que liga a las partes, las características del llamado Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción. Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC, las obligaciones asumidas por las partes y las características y funciones de la Inspección Técnica de la Obra (ITO) y de la Comisión de Recepción Provisoria. La segunda parte incluye un resumen de fechas e hitos relevantes, ocurridos durante el transcurso de la relación contractual. La tercera se destina a presentar la negligencia con que ZZ afrontó el proyecto y como no estuvo a la altura de los compromisos asumidos y los incumplimientos contractuales, que fundamentan la demanda. La cuarta parte se destina a las peticiones de XX.

4. Refiriéndose al Contrato celebrado con ZZ, indica que XX es una sociedad anónima que forma parte del Grupo TR1, que es un importante agente inmobiliario, que administra diversos centros comerciales en el país. ZZ, por su parte forma parte del grupo de empresas del mismo nombre y tienen reconocimiento nacional e internacional, 60 años de experiencia y ha ejecutado más de mil proyectos. ZZ ya había ejecutado con anterioridad otros proyectos para el Grupo TR1.

5. Indica que ZZ ofreció sus servicios a su Grupo cuando este decidió construir un centro comercial en la comuna de AA.

6. ZZ, continúa XX, ofreció esta modalidad, indicando que permitiría concluir los trabajos una temporada antes de lo que resultaría de aplicar cualquier otra. Ello determinó que se le adjudicara el contrato, prefiriéndola a otra prestigiosa constructora, que cotizaba paralelamente. En razón de la importancia de los plazos involucrados, ZZ, con fecha 7 de diciembre de 2007, antes de la firma del contrato, inició la ejecución del proyecto. Por último, el 21 de julio de 2008 se firmó el “Contrato de Arquitectura, Ingeniería, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción”, que consideraba una fecha de término para el día 7 de noviembre de 2008, con un monto fijo invariable de UF 1.170.000, más IVA.

7. XX agrega que el plazo final, originalmente ofrecido por ZZ, era el 31 de agosto de 2008. Con todo, al suscribirse el contrato el 21 de julio de ese mismo año, se le reconoció un plazo adicional de 68 días, lo que llevó a la fecha de término al 7 de noviembre de 2008. Las partes dejaron expresa constancia que, a la fecha de suscripción, nada se adeudaban por estados de pago vencidos.

8. Conforme a lo pactado, ZZ asumía la obligación de construir el centro comercial, desarrollar la ingeniería de detalle y adquirir la totalidad de los suministros (con excepción de los ascensores). Asumía también la obligación de desarrollar la arquitectura de detalle en razón de que XX hizo uso de la opción que, en tal sentido le ofrecía el contrato y, por ello, debió pagar una suma adicional al precio, de UF 24.800 más IVA. De este modo, la totalidad de la obra le fue encomendada a ZZ. Indica que, por ello, el rol que correspondía en la ejecución del proyecto no se limitaba a efectuar la construcción, ya que tomaba, también, la dirección y administración de la totalidad del proyecto, garantizando que se realizaría dentro del plazo.

9. XX afirma que ZZ no estuvo a la altura de sus compromisos: No tuvo el control del proyecto, no supo administrar los recursos eficientemente, informó avances que no se correspondían con la realidad de lo

construido. En suma, no cumplió con sus obligaciones contractuales, incurriendo en un serio atraso en la completa ejecución del contrato.

10. Se refiere luego a las características del contrato. Como lo indica su nombre, este es un contrato: (a) de arquitectura y de ingeniería de detalles; (b) de suministro; (c) de construcción; (d) por un monto fijo garantizado; y (e) celebrado bajo la modalidad EPC.

11. En primer lugar, se trata de un contrato de arquitectura y de ingeniería de detalles. ZZ se obligó a desarrollarlas, teniendo como base los planos conceptuales y las especificaciones técnicas entregadas por XX. Las partes convinieron en tomar, como parámetro, para el desarrollo de los trabajos y para la construcción, al TR2 de la comuna de BB, que fuera construido por ZZ para TR1.

12. El Contrato es también un contrato de suministro. ZZ se obligó a adquirir la totalidad de los materiales y equipos necesarios para la ejecución de la obra, las herramientas, fletes, mano de obra, impuestos generales, subcontratos y cualquier otro gasto directo o indirecto, de acuerdo con los planos y especificaciones técnicas desarrollados por el contratista y aprobados por el Mandante.

13. En tercer lugar se trata de un contrato de construcción. Se encargaba a ZZ todos los trabajos necesarios para la completa ejecución del proyecto, hasta obtener su recepción provisoria. Conforme a la cláusula primera, las obras tenían una superficie total construida de 104.269 metros cuadrados y consistían en el cuerpo del Mall, áreas comunes, tres tiendas ancla, una tienda para el hogar, un patio constructor, un supermercado y otras partidas que se detallan en ella. XX agrega que luego de firmado el contrato se retiraron, con acuerdo de las partes, tres obras, por lo cual tiene derecho a una disminución proporcional del precio.

14. Este es, además, un contrato por un monto fijo garantizado. El precio único y total convenido es de UF 1.170.000, más IVA, que contempla la totalidad de los suministros, por lo que ZZ renunció a cualquier incremento del precio, sin perjuicio de que al haberse pactado en Unidades de Fomento, suponía el continuo reajuste del precio según la variación del IPC. Señala que, adicionalmente, como protección a ZZ, las partes convinieron una cláusula especial de ajuste del acero necesario para las obras. XX imputa a ZZ la infracción de esta cláusula, ya que le cobró montos superiores a los convenidos, produciendo utilidad en su favor.

15. Finalmente, se trata de un contrato convenido bajo la modalidad EPC. XX explica que esta supone que ZZ asumió las obligaciones propias del constructor (construction), la de adquirir los suministros (procurement) y desarrollar la ingeniería del proyecto (engineering). Este contrato, dice, se llama también, llave en mano, ya que el contratista desarrolla, dirige y emprende el proyecto y, al finalizarlo, entrega la llave de la obra, a la espera de la entera satisfacción del Mandante. Así se expresa en la cláusula primera. Señala que otra ventaja que se atribuye a esta modalidad es la eficiencia y rapidez en la ejecución de los proyectos. La concentración en una sola entidad de la ingeniería y la construcción permite un desarrollo fast track de la obra, permitiendo sobreponer, temporalmente, las fases de ingeniería y de construcción. En todo caso, acota, los planos deben ser aprobados por el Mandante. Este ahorro de tiempo es, precisamente lo que hizo preferir a ZZ, por sobre otras constructoras.

16. XX señala que, como contrapartida de todas estas obligaciones, ZZ cobró UF 58.500, más IVA, sin perjuicio de las UF 151.046,55 por gastos generales, más dicho impuesto.

17. Agrega que, por su parte, XX, según el contrato, asumía las obligaciones de entregar el terreno, pagar el precio y devolver las boletas de garantía entregadas, en su momento, por ZZ.

18. La entrega del terreno tuvo lugar el día 7 de diciembre de 2007, oportunidad en la que se suscribió un acta que da cuenta de ese hecho y de que en él estaría emplazado el centro comercial. Su superficie era,

aproximadamente 198.000 metros cuadrados. En el acta se dejó constancia que las obras se iniciaron en esa fecha y que la Constructora se recibió conforme del predio.

19. En lo que toca al precio del contrato que asciende, como se dijo, a UF 1.170.000 más IVA, se convino que se pagaría con un anticipo de 20%, esto es, UF 234.000, más IVA y, el resto, esto es UF 936.000, más IVA, por estados de pago mensuales. En la letra b) de la cláusula cuatro se convenía en una retención de un 10% de cada estado de pago, hasta completar un fondo de garantía de buena ejecución, igual a un 5% del precio. Se convenía, asimismo, un procedimiento de aprobación para los estados de pago, los que debían solucionarse dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la respectiva factura, siempre que la Constructora hubiera cumplido con las formalidades acordadas por ellas.

20. XX indica que ha cumplido con su obligación de pagar así: Del pago del anticipo de UF 234.000, más IVA, se dejó constancia en el propio contrato (cláusula cuarta letra a). Por los estados de pago mensuales, el Mandante pagó, en su momento, UF 853.587,54, más IVA. De este modo, el total pagado asciende a UF 1.087.578,54, más IVA. XX aclara que dentro de la cifra señalada se encuentra incluida la suma de UF 58.000, que corresponde al fondo de 5% de garantía del contrato. Aclara también que aunque la suma señalada es inferior al valor total del precio, la diferencia con aquél asciende a UF 82.421,46 más IVA, cantidad menor a la que ZZ le adeuda por concepto de multas contractuales por el atraso. Acota que la Mandante quedó facultada contractualmente para descontar las multas, de los estados de pago.

21. Agrega que ZZ adeuda otras sumas, por concepto de reparaciones, menores obras, indemnizaciones y otras restituciones. En suma, XX postula que ella nada adeuda a ZZ siendo, esta última, deudora suya.

22. En lo que se refiere a los pagos por obras adicionales o extraordinarias no incluidas en los pagos anteriores, indica que la cláusula séptima del contrato la autorizaba a disponer cambios en la forma de ejecución, ubicación, cantidad, especificación y dimensiones de cualquier parte o componente del proyecto. Ellos debían ser solicitados por escrito, por el Mandante al contratista y su ejecución aprobada por aquél o la ITO. El Mandante debía pagar por ellas. XX encargó obras adicionales o extraordinarias por UF 130.374,26 más IVA, de las cuales, UF 117.506,4 más IVA, ya fueron pagadas. Las faltantes UF 12.876,86 no son deuda, ya que se compensan con las sumas adeudadas por la Constructora, a título de multas contractuales, las que han sido descontadas conforme se alude más arriba.

23. Pagos efectuados por el suministro de acero. El contrato contemplaba un procedimiento especial con respecto del precio del acero estructural y para el hormigón. Por este concepto, XX pagó UF 24.800 más IVA.

24. En síntesis, indica, por los diversos rubros cuyo pago le correspondía, XX pagó UF 1.277.704,45.

25. La tercera obligación del Mandante consistía en la restitución de las boletas de garantía que la Constructora le había entregado, conforme a la cláusula sexta. Ellas tenían los siguientes objetivos: Caucionar el anticipo, lo que tuvo lugar tan pronto -por la vía de la retención practicada en los estados de pago- se completó el monto convenido. Garantizar el fiel cumplimiento del contrato, la que debía restituirse obtenida que fuera la recepción provisoria; esta no ha sido restituida por cuanto no se ha producido todavía tal hito contractual. Y, finalmente, asegurar el correcto funcionamiento de las obras, hasta su recepción definitiva; esta boleta todavía no ha sido entregada por la contratista, ya que corresponde una vez que se produce la recepción provisoria.

26. En lo que toca a las obligaciones de la Constructora, atendida la naturaleza compleja del contrato, ellas eran de muy variada entidad, según se describe en los párrafos que siguen.

27. Dirigir y administrar el proyecto. Esta es la obligación, dice XX, que hace la diferencia específica de este contrato, le imponía a la Contratista los siguientes deberes: Adquirir la totalidad de los suministros;

desarrollar la arquitectura e ingeniería de detalles; y ejecutar todos los trabajos necesarios para la correcta y oportuna construcción de la obra. El incumplimiento de esta obligación, por el contratista -comenta- fue la causa de los más graves perjuicios que se reclaman en este juicio.

28. Obligación de ejecutar la obra dentro del plazo estipulado. Conforme a la cláusula octava del contrato, la obra debía estar terminada el día 7 de noviembre de 2008, sin perjuicio de un plazo adicional de cuatro días concedido solo con respecto al ala B del Mall. Dentro de este plazo debía suscribirse el Acta de Entrega Provisoria. XX enfatiza que, a la fecha de celebración del contrato, esto es el 21 de julio de 2008, los trabajos llevaban más de siete meses de ejecución. En razón de lo anterior acota que ZZ para convenir en dicho plazo, debió tener en cuenta, tanto los avances hasta esa fecha, como los problemas que ya se habían manifestado en el desarrollo de la obra y su impacto en este.

29. Obligación de construir con suma diligencia y cuidado. La Constructora se comprometió a emplear un cuidado mayor que el ordinario. El contrato, en la cláusula quinta impone el deber de ejecutar fiel, íntegra y oportunamente la obra; y utilizar material, mano de obra y personal técnico de control, adecuados y de primer nivel. Las Especificaciones Técnicas (Anexo 1 del Contrato) establecían -cita XX- "Generalidades. Las presentes Especificaciones Técnicas determinan los materiales en cuanto a su procedencia, características, calidades y métodos de construcción requeridos para las obras. Se entiende que los materiales son de primera calidad de acuerdo con las normas. En todo caso los procedimientos deberán atenerse a las mejores prácticas de la técnica". XX comenta que la Constructora asumía un nivel de diligencia superior a los estándares normales, una esmerada diligencia que tenía su justa contraprestación en el precio del contrato.

30. XX se refiere, enseguida, a dos organismos específicos contempladas en el contrato. Ellos son la ITO, esto es la Inspección Técnica de la Obra y la Comisión de Recepción de la Obra.

31. La ITO se rige por la cláusula décima del contrato que, en su primera parte, TR4 quien tendrá su representación para la fiscalización del cumplimiento de este contrato y comunicará a la Constructora las instrucciones u opiniones que estime pertinentes. Esta representación se entenderá otorgada en (sic) sin perjuicio de aquellas actuaciones conjuntas de la ITO y la Mandante para algunas materias reguladas en el contrato".

32. Las funciones de la ITO eran: (a) Resolver las omisiones o discrepancias en los planos, bases administrativas y técnicas y/o especificaciones técnicas. (b) Rechazar el empleo de materiales que no cumplan con lo especificado, disponer el retiro de obras y ordenar la reparación o demolición de las obras defectuosas. (c) Detener la ejecución de la obra, suspender la recepción de materiales o la labor de contratistas de especialidades. En general, evitar actos incompatibles con las obras. (d) Aprobar los estados de mensuales de pago; sus observaciones debían ser prontamente subsanadas por la Constructora. (e) Aplicar directamente las multas, pudiendo deducirlas de los estados de pago.

33. La Comisión de Recepción Provisoria, contemplada en la cláusula decimoquinta estaba constituida, al menos, por un representante de XX, uno de ZZ, la ITO y uno de los arquitectos de la obra, si así lo estimaba el Mandante. Su función consistía en verificar si las obras se encontraban en condiciones de recibirse provisoriamente y, en su caso, de levantar el acta respectiva. La Comisión debía reunirse a solicitud escrita del Contratista y otorgar la recepción, salvo que de la inspección surgieran observaciones en cuanto a la terminación y calidad de las obras, caso en el que deberían subsanarse aquéllas, para luego proceder a la recepción.

34. XX se refiere, enseguida, a la naturaleza vinculante de las decisiones de la ITO y la Comisión. Indica que estos órganos están establecidos en el contrato, por voluntad de las partes, para controlar la correcta construcción, aprobar los avances y recibir conforme las obras. Dado su origen, desconocer sus decisiones,

significa no cumplir con el contrato. Adelanta que ZZ ha pretendido desconocer una importante decisión adoptada por la Comisión de Recepción Provisoria.

35. Una segunda parte de la demanda se dedica a lo que XX denomina fechas e hitos relevantes.

36. Indica que el 7 de diciembre de 2007, se inicia la construcción. Así consta en el Acta de Entrega del Terreno. Según la oferta de la contratista, ZZ se obligaba a obtener la recepción provisoria el 31 de julio de 2008.

37. Agrega que 21 de julio de 2008, se firma el Contrato. A esa fecha, las partes dejaron constancia que las obras se habían iniciado el 7 de diciembre de 2007, con la entrega conforme del terreno; se acordó, también, extender en 68 días el plazo original comprometido por ZZ, quedando para el 7 de noviembre de 2008 la fecha de recepción provisoria. Consecuencialmente se reprogramaron los hitos parciales. Se acordó, asimismo, un pago adicional de UF 29.760, más IVA. Con estos acuerdos quedaron solucionados -afirma XX- todos los problemas que se habían suscitado hasta entonces.

38. El 7 de noviembre de 2008 venció el plazo del contrato, que como se dijo, fue incrementado respecto del original. En ese momento, las obras no se encontraban terminadas y ni siquiera se habían efectuado las pruebas exigidas para la recepción provisoria. Por tal razón, al 7 de noviembre, a instancias de la ITO, un ministro de fe certificó el estado de las obras, quedando en evidencia que no se encontraban concluidas. El texto de la demanda, en este punto, incluye algunas fotografías que, a juicio de XX, evidencian el estado de la construcción a la fecha.

39. El 13 de diciembre de 2008, según expone XX, ZZ solicita la recepción provisoria de las obras, la que es rechazada por la Comisión de Recepción Provisoria el día 16 del mismo mes. En esa fecha la Comisión constató que las obras no estaban en absoluto concluidas, razón por la cual se rechazó la recepción. A continuación se realizó una reunión con ZZ, a la cual se le comunicó el rechazo. Asistieron a ella C.V., M.B. y F.B., por ZZ; R.B., J.F., G.N. y M.C. por XX y R.C. y J.C. por la ITO.

40. Posteriormente -continúa XX- con fecha 23 de diciembre, se comunicó, el rechazo a ZZ y a otros involucrados. La ITO, por su parte, procedió a entregar a la Contratista las observaciones, que eran de alrededor de dos mil, para que fueran solucionadas antes de que la obra pudiera ser recibida provisoriamente. Junto a la comunicación se acompañaba un acta en la cual se rechazaba la recepción que textualmente señalaba: “De la revisión efectuada por la Comisión se constata que dichas observaciones y las obras aún pendientes de ejecución tienen el grado de gravedad que contempla el contrato, lo cual impide la recepción provisoria de las obras, quedan en consecuencia sin efecto el aviso del Contratista en que solicitó dicha recepción, hasta la oportunidad en que se dé nuevamente, una vez terminados los trabajos y subsanadas las observaciones formuladas por la Inspección Técnica, y que hace suyas la Comisión. XX agrega que ZZ ha intentado desconocer su pleno conocimiento del rechazo, lo que, dice, no es cierto. Acota que hasta la fecha de presentación de esta demanda no ha solucionado la totalidad de las observaciones, ni tampoco ha pedido la recepción provisoria”.

41. Apertura del centro comercial. XX agrega que, a fines de noviembre de 2008 se inició, en marcha blanca, la apertura del centro comercial el que se inauguró en una ceremonia realizada el 8 de enero de 2009, sin que el centro comercial se encontrara en las condiciones que ella esperaba. La apertura se hizo necesaria por los compromisos asumidos con los clientes y con terceros; por la existencia de tiendas cargadas, esto es, provistas de mercaderías, trabajadores y equipos para las ventas de Navidad y fiestas de fin de año y, además, por razones de imagen. Acota que la apertura no puede entenderse en el sentido de que las obras se hallaban concluidas y que para ello se debería haber suscrito la recepción provisoria.

42. Postula que ZZ no estuvo a la altura de sus compromisos, ya que no demostró la capacidad necesaria para sacar adelante el proyecto, ni para concluirlo dentro de plazo. Careció de la capacidad para dirigir y administrar los trabajos, lo que condujo a los incumplimientos que, a continuación se sintetizan.

43. En primer lugar, indica que ZZ no fue capaz de terminar las obras en los plazos acordados, tanto en lo que se refiere al plazo final, como a los hitos parciales. Como se ha señalado, el plazo contemplado por el contrato, para concluir los trabajos y para obtener la recepción provisoria de las Obras, vencía el día 7 de noviembre de 2008. XX postula, al respecto, que la negligencia de la Constructora fue el resultado de descuidos permanentes a lo largo de meses. Ilustra con una serie de situaciones: Ya recién firmado el contrato, por carta de 25 de julio, se le hizo presente el lento avance del ala B, el cual se atribuía a la falta de recursos humanos y materiales, que impactaban con un retraso de 22 días. Otro ejemplo fue la adquisición de hierro para la obra, lo que producía retrasos. De ello el Contratista dio cuenta en varias oportunidades, en circunstancias que la totalidad de los suministros eran precisamente de su responsabilidad.

44. Otro grave incumplimiento consistió en el modo como ZZ informaba en las reuniones de obra acerca de los avances de los trabajos. Inicialmente informó de leves retrasos y de su certeza de superarlos. Dos meses antes del vencimiento del plazo final, sin embargo, la ITO manifestó que los avances informados por ZZ no correspondían a la realidad, ya que cuantificaba los avances desde el momento en que contaba con los suministros y no desde que ellos quedaban incorporados o instalados. Proporciona diversos ejemplos, al extremo que, el 4 de noviembre de 2008, tres días antes que venciera el plazo, ZZ informó de avances por el 94%, en circunstancias que, según la ITO, solo alcanzaban a 76%. Lo anterior, con todo, entra en contradicción con los propios dichos de ZZ ya que, vencido el plazo final alega que no estaba retrasada, puesto que la mora en la entrega se debía, según ella, a las continuas modificaciones introducidas por la Mandante.

45. Pero los retrasos de ZZ, a juicio de XX, no solo se producen en la entrega final total de las obras, sino también en los hitos parciales. Conforme al contrato -cláusula octava- se acordaban los siguientes hitos parciales, todos para 2008, consistentes en las obras que se individualizan: (a) cines, 30 de agosto; (b) tiendas anclas, 1, 2 y 3 de julio; patio constructor y tienda hogar, 27 de julio; supermercado, 20 de agosto; restaurantes 22 de agosto; patio comida, 23 de septiembre; tiendas intermedias, 23 de septiembre; locales menores, 23 de septiembre. En lo que se refiere a las conexiones entre las tiendas ancla y el centro comercial, ellas debían estar concluidas el 30 de agosto de 2008.

46. XX, a fs. 78, presenta un cuadro en el cual muestra el retraso de los hitos mencionados, destinando una columna a la fecha convenida para la terminación, otra a la fecha real de término y la tercera a la diferencia de los días de atraso efectivo que van entre 0 y 41 días. Estos retrasos, dice la Mandante, repercutieron negativamente en la relaciones entre TR1 y los arrendatarios. El contrato los sanciona con las multas que se indicarán en el petitorio, anticipa.

47. Siempre dentro del incumplimiento de los plazos, XX señala que un requisito previo para poder recibir provisoriamente las obras consistía en la presentación de los documentos necesarios para la recepción municipal de las mismas, tales como los planos aprobados por la autoridad competente, los certificados de recepción, por parte de los organismos públicos, planos as built, constancias del cumplimiento de las obligaciones previsionales, garantía de los equipos, etc. ZZ no cumplió con esta obligación.

48. Señala que solo el 3 de diciembre de 2008, ZZ solicitó la recepción provisoria, como se ha dicho. La correspondiente reunión no llegó a tener lugar porque los representantes de la Constructora se retiraron, en vista del rechazo dispuesto por la Comisión. Con posterioridad, el 18 de diciembre, a través del libro de obra, la ITO formuló las 1.906 observaciones que fundaban el rechazo a la recepción y, al mismo tiempo, solicitó un programa de soluciones que, en definitiva, nunca se entregó. Entre ellas menciona: Cubiertas y fachadas inconclusas; colector y sumideros no terminados; clima sin funcionar y todavía sin instalar en algunos

sectores; alcantarillado sin conexión a unión domiciliaria; iluminación interior y exterior incompleta y sin conexión definitiva; ausencia del sistema de seguridad; vialidad interior no terminada, etc. Todavía ZZ no solicita la recepción.

49. Lentitud y falta de diligencia para subsanar las observaciones. ZZ mantuvo una actitud displicente, dice XX. Con fecha 9 de febrero de 2009, la ITO debió hacer presente la referida lentitud y la escasez de la mano de obra dispuesta para solucionar las observaciones, dejando constancia que, de ellas, solo se había solucionado un 78%. Más aún, el 21 de febrero, la ITO debió apercebir a la Constructora que, sin un cambio de actitud, XX asignaría los trabajos pendientes a un contratista externo. Solo el 2 de marzo, la Constructora comunicó que el 90% de las observaciones estaban solucionadas y, el 31 de julio de 2009, indicó que las observaciones todavía pendientes carecían de la entidad para impedir la recepción provisoria.

50. Concluye, en este punto, que ZZ demostró no ser capaz de dirigir y administrar el contrato y de cumplir con su principal obligación: Entregar en forma correcta, oportuna y cabalmente terminado, el centro comercial. En el mismo sentido se refiere a la insuficiencia de mano de obra y proporciona algunos ejemplos.

51. También atribuye a ZZ falta de previsión y diligencia y se refiere a la adquisición del acero. Recuerda, en este punto, que esta era una obligación integrante de esta modalidad EPC del contrato. Ilustra su punto señalando que el señor M.B., de ZZ, en varias reuniones de obra, que cita, hace presente que vislumbra y que se han presentado problemas con este suministro, atribuyendo a ellos fuertes retrasos, prescindiendo del hecho de que la oportuna provisión de este elemento era responsabilidad suya.

52. El acero fue, asimismo, una fuente de un injusto beneficio para ZZ. El contrato contenía una estipulación especial destinada a evitar el riesgo de la Constructora por las alzas de precios para este insumo. En efecto, se convenía que, sin perjuicio de que los costos se pactaban reajustables, según la variación de la Unidad de Fomento, adicionalmente se consideró el índice CAP, de modo de paliar las eventuales alzas que se podían producir para el hierro, entre septiembre -época de la formulación de la oferta- y diciembre de 2007, en lo referente al acero para armadura y, entre el precio de la oferta y el de la adquisición del suministro, para el acero estructural.

53. Indica, no obstante, que la Constructora, en lo que concierne al acero estructural no aplicó el índice CAP según lo pactado, sino que lo difirió al vigente a la fecha de instalación de dicho suministro en obra, con lo cual aprovechaba el incremento de su valor. XX confiando en la buena fe de ZZ, pagó según lo cobrado por la Contratista. Solo después del pago se dio cuenta del error. Por tal razón, y en base a los Artículos 2.295 y 2.300 del Código Civil, corresponde que devuelva lo indebidamente pagado por la Mandante, que estima en la suma de UF 14.730,60.

54. XX reclama que la Contratista no ejecutó ciertas obras y que otras las desarrolló en forma incorrecta. En lo que se refiere a las primeras, cita el caso de las áreas verdes, la iluminación del pasillo del segundo piso, la fachada sur de la lucarna, la iluminación de la fachada de la tienda ancla 2 y la iluminación decorativa LED en la cubierta. Tocante a las segundas, menciona la colocación de un muro de contención para el talud de la calle Sur; una menor cantidad de arranques de agua potable en la cubierta; techumbres en áreas interiores y exteriores; instalación de las protecciones para los cables eléctricos, necesarios para la luminaria exterior; y evacuación de aguas lluvias de los estacionamientos. Reclama compensación por todas ellas. También imputa a ZZ no haberse sujetado a los planos y especificaciones técnicas e incumplimientos de las normas e higiene y seguridad.

55. XX pasa, a continuación, a formular sus pretensiones en contra de ZZ.

56. Obras retiradas del contrato. Reclama, primeramente UF 53.097,66 que deben rebajarse del precio del contrato, en razón de las menores obras ejecutadas, ya que se excluyeron del proyecto las siguientes:

Edificio automotriz, techumbre de las tiendas ancla 1 y 3 y los edificios de restaurantes. Ellas totalizan 4.732 metros cuadrados, por lo que su eliminación disminuye la superficie construida del proyecto de 104.269 a 99.537 metros cuadrados.

57. Pagos por reparaciones de obras mal ejecutadas o inconclusas. Reclama la suma de UF 63.660,58, por el costo de la reparación de vicios constructivos, la solución de las observaciones formuladas por la Comisión de Recepción Provisoria y no corregidas y obras que debió ejecutar la Mandante, entre las que enumera: Paisajismo y áreas verdes, muro de contención, cambio de iluminación del segundo piso del cuerpo del mall, reparación de aguas lluvias y filtraciones, limpieza y retiro de escombros, fachada sur de la lucarna, iluminación LED de la fachada del centro comercial, corrección de la evacuación de aguas lluvias en estacionamientos y varias otras.

58. Restitución de lo pagado en exceso por el suministro de acero. XX imputa a ZZ haber incumplido la reglas contractuales relativas a la fijación del precio del acero que debía suministrarle, al aplicarle el índice CAP en las oportunidades que instalaba el acero en obra, en circunstancias que lo había adquirido con anterioridad y a un precio inferior. Dicho procedimiento le permitió obtener una diferencia en su favor que asciende, según la Mandante, a UF 14.730,60, más IVA, que debe serle restituida.

59. Multa por atrasos. XX indica que la cláusula octava del contrato contempla multas por la mora en los hitos parciales y para la recepción provisoria. La demanda reproduce el texto correspondiente, que señala que el plazo final de la obra vence el 7 de noviembre de 2008. La mora se sanciona con una multa diaria equivalente al dos por mil del precio total del contrato. La mora en el cumplimiento de los hitos pactados origina una multa del quince por mil del costo implicado en dicho parámetro. La mora en los distintos plazos mencionados es independiente para cada uno de ellos, por lo que no pueden servir para justificar incumplimiento alguno o para extender otro plazo. También se contemplan multas de UF 10 para sancionar los incumplimientos de las normas de higiene o seguridad de la obra. Estas últimas multas y las relativas a plazos son aplicadas directamente por el Mandante por medio de la ITO. El Mandante queda autorizado para deducirlas administrativamente de los estados de pago. El límite máximo para el total de las multas no puede exceder del 10% del valor total del contrato.

60. XX comenta que para el cálculo total de las multas, el monto total del contrato asciende a UF 1.295.602. Indica que la mora que afecta a la obligación de obtener la recepción provisoria alcanza, a la fecha de presentación de la demanda, a 302 días lo que, según la regla reseñada, determina UF 2.591,21 por cada día de retraso y lleva a una multa total de UF 782.545,42. En lo que se refiere a las multas por hitos, ellas totalizan UF 6.272 al 26 de marzo de 2009. El texto de la demanda, a fs., 85 vta., incluye un cuadro que proporciona los detalles correspondientes

61. De aplicar conjuntamente ambas categorías de multas, la sanción ascendería a UF 788.818,32. No obstante lo anterior, señala XX, según lo convenido, las multas no pueden exceder del 10% del monto total del contrato, por lo que reduce su petición a UF 129.560. Con todo, indica que para el caso que el Tribunal estimare que se ha incumplido mediando culpa grave, solicita que se condene a ZZ sin aplicar la limitación pactada, de conformidad a lo establecido en los Artículos 44, 1.465 y 1.558, del Código Civil.

62. Indemnización por otros perjuicios. Fundada en el texto de la cláusula 8.2 del contrato, XX postula que sufrió perjuicios adicionales a los ya reseñados: Su imagen comercial y corporativa se vio dañada. La apertura de un centro comercial inconcluso y con deficiencias notorias produjo, en principio, en los arrendatarios y público, la percepción de que este centro comercial no tendría igual categoría que los restantes TR1. Esto obligó a reforzar la campaña de marketing y publicidad. Ilustra sus afirmaciones con el caso de un visitante que el 30 de noviembre resultó herido en la cabeza. El hecho tuvo amplia cobertura, con el consecuente daño para la imagen de XX. El evento la obligó a anticipar para 2008 campañas publicitarias y

de marketing previas para 2009 e incrementar el presupuesto de 2009 para este rubro, lo que significó un gasto adicional de UF10.829 más IVA.

63. Reajustes e intereses. XX solicita que se reajusten las sumas demandadas cuando corresponda y que se apliquen intereses corrientes a contar de los hechos que se señalarán.

64. Entrega de la boleta de garantía bancaria prevista en el contrato para responder por el correcto funcionamiento de las obras. XX señala que aunque solicita la resolución del contrato, por razones de justicia debe subsistir la obligación de ZZ, de responder por el buen funcionamiento de las obras ejecutadas, por el período de un año, que se cuenta desde la fecha del Acta de Recepción Provisoria hasta treinta días después de producirse la recepción definitiva. Solicita que el Tribunal disponga el otorgamiento de la boleta por UF 58.000, por el período de un año contado desde la fecha de la sentencia que se dicte en esta causa, o desde la oportunidad que el Árbitro determine.

65. XX concluye su demanda formulando las siguientes peticiones, declarando u ordenando, en su caso:

- a) que el “Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministro y Construcción. Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC”, se encuentra terminado a causa de los incumplimientos de ZZ;
- b) que ZZ deberá restituir a XX el equivalente en pesos a la suma de UF 62.660,58, más IVA, o la suma que el Árbitro determine, por obras no ejecutadas, con intereses corrientes desde la fecha de la presentación de la demanda, o desde la fecha que la sentencia determine;
- c) que ZZ deberá pagar a XX el equivalente en pesos a UF 63.538,88, más IVA, o la suma que determine el Árbitro, por concepto de reparaciones de obras mal ejecutadas o inconclusas, con intereses corrientes desde la fecha de presentación de la demanda o desde la fecha que la sentencia determine;
- d) que ZZ deberá restituir a XX el equivalente en pesos a UF 14.730,60, más IVA o la suma que el Tribunal determine, en razón de los pagos indebidos recibidos con motivo del suministro del acero, con intereses corrientes devengados desde la fecha que la primera pagó en exceso o desde la fecha que determine la sentencia;
- e) que XX tenía derecho a las sumas ya aplicadas, por vía de compensación, a ZZ, por concepto de multas, más intereses corrientes desde la interposición de la demanda o desde la fecha que determine el Árbitro. Para el caso que se determine que ZZ incumplió sus obligaciones con culpa grave, solicita asimismo se deje sin efecto la limitación de responsabilidad, convenida en el contrato, y disponer que ZZ debe pagar la totalidad de las multas devengadas que ascienden a UF 788.812,32 o la suma que el Tribunal determine, descontando en este caso las multas ya aplicadas. Esta suma se deberá pagar con intereses corrientes desde la interposición de la demanda o desde aquella que determine el Árbitro;
- f) que ZZ deberá pagar a XX la suma de UF 10.829 más IVA o la suma que determine el Tribunal por indemnización de los perjuicios que la primera describe en el punto 4.5 de la demanda;
- g) que ZZ deberá entregar una boleta de garantía bancaria que caucione el correcto funcionamiento de las obras, por UF 58.500, por el período de un año, a contar de la fecha de la sentencia o de la que en ella se disponga; y
- h) que ZZ deberá pagar las costas procesales y personales del proceso.

DEMANDA DE EMPRESA CONSTRUCTORA ZZ

66. Conforme a las reglas del procedimiento, comparece don C.E., en representación de ZZ, ambos domiciliados en DML, comuna de Las Condes, asistido por los abogados señores AB1 y AB4 y exponen lo que, en los párrafos que siguen, se sintetiza.

67. ZZ se refiere, en una primera parte de su libelo a los que denomina los hechos. Comienza con una referencia a las partes en conflicto.

68. Indica que ZZ es la división más antigua del Holding ZZ S.A. Fue constituida en 1947. Ha ejecutado cientos de obras, en todos los campos de su giro: Habitacional y comercial; infraestructura vial y portuaria; obras subterráneas y montajes; proyectos mineros y centrales eléctricas. Ha llegado a ser una de las principales empresas constructoras del país. Señala haber construido entre otras, la Torre TR5; el Hotel TR6; la Costanera TR7; las plantas de tratamiento de aguas TR8 y TR9; los centros comerciales TR10 y TR2. Actualmente ejecuta, entre otras, la extensión de la empresa TR11 de Santiago; la central hidroeléctrica TR12; y los casinos TR13 y TR14. La Empresa es reconocida en el mercado -dice- por su seriedad y compromiso con las obras que se le encargan, estando siempre dispuesta a destinar los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

69. XX, por su parte, es una de las sociedades que integran el Holding TR15 S.A. que agrupa a las once sociedades propietarias de los centros comerciales que operan bajo la marca TR1. El mencionado holding es el principal operador de centros comerciales de país con ventas, dice, de UF 59.000.000 y con superficie arrendable equivalente al 31% del país. Tiene 26 mil empleados, activos por US\$ 1.360 millones y en 2008 tuvo utilidades por US\$ 87.000.000. Acaba de adquirir TR16. Durante el primer semestre de 2009, ha obtenido \$ 24.405 millones de pesos de utilidad.

70. ZZ describe a continuación el proyecto, objeto del contrato. Indica que desde su concepción era mucho más que un centro comercial, pretendía ser un centro urbano capaz de satisfacer necesidades y deseos de las personas, con productos y servicios de primer nivel, opciones de entretenimiento, un lugar de encuentro para personas y familias. Se emplaza en un terreno de unas 20 hectáreas, originalmente de uso agrícola, ubicado en la comuna de AA, entre la calle DML.

71. Según las especificaciones de arquitectura, el proyecto consta de tres tiendas ancla en edificios de tres pisos, que se entregaban terminados en sus caras exteriores y en obra gruesa por su interior; una tienda hogar y patio constructor, consistente en un galpón prefabricado, con pilares, vigas y costaneras, montados *in situ*. El proyecto considera un supermercado, en el primer nivel del módulo central. Hay un patio de comidas, gimnasio, cines, y juegos, en el segundo nivel de dicho módulo. Existen pasillos de galerías comerciales y más de 200 locales comerciales, que se entregan terminados en las galerías, y en obra gruesa en su interior. Estos locales pertenecen a las alas, denominadas A y B, que convergen en una lucarna central. Hay espacios exteriores de acceso anexos al Mall constituidos por el boulevard financiero y de servicios y el patio de restaurantes TT. Se contempla un servicio automotriz, inicialmente de un nivel y estacionamientos de superficie y obras de paisajismo. El proyecto tiene una superficie de 104.962 metros cuadrados edificados y 2.650 estacionamientos de superficie.

72. Remontándose a la historia del proyecto, ZZ narra que en septiembre de 2006, había terminado TR2 de la comuna de BB para el holding TR1, de una superficie de unos 120.000 metros cuadrados. Se habían obtenido resultados satisfactorios para ambas partes y ánimo para continuar con la colaboración. XX expuso su proyecto a ZZ, condicionando desde el comienzo que se completara la ingeniería y construcción en el menor tiempo posible, de modo que el centro comercial pudiera abrir sus puertas antes de la temporada de Fiestas Patrias de 2008. Por tal razón, se analizó la posibilidad de ejecutar el proyecto bajo la modalidad EPC, en el cual la obra fuera enteramente ejecutada por el contratista a partir de una ingeniería básica proporcionada por el Mandante.

73. ZZ expresa que ya había utilizado este tipo de contrato en varias obras civiles y que es una de las pocas empresas nacionales capaz de desarrollar proyectos en la modalidad EPC. Aunque hasta entonces no había operado en la modalidad referida en una obra de retail.

74. Comenta también que, entre otras ventajas, la modalidad contractual EPC, permite un ahorro importante de tiempo, ya que en ella el Mandante solo debía entregar la arquitectura básica y la contratista solo debería desarrollar la ingeniería, suministrar los materiales y construir. En esta modalidad, la etapa de ingeniería y arquitectura se traslapa con la de la construcción produciendo una importante reducción del plazo. En la etapa inicial, las partes proyectaron un plazo de ejecución de 275 días que vencería el 3 de agosto de 2008. XX debía entregar un proyecto de arquitectura básica y abstenerse de introducir modificaciones que interfirieran en las siguientes etapas del proyecto. Por ello, se convino un plazo hasta el 30 de noviembre para introducir modificaciones.

75. Agrega que no obstante lo esencial de la obligación, XX nunca cumplió con el límite para introducir modificaciones, ya que hizo sucesivos cambios, alterando las secuencias de desarrollo de la ingeniería y de la construcción, lo que llevó a una constante reprogramación de los trabajos, incorporación de obras nuevas e incremento de recursos materiales y humanos. Solo estos últimos hicieron posible la apertura al público el 28 de noviembre de 2008, tres semanas después de vencido el plazo del contrato, dice.

76. ZZ profundiza luego sobre las características de la modalidad EPC. Indica, en primer lugar, que su naturaleza conmutativa exige establecer el equilibrio entre los riesgos asumidos por una y otra parte. Para el Mandante es un contrato a precio fijo que le permite traspasar los riesgos de la obra al contratista, quien asume las variaciones de precios de los materiales, de la mano de obra y de las condiciones del terreno. Asume, en consecuencia, mayores riesgos que en la forma habitual del contrato de construcción, pero sin llegar a responder por los casos de fuerza mayor. Por ello, el deber de informar del Mandante es estricto, ya que el contratista debe disponer de los datos necesarios para ponderar los riesgos que asume. En segundo lugar, este es un contrato estrictamente bilateral, ya que el propietario o Mandante contrata únicamente con el contratista. Elimina, de este modo, los problemas que surgen de la relación paralela con los responsables de la ingeniería, por una parte y con la Constructora, por otra. En tercer lugar, la modalidad EPC implica que el Mandante se debe concentrar exclusivamente en el financiamiento de las obras y en entregar, en forma oportuna, la arquitectura básica. En cuarto lugar, el contratista dispone de amplia libertad para desarrollar la obra y el Mandante se debe limitar a ejercer un control acotado.

77. Este tipo de contrato, agrega ZZ, no es recomendable (cita a FIDIC, Asociación Española de Consultores en Ingeniería y Organización, Condiciones de Contratación para Proyectos EPC/Llave en mano, Madrid, 1999, p. 2) “cuando el cliente tenga la intención de supervisar de cerca el trabajo del contratista o revisar la mayoría de los planos de construcción”. Comenta que cuando el Mandante se reserva el derecho de introducir modificaciones durante la ejecución del proyecto que afectan la arquitectura básica, debe saber que ello repercute en el precio y en el plazo.

78. Refiriéndose a la negociación del contrato, indica que en agosto de 2007 se convino que ZZ presentara una oferta según la modalidad EPC. Con tal fin, XX le entregó los siguientes antecedentes: 5 planos de arquitectura básica, la topografía del terreno y la mecánica de suelos. ZZ hizo una oferta que entregó en dos partes, los días 3 y 8 de octubre de 2007, por un total de UF 1.375.276,48, más IVA. Estos antecedentes dieron origen a un largo período de negociaciones, que condujo a los siguientes acuerdos esenciales: (1) el 30 de noviembre de 2007 sería la fecha límite para introducir modificaciones en la ingeniería básica del proyecto; (2) el plazo de ejecución sería de nueve meses fijándose el 31 de agosto de 2008 como fecha de entrega de la obra, siempre que se cumpliera con el acuerdo relativo a la arquitectura básica; y (3) el precio total sería de UF 1.170.000, más IVA.

79. Alcanzados estos acuerdos, ZZ inició los trabajos y con la mayor buena fe, dice. Recibió el terreno el 12 de diciembre de 2007, cuando todavía XX no había pagado el anticipo de 20%, ni se había escriturado el contrato. Las partes, entretanto continuaron negociando los términos más específicos, durante los siguientes ocho meses. Hasta marzo de 2008 el borrador de contrato reflejaba directamente los acuerdos iniciales. Cita, con respecto al plazo que se estipulaba: “sobre la base de que, a partir del 30 de noviembre de 2007 no se producen modificaciones sobre la arquitectura básica, la Constructora deberá concluir la totalidad de las obras y trabajos encomendados el día 31 de agosto de 2008”. El contrato solo se firmó el 21 de julio de 2008, ocho meses después de iniciadas las obras.

80. Desde el inicio de los trabajos, indica ZZ, XX incorporó múltiples cambios. Por ello la Constructora fue dejando sucesivas constancias de tales hechos a lo largo de la ejecución del contrato.

81. Así, en la reunión de licitación N° 9 de 30 de noviembre de 2007 se indica que la arquitectura básica solo se encuentra congelada en la parte que se indica, asumiendo la Mandante la obligación de entregar la arquitectura congelada de las tiendas ancla N° 1 y 3, el día 3 de diciembre de 2007.

82. En la primera reunión gerencial de la obra, el 28 de diciembre de 2007, XX deja constancia que en aquel momento quedaron definidas las bases para la estructuración (arquitectura básica) del cuerpo del Mall, con lo cual esta se entiende, de ahí en adelante, congelada.

83. En la reunión gerencial N° 6 de 1 de febrero de 2008, XX, por medio de M.E. solicita que se ajuste la arquitectura en el cuerpo del Mall disminuyan los fondos de solo un sector de los locales menores. En la misma reunión solicita la reubicación de las escaleras hacia la rotonda principal. ZZ hace presente en la reunión que ello significaría la postergación en el inicio de las obras del sector.

84. En la siguiente reunión gerencial, de 8 de febrero, XX solicita un ajuste de los pilares de la rotonda. ZZ hace presente que esta modificación retardará una semana el inicio de los trabajos en el sector, ya que exige un recálculo estructural del mismo.

85. En la reunión gerencial N° 8, de 28 de febrero, ZZ, deja constancia que falta la entrega de los proyectos definitivos para el cuerpo del Mall y otros proyectos, lo que no permite a ZZ entregar la programación de los trabajos.

86. ZZ agrega que los borradores de contrato intercambiados, a esa época, entre las partes, eran claros en supeditar la fecha de entrega de la obra (31 de agosto de 2008) a que no se produjeran modificaciones en la arquitectura. ZZ comenta que las modificaciones eran de tal magnitud que advirtió que no le resultaba posible cumplir con los plazos contractuales. Todo lo anterior llevó a las partes a renegociar el plazo del contrato y renovar el compromiso de XX de no introducir modificaciones y concentrarse en su diseño y ejecución.

87. De allí que se acordara prolongar el plazo en 68 días fundados en que XX no había cumplido con definir la arquitectura básica al 30 de noviembre. Este acuerdo queda reflejado en las actas de las reuniones 15 y 16, de 15 y 22 de abril de 2008, respectivamente, y como efecto suyo se produce una inmediata reducción del grado de atraso en las obras del 20% al 5% y también considerar, como nueva fecha de término, el 7 de noviembre de 2008.

88. La extensión del plazo originó un pago por gastos generales, en favor de ZZ, por UF 29.750, cantidad que fue negociada por las partes pero que, a juicio de la Constructora, resulta menor a la que correspondía y responde al ánimo de dar curso al contrato. Agrega que la necesidad de otorgar una extensión de casi un 25% del plazo original indica la gravedad de la situación creada por XX. El nuevo plazo hacía imposible abrir al público para Fiestas Patrias por lo que se asumía, como un nuevo hito, poder hacerlo para

Navidad. Esto último solo era posible -dice- si no se incorporaban nuevos cambios. No obstante, XX continuó solicitándolos. ZZ los ejecutaba mientras negociaba los respectivos presupuestos.

89. ZZ se refiere luego a la tardanza en la firma del contrato. Indica que inició las obras sin tener un contrato firmado y entendió que los elementos esenciales se hallaban definidos cuando XX aceptó el precio total de UF 1.170.000. Indica que ya en marzo de 2008, se habían afinado los restantes acuerdos y que, en reunión gerencial de 18 de marzo, XX asumió la obligación de enviarle el texto del contrato firmado, cuestión que solo se cumplió el 22 de julio de 2008, según se informó en la reunión gerencial de la fecha.

90. La falta de un contrato escrito permitió a XX incurrir en una serie de abusos frente a los cuales ZZ no tenía el amparo del documento escrito o el recurso al Árbitro. Esto incidió también en la forma y en el tiempo con que XX pagó el anticipo, lo cual llevó a la Constructora a tener que financiar, con recursos propios, la etapa inicial de la obra. La firma del contrato produjo la tranquilidad de disponer de la certeza de un contrato escrito y de la instancia del Árbitro.

91. ZZ hace presente, en lo que se refiere al pago del anticipo, que según su oferta aceptada por XX, esta se obligaba a anticipar un 20% del precio del contrato (UF 234.000), el cual debía ser garantizado por la Constructora con boletas bancarias por igual monto. Señala que con el anticipo se financian los compromisos iniciales de todo proyecto, es decir, seguros y permisos, contratación de la mano de obra, adquisición de materiales, movilización de equipos y maquinarias, pago de los anticipos a los subcontratistas, etc. Con todo, XX, unilateralmente, fraccionó el pago del anticipo en tres cuotas, estando ya avanzada la obra. Ellas vencían el 28 de enero de 2008, por UF 117.000, más IVA; el 11 de marzo, por UF 44.066,78, más IVA y el 18 de marzo, por 72.933,22, más IVA. La dilación en el pago del anticipo obligó a ZZ a asumir, de buena fe, la carga que no le correspondía, de financiar las obras.

92. ZZ agrega que el desabastecimiento de acero, que se produjo en el mercado nacional y en el exterior, entre los meses de mayo y julio de 2008 constituyó un hecho imprevisible que afectó el desarrollo de las obras, no obstante que ZZ ya había comprometido los volúmenes totales para el proyecto. Para superar la dificultad debió importar acero desde Turquía, incurriendo en mayores costos y tiempo para disponer del insumo, el cual llegó a fines de julio y comienzos de agosto. Con el mismo fin, cambió el diseño de las losas, de modo de emplear hormigón pretensado, lo que permite aumentar la resistencia del concreto, mediante el tensado de cables, que van por el interior del hormigón, y lo dejan más comprimido y resistente a las cargas. Este método permite prescindir de parte del acero que se emplea habitualmente para reforzar el hormigón. Este cambio -dice ZZ- le requirió mayores esfuerzos y permanencia en la obra, en razón de la necesidad de explorar la alternativa; de recalcular las estructuras; de contratar subcontratistas especializados y de obtener el suministro de los materiales. Todo lo anterior influyó en el plazo total de la obra.

93. ZZ pasa a examinar, a continuación, la influencia de los cambios sucesivos y reiterados introducidos por el Mandante en el plazo del contrato. Indica, como observación general, que XX no entregó en forma oportuna las definiciones de ingeniería básica y que durante todo el desarrollo de la obra realizó cambios produciendo impactos en los plazos y en los costos. Detalla, a continuación las modificaciones distinguiendo entre ingeniería y construcción.

94. En lo que se refiere a modificaciones de ingeniería, explica que consisten en cambios que obligan a alterar el diseño o ingeniería de detalle de la obra. Ellas crean la necesidad de cambiar los planos respectivos y, eventualmente, detener o alterar el trabajo en terreno, o sustituir uno ya ejecutado. Pueden afectar a la ingeniería básica o a la de terminaciones.

95. Reitera que la ventaja del contrato tipo EPC consiste en que se permite desarrollar conjuntamente el diseño de la ingeniería con la gestión del suministro y la construcción y que para que ello sea posible, es indispensable que el Mandante entregue las definiciones básicas como antecedente para formular la oferta. Si

se trata de ingeniería básica, agrega, cualquier cambio genera múltiples efectos en relación a los restantes elementos y actividades de la obra: Recálculo del modelo sismorresistente, superficie de vialidad, evacuación de aguas lluvias, etc. Cuando el cambio recae sobre obras ya construidas la incidencia es aún mayor.

96. Agrega que en la especie, las partes convinieron que no habría cambios después del 30 de noviembre de 2007. Dado que XX no cumplió con este límite, se debió aumentar el plazo en 68 días, no obstante lo cual la Mandante siguió introduciendo las modificaciones que detalla en la denominada Tabla 1: Listado de Modificaciones de Ingeniería Básica del Proyecto, que corre de fs. 141 a 146, en la cual se incluye una nómina de modificaciones numeradas de 1 a 62, con fechas que van desde el 5 de diciembre de 2007 hasta el 18 de noviembre de 2008, con una descripción de las mismas y con indicación de si afectan o no al cálculo estructural.

97. En lo que respecta a los cambios de la ingeniería de terminaciones, entre fs. 146 y 147 también se incluye la denominada Tabla 2: Listado de Modificaciones de Ingeniería de Terminaciones del Proyecto. En ella se listan las modificaciones de 1 a 19, con sus fechas respectivas, que se inician el 18 de diciembre de 2007 y concluyen el 19 de octubre de 2008 y se hace una descripción de las mismas.

98. Las modificaciones en la construcción, por su parte, consisten, dice, en cambios que deben realizarse en terreno, implicando trabajos adicionales o extraordinarios, considerando trabajos que no estaban en el alcance original de la obra. Estas obras acarrearán costos adicionales que se presentan como presupuestos de obras adicionales.

99. ZZ comenta que los cambios en los procesos constructivos y su oportunidad inciden en la productividad de la mano de obra directa, no solo en lo que se refiere a los presupuestos de las obras adicionales o extraordinarias, sino que desordenan las secuencias proyectadas para los trabajos. Esto genera horas-hombre adicionales debido a los tiempos de espera mientras se incorpora el cambio. Lo anterior se vio acrecentado, afirma, por el complejo proceso aplicado a la aprobación de los correspondientes presupuestos.

100. ZZ se refiere, a continuación, al listado de modificaciones de obras. Ellas se presentan en la Tabla 3: Obras Adicionales y Extraordinarias Pagadas por XX, que corre de fs. 149 a 151, que se listan de 1 a 114, indicando fechas de presentación que van del 5 de enero de 2008 al 10 de octubre del mismo año; fecha de aprobación de la ITO, desde el 11 de junio de 2008 al 13 de noviembre de 2008; fecha de pago, desde el 11 de agosto de 2008, hasta el 12 de enero de 2009 y la indicación de su costo directo, totalizando UF 88.290,73.

101. Enseguida, en la Tabla 4, a fs. 151 y 152, de Obras Adicionales y Extraordinarias Aprobadas por XX No Pagadas, ZZ incluye a aquellas que se encuentran en tal situación listando de 3 a 33, con descripción de las mismas e indicación de las fechas de presentación, que van desde el 29 de julio hasta el 23 de diciembre de 2008, con fechas de aprobación entre el 4 de noviembre de 2008 hasta el 28 de enero de 2009, con un costo total de UF 55.966,77.

102. Finalmente, a fs. 152 y 153, en la Tabla Obras Adicionales y Extraordinarias Rechazadas (5-marzo-09), ZZ incluye una nómina que va desde el número 25 al 162 con la correspondiente descripción, con fecha de presentación, desde el 26 de mayo de 2008 hasta el 20 de marzo de 2009, y por un monto total de UF 63.656,3.

103. ZZ concluye, en este punto señalando que XX introdujo modificaciones durante todo el desarrollo de la obra, que debieron ser presupuestadas, recalculadas, reprogramadas y que originaron demoliciones, que fueron negociadas con la ITO y el Mandante, en sus diversos niveles jerárquicos y pagadas, cuando lo fueron, ya que las hay que todavía se adeudan.

104. La Contratista postula que las modificaciones introducidas durante el desarrollo y ejecución de la obra interactúan con la programación presupuestadas y que incluso pueden interferir con su línea crítica de desarrollo, alterando las secuencias constructivas y las fechas de entrega. Además de lo anterior, en el caso específico, el plazo era un elemento prioritario, ya que incidía en la pronta apertura del centro comercial. Por tal razón, XX se había obligado a definir la arquitectura básica al 30 de noviembre de 2007. Agrega que las primeras modificaciones determinaron una prolongación del plazo de 68 días, razón por la que se convino, en el texto del contrato, el 7 de noviembre de 2008, como fecha de entrega. Esta programación, dice, no tenía margen de holgura. Acota que si bien el Mandante tenía la facultad de introducir modificaciones, su obligación esencial era ejercerla sin comprometer la fecha de entrega.

105. Enseguida ZZ desglosa, en diversos aspectos, el impacto de las modificaciones introducidas por la Mandante.

106. Se refiere, en primer lugar, a las horas-hombre de ingeniería y arquitectura. Indica que las modificaciones requirieron mayor cantidad de horas-hombre destinadas a la ingeniería, el cálculo estructural y la arquitectura de detalle. La planificación inicial indicaba que las actividades de estos profesionales se desarrollaría durante cinco meses, desde noviembre de 2007 a abril de 2008, totalizando 45.000 horas-hombre, en circunstancias que se requirieron, en los hechos, 67.000 horas. Afirma que esta circunstancia no puede ser discutida por XX, ya que, en su momento, presentó presupuestos incluyendo este ítem sin que fueran objetados por el Mandante.

107. Continúa aludiendo al tema de aceleración de las obras y a la necesidad de destinar mayores recursos para terminarlas. Indica que los retrasos producidos por las modificaciones solo podían ser superados por acciones de aceleración y que, ya en marzo de 2008, XX tenía conciencia de ello. No obstante, no aprobó un plan de aceleración que se le presentó y no procedió a congelar las modificaciones de la arquitectura básica.

108. Agrega que a fines de julio de 2008 ya se percibía la necesidad de acelerar las obras para lo cual adoptó un programa de turnos especiales y nocturnos. El trabajo, en este caso, se encarece, ya que tienen un costo adicional de 50% y tiene un menor rendimiento que el de la jornada ordinaria. Acota que entre enero y noviembre de 2008 las cuadrillas trabajaron en promedio 49 horas, siendo lo ordinario, 45. Más aún, durante los meses de agosto a noviembre de 2008, el promedio fue de 53 horas. La aceleración también asumió la modalidad incentivos, los cuales tuvieron un costo de UF 8.849. La prolongación de los trabajos obligaron a pagar aguinaldos de fin de año, que no estaban presupuestados.

109. Siempre en el tema de la mayor destinación de horas-hombre, ZZ indica que ellas se hicieron necesarias, además, en razón de la pérdida de eficiencia de la mano de obra directa por labores desarrolladas durante las horas extraordinarias y los turnos de noche. Fundamenta que es sabido dentro de la industria de la construcción que el rendimiento de las horas extraordinarias es inferior al de las ordinarias y que la eficiencia también decrece tras semanas consecutivas de jornadas extraordinarias. Igualmente, el rendimiento de los turnos nocturnos es inferior a los diurnos en no menos de un 15%. También milita en contra de la eficiencia de la mano de obra directa, la introducción de cambios en el Proyecto (ya se ha explicado más arriba como influyen ellos en el desarrollo de la obra y en la asignación de los recursos). En el caso específico, señala, que el costo directo de los cambios alcanzó a un 22% del estimado inicialmente para el total de la obra. Hace presente que el monto total de las obras adicionales cobradas y pagadas y las demandadas en este juicio, no alcanza para cubrir el mayor gasto del contratista originado en el impacto de agregar, a un programa ya determinado, obras que representan más de un 20% de lo originalmente contratado.

110. La mayor utilización de mano de obra directa trae aparejada, asimismo, la de mano de obra indirecta constituida por mayores exigencias de supervigilancia, seguridad, etc. Debieron contratarse profesionales de

terreno adicionales, supervisores y capataces, más prevencionistas de riesgo y de salud ocupacional, mayor personal administrativo, gasfiteros y electricistas, etc.

111. El desarrollo de trabajos por jornadas extraordinarias y turnos nocturnos requirió de equipos adicionales. ZZ debió incorporar cuatro grúas hidráulicas, dos grúas torre, dos plataformas Peri, seis plataformas de elevación, montajes y andamios, cinco equipos de iluminación y tres camiones pluma. Todos estos elementos son provistos por el Contratista y se imputan a gastos generales, los cuales, en este contrato, se encuentran fijados desde el inicio de la obra, con la consiguiente pérdida, en el caso que se incrementen.

112. La Constructora pasa, enseguida, a exponer y analizar los temas de las reprogramaciones y de la mayor permanencia en la obra, originadas por las modificaciones introducidas por el Mandante que conduce a la noción de programa impactado, esto es, la alteración que el programa inicial de las obras experimenta como consecuencia de las modificaciones y sus secuelas. Identifica, al respecto, seis modificaciones que enumera primeramente y que luego pasa a analizar. Ellas son: (a) la ampliación del acceso al patio de comidas; (b) el aumento de la superficie del muro cortina del sector norte del patio de comidas; (c) la modificación de las escalas mecánicas de la rotonda del sector de la tienda ancla TR17; (d) la modificación de los muros y vigas estructurales en los locales comerciales ala B del Mall; (e) ampliación y modificación del área de estacionamientos y vialidad interna; y (f) la incorporación de un nuevo segundo nivel para TR18.

113. La ampliación del acceso al patio de comidas. Esta modificación fue introducida por XX el 10 de septiembre de 2008. Requirió demoler muros estructurales y la incorporación de una viga metálica que la conecta estructuralmente a la estructura existente. Se debió recalcular toda la superestructura del Mall para verificar las sollicitaciones sísmicas producidas por la eliminación de los muros. Adicionalmente, al desarmar los tabiques surgen actividades adicionales como modificar los tendidos eléctricos, redes de incendio, agua potable y alcantarillado. Se debió desplazar, por varios metros, un bloque completo de baños con los cambios consiguientes en cañerías, etc. Todo lo anterior se refiere a la obra gruesa, también el cambio afectó a las terminaciones como las superficies cubiertas por porcelanato. Los cambios originaron también cambios de ingeniería. El tiempo total requerido por estas actividades superó el mes. Sus últimas actividades terminaron el 20 de noviembre, esto es, 13 días después del vencimiento del plazo contractual.

114. El aumento de la superficie del muro de cortina del sector norte del patio de comidas. Fue dispuesta por XX, el 20 de octubre de 2008. Consistió en un aumento de 15 a 85 metros cuadrados. Se debieron confeccionar el plano de arquitectura y los planos estructurales de la nueva obra, fabricar sus elementos e instalarlos en terreno. Fue más de un mes de trabajo que concluyó el 25 de noviembre, 18 días después del vencimiento del plazo contractual.

115. La escala mecánica de la rotonda entre las alas A y B. El cambio de la ubicación de las escaleras mecánicas ubicadas en la rotonda central del Mall, fue solicitado el 24 de octubre y las escaleras ya se encontraban instaladas. El cambio exigió revisar el cálculo estructural de toda la superestructura de apoyo de las escaleras, ya que para reubicarlas era necesario demoler losas y vigas estructurales. Se debió retirar la escala, demoler parte de la losa y la viga estructural, instalar nuevas vigas metálicas y reforzar la zona con fibras de carbono. Las obras deterioraron el contorno que se encontraba terminado con sus porcelanatos y pinturas concluidos. Se debieron hacer las reparaciones consiguientes. Muchos de los trabajos se ejecutaron durante turnos de noche y en horarios especiales, a fin de mitigar el impacto en los usuarios. Las obras se extendieron durante noviembre y hasta el 17 de diciembre de 2008.

116. La modificación de los muros y vigas estructurales en los locales comerciales del ala B del Mall. El 29 de julio de 2008, cuando ZZ se disponía a hormigonar un muro estructural, el Mandante dispuso la modificación de uno de los locales del ala B. Ello implicaba demoler parte de la estructura ya construida para unir dos locales originalmente menores. Se debió recalcular la superestructura para verificar su resistencia sísmica. La eliminación del muro exigió la colocación de una nueva viga y un muro estructural en el perímetro del local.

Todo ello implicó la detención del hormigoneo, el retiro de los moldes, la reinstalación de los encofrados de las losas, la ruptura de los radieres, etc. Adicionalmente, dado que se estaban usando losas pretensadas, como se dijo, su exigencia de espacio impidió el hormigoneo de las losas contiguas. ZZ solicitó un aumento de plazo de quince días en razón de la contingencia, pero solo se accedió a cuatro. Todo esto produjo una demora general en la obra gruesa del ala B de 15 días que afectó la ruta crítica del programa.

117. La ampliación y modificación del área de estacionamientos y vialidad interna. Desde agosto de 2008, la vialidad externa del centro comercial y la ubicación de los estacionamientos de superficie experimentaron numerosas y sucesivas variaciones, tanto desde el punto de vista de la superficie asignada a ellos, como a su número y ubicación interna. Las modificaciones implicaron grandes movimientos de tierra, cambio de la ubicación de la instalación de faenas y patios de acopio de moldajes y otros elementos. Además, a octubre de 2008, gran parte de los trabajos de vialidad y la totalidad de los drenes se encontraban construidos. Las labores implicadas eran nuevas compactaciones, construcción de banco y ductos adicionales, asfalto, cámaras de aguas lluvia y nuevos drenes, sistemas adicionales de iluminación, cambio de soleras y sistema de riego y supresión de 142 estacionamientos. Solo una semana después del vencimiento del plazo contractual, XX definió los aspectos necesarios para concluir los trabajos. Todo ello prolongó las obras hasta fines de enero de 2009.

118. La incorporación de un nuevo segundo nivel al local de ventas de vehículos. Con fecha 1 de julio de 2008, TR1 decidió incorporar un segundo nivel al local de venta de automóviles que según la arquitectura inicial tenía una superficie de 2.580 metros cuadrados. La modificación aumentó su superficie a 7.010 metros cuadrados. Para efectuar la modificación fue necesario desarrollar la ingeniería de detalles y el cálculo estructural. Se debió incorporar pilares de hormigón en el segundo piso con su necesario anclaje. Se necesitaron 140 toneladas adicionales de acero, una nueva lucarna acristalada y doble altura en el acceso oriente del mall. Los trabajos de obra gruesa solo pudieron iniciarse en agosto de 2008 y concluyeron en noviembre. Aunque no se encontraba regido por el plazo contractual, XX exigió que, para la apertura del centro comercial, el local estuviera techado y con cubierta en todo el sector. Esto requirió más mano de obra, dobles turnos y trabajos nocturnos.

119. En resumen -indica ZZ- el programa impactado muestra cómo los cambios introducidos afectaron la programación inicial de las obras, las cuales debieron continuar desarrollándose hasta el 31 de enero de 2009. Esa prolongación, dice, le hace acreedora de una prolongación del contrato hasta el 31 de enero de 2009 y del consiguiente incremento de los gastos generales que reclama.

120. Se refiere, a continuación, a la negativa de XX a recibir provisoriamente las obras. Indica que, a la fecha de apertura del centro comercial, como ya ha indicado, ZZ continuaba cumpliendo con lo que el Mandante le solicitaba más allá del vencimiento del plazo del contrato. No obstante, con el objeto de cumplir con lo dispuesto en su cláusula primera, por carta de 3 de diciembre de 2008, ZZ solicitó la recepción de la obra. Indica que se trataba de un formalismo, ya que durante la ejecución había entregado, a conformidad del Mandante, diversas áreas que debían ser habilitadas por sus arrendatarios, como ocurría con los locales de TR19, entregado el 1 de julio de 2008; TR20, el 7 del julio; TR17, el 15 de julio; TR21 y patio constructor de TR22 el 27 de julio; Supermercado TR23 el 20 de agosto; los cines, el 30 de agosto; los locales menores del ala A, el 23 de septiembre y los del ala B, durante el mes siguiente.

121. De conformidad al contrato, solicitada la recepción provisoria por la Constructora, el Mandante debía designar una Comisión, dentro de los cinco días siguientes. ZZ señala que la Comisión se reunió después del 16 de diciembre de 2008. Agrega que, a través de la ITO, el Mandante formuló numerosas observaciones, la mayoría de carácter menor, que la Constructora se dedicó a resolver. El período de observaciones se prolongó hasta el 13 de enero de 2009 y se desarrolló de manera informal e improvisada negándose XX a recibir la obra hasta el día de hoy. De este modo, dice ZZ, se ha impedido que se produzcan los efectos de la

recepción provisoria, forzando a aquella a mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento de un contrato ya cumplido, ya que el proyecto se encuentra en pleno funcionamiento y XX usa y goza de él.

122. Señala que la mala fe de XX queda de manifiesto, ya que durante diciembre de 2008 y enero de 2009 ZZ recibió 2.578 observaciones, de ellas, 1.951 correspondían a construcción y 617 a la operación del Mall. La Constructora corrigió las observaciones con mayor velocidad que la ITO empleó para recibir las, produciendo un entrapamiento que va -dice- en exclusivo beneficio de XX, que mantienen su garantía y conserva 62,176 UF, por retenciones, por aplicación de la cláusula sexta del contrato.

123. Agrega que la ITO, por carta de 26 de Marzo de 2009, ignorando completamente el contrato, deduce administrativamente del Estado de Pago N° 14, multas por un total de UF 324.519,9, pretendiendo intimidar a ZZ, en una época que las partes negociaban una salida. Concluye en esta parte indicando que, a pesar de la arbitrariedad de TR1, durante este período, ZZ resolvió todas las observaciones. Terminando con su relación de los hechos, ZZ indica que, en ninguna de sus cientos de obras, ha desconocido sus obligaciones legales de garantía respecto de la calidad de las obras, razón por la cual acude puntualmente a solucionar todas las observaciones que le comunica XX.

124. ZZ destina la tercera parte de su escrito de demanda a lo que denomina El Derecho, pasando revista, en primer lugar a las cláusulas del contrato.

125. El objeto del contrato. ZZ indica que conforme a la naturaleza del contrato EPC, XX le ha encomendado la dirección, administración, ejecución y construcción de todos los trabajos que demanden la total y completa ejecución del proyecto, hasta obtener la recepción provisoria, sin perjuicio de las demás obligaciones hasta la obtención de la recepción definitiva, junto con la ejecución de la ingeniería y de las adquisiciones para el mismo, de acuerdo a los planos de arquitectura básica que entrega la Mandante que, como Anexo 1, forman parte del mismo.

126. Enumera, a continuación, las obras que componen el objeto: Tiendas ancla números 1, 2 y 3 (obra gruesa más terminaciones); tienda hogar (idem); patio constructor (idem); supermercado (idem); servicio automotriz; Mall y áreas comunes (ala A y ala B); pavimentación, asfalto tránsito liviano y pesado; pavimento de hormigón, veredas de baldosas, vereda de hormigón; áreas verdes interiores; sistema de evacuación de aguas lluvias; sistema de regadío para áreas verdes; postación y alumbrado exterior. Se excluyen, por contrato: Estudio de impacto vial y ambiental; desvío de canales de regadío; obras de vialidad en el terreno del Mall; arquitectura y suministro de los equipos de elevación vertical.

127. Precio y forma de pago. Indica que se trata de un precio fijo por la totalidad de la obra que alcanza a UF 1.170.000 más IVA, que incluye la provisión de los materiales y equipos necesarios, herramientas, fletes, valor de la mano de obra y sus cotizaciones previsionales, impuestos y gastos generales y cualquier otro gasto necesario para la correcta ejecución de la obra, de acuerdo con sus planos y especificaciones técnicas desarrollados por el Contratista y aprobados por el Mandante, los que constituyen el Anexo 1 del Contrato.

128. ZZ reitera la ventaja de la modalidad a la cual ya ha aludido más arriba, que está constituida por la invariabilidad del precio, con independencia de los componentes que se emplean para la ejecución de la obra. La contrapartida de esta invariabilidad está dada por la definición de la arquitectura básica de la obra que se encarga. De igual forma el contratista puede calcular el plazo que necesita. Esta es la razón por la cual la arquitectura conceptual forma parte integrante del contrato, ya que expresa gráficamente el contenido esencial del acuerdo de voluntades. Esto explica por qué, en la estructura de un proyecto EPC, los cambios en el nivel de la arquitectura básica generan un aumento en el precio de la obra y puede impactar en el plazo, los gastos generales y las utilidades convenidas.

129. Añade que las partes solo excluyeron del sistema descrito, la variación que podía experimentar el precio del acero, en razón de la escasez y volatilidad que existían al tiempo de formularse la oferta. El contrato traspasaba al Mandante (cláusula 3.1.) -dice- el aumento de esos valores, cláusula que se aplicó en su momento, mediante un cobro adicional de UF 47.819,51, que se pagó con fecha 7 de noviembre de 2008.

130. Pagos. La forma de pago convenida fue la siguiente: Un anticipo de UF 234.000 más IVA que, en definitiva, se pagó en tres cuotas, como ya se dijo, y estados mensuales aprobados por la ITO. Esa autorización debía otorgarse dentro de los siete días siguientes a la presentación de los estados, los que se debían solucionar dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la respectiva factura. El atraso en el pago otorgaba al contratista el derecho a percibir reajuste e interés desde la fecha de emisión de la factura.

131. Reglas aplicables a la modificación del Contrato. Antes de la firma del Contrato escrito, esta materia se reguló según la costumbre de las partes. A partir de fines de julio de 2008, no obstante la vigencia del texto del Contrato, la situación práctica no varió, ya que la urgencia de la obra no era compatible con la modificación de las reglas escritas. Sin embargo, estas últimas dieron certeza en ciertos aspectos relacionados con el pago de los gastos generales y utilidad, tanto por el aumento de la obra, como por la mayor permanecía del contratista.

132. Con todo, ZZ en su demanda, reseña las cláusulas correspondientes en lo que respecta a la introducción de modificaciones, esto es, a las formalidades aplicables; al aumento de los plazos; al pago de gastos generales y utilidades; a los gastos generales derivados de una mayor permanencia; y a la distribución de los costos originados por las modificaciones.

133. Continuando con la reseña, ZZ indica que, en lo que se refiere al derecho a introducir modificaciones, el contrato se los confiere al Mandante, pero con las siguientes salvedades: Este derecho debe ejercerse en términos de no desconocer la obligación esencial de definir la arquitectura en los plazos convenidos; todos los costos, cualquiera que sea su entidad, son de cargo del Mandante; y dentro de los costos deben considerarse las interferencias y consecuencias que el diseño y ejecución de la modificación ocasionen.

133. En cuanto a las formalidades aplicables a las modificaciones, ZZ comenta que ellas, en general, no se cumplieron, ya que su ejecución, previa a la aprobación, cedía en interés del Mandante. Acota que según el contrato, la aprobación del Mandante equivalía a la de la ITO.

134. Aumentos de plazos y pago de los gastos generales y utilidad en razón de los aumentos de obra. La Constructora indica que en la generalidad de los contratos de construcción, aún en el caso en que se convienen precios y plazos fijos, suele tolerarse, en beneficio del Mandante, un cierto nivel de modificaciones que no alteran aquellas dos variables. Por tal razón se suele definir, en el contrato, el margen aludido. En la especie no ocurre así, ya que el contrato hace referencia al aumento porcentual de la obra y a la incidencia que aquél pueda tener en la programación de la misma. En efecto, el contrato estipula que el contratista no tiene derecho a mayor plazo ni al pago de gastos generales y utilidad adicionales, si el aumento es menor o igual al 10% de la obra original y si no afecta a su programación. En el caso particular, postula que los aumentos de volumen ya pagados (UF 88.291) más los aprobados y no pagados (UF 55.969) superan el referido 10%, debiendo agregarse los aumentos rechazados, que también se demandan en este juicio. Se llega así a un 22% de aumento por los solos costos directos. Sobre ellos corresponde el pago de gastos generales y utilidad. A lo anterior hay que añadir los aumentos de plazo por la misma causa que impidieron entregar la obra el 7 de noviembre de 2008.

135. En cuanto a los mayores gastos generales originados por la permanencia en la obra, la cláusula séptima del contrato indica que si las modificaciones introducidas por el Mandante suponen una extensión de la permanencia, surge el derecho del contratista para cobrar mayores gastos generales. El contrato distingue, de este modo -postula ZZ- entre los gastos generales que derivan de la ejecución de las mayores obras y

aquellos que surgen de su sola mayor permanencia en la obra. Todas estas normas son consistentes con el espíritu de la modalidad EPC de desincentivar la introducción de modificaciones en la arquitectura básica.

136. Distribución de los costos por las modificaciones del proyecto. La cláusula 3.2. del contrato se refiere a esta situación, que tiene lugar cuando la modificación afecta el nivel de ingeniería básica y cuando su ejecución aumenta el precio de la obra, situación en la cual se aplicarían reglas contractuales en cuya virtud el contratista asumiría una parte de los mayores costos. Con todo, ZZ postula que el tenor del texto del contrato no es claro, ya que la lógica conduciría a que el mayor costo que se debe distribuir entre las partes es el que se deriva de las modificaciones de dicha ingeniería. Sin embargo, la escala de distribución que consigna el texto alude a la distribución del costo final del proyecto. En todo caso, acota, si la cláusula fuera aplicable en el fallo de la forma indicada, solo implicaría un monto igual a UF 6.150.

137. Tocante a las garantías, el Contrato contempla: (a) Una garantía por la correcta inversión del anticipo. (b) Una garantía por la fiel ejecución del contrato constituida por la entrega de siete boletas de garantía bancaria equivalentes al 5% del monto total de la obra, es decir, UF 58.500. Esta caución debe mantenerse vigente hasta la entrega provisoria de la obra. La Constructora acota que todavía ha debido mantener vigente esta garantía ya que el Mandante se ha negado a practicar la recepción. (c) Una tercera garantía hasta la recepción definitiva que cauciona el correcto funcionamiento de la obra, que se mantiene por un año luego de la recepción provisoria que consiste en una boleta bancaria por la cual se canjean las retenciones aludidas en las letras anteriores de este numeral.

138. En materia de plazos, multas y limitación de responsabilidad, ZZ indica que, en su oferta final, aceptada por XX, se consideró un plazo de 300 días, lo que llevaba a una fecha de término para 15 de septiembre de 2008. La solicitud del Mandante del cambio de profundidad de todos los locales del cuerpo del Mall hizo que la Constructora exigiera un mayor plazo de 68 días, con lo cual se llega, como plazo final al 7 de noviembre de 2008, fecha consignada en la cláusula octava del contrato. El incumplimiento de este plazo implicaba, para la Constructora, una multa diaria igual al dos por mil del total del contrato. El texto del contrato consigna plazos o hitos parciales, originados por plazos que XX había comprometido para con terceros que no fueron conocidos con anterioridad por ZZ. Cada uno de esos hitos también contemplaba multas, equivalentes al uno coma cinco por mil sobre el valor total de las obras correspondientes al respectivo hito. ZZ cumplió con todos ellos, afirma.

139. Límites con respecto a las multas y limitación de la responsabilidad. La cláusula 8.2 limita el total de las multas que le puedan ser aplicadas al Contratista al 10% del monto total de la obra. Este límite no se aplica cuando se trata de la solución o reparación de vicios constructivos que le fueren imputables.

140. El contrato confiere al Mandante el derecho a terminar anticipadamente el contrato cuando el avance registra un retraso injustificado superior al 20% en relación al Programa General de la Obra, por mala calidad de la construcción de la obra, incumplimiento grave del contrato o acumulación de multas por sobre el 5% del valor total del contrato. En caso de término anticipado, el Mandante puede ejecutar directamente la obra con cargo al contratista o exigir el cumplimiento del mismo. ZZ afirma que el contratista jamás ejerció estos derechos durante todo el contrato.

141. En cuanto a la recepción de la obra, el contrato distingue la recepción provisoria y la definitiva. Con respecto a la primera ZZ indica que en razón de los cambios solicitados por XX, con fecha posterior al término contractual, debió simultáneamente estar terminando los trabajos y atendiendo las observaciones formuladas en la recepción. No obstante ello, el Mandante se ha asilado en la interpretación del contrato para negarse a recibir provisoriamente la obra, por más de nueve meses, el mall ya abierto al público. La recepción definitiva supone que la Dirección de Obras Municipales ya ha recibido las obras, permite la liquidación final del contrato y el otorgamiento de los respectivos finiquitos.

142. ZZ continúa desarrollando la parte de derecho de su demanda, refiriéndose a los fundamentos de su acción, formulando las consideraciones que se reseñan brevemente en los párrafos que siguen.

143. El Contrato como ley para las partes. La Constructora indica que su demanda se dirige con el objeto de que el Tribunal haga cumplir las obligaciones surgidas del contrato de 7 de diciembre de 2007, que fue firmado recién el 21 de julio de 2008, titulado “Contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, suministros y Construcción. Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC”, según lo dispuesto en los Artículos 1.545 y siguientes del Código Civil. Indica que en el sistema del Código Civil, el contrato no se identifica ni se agota en el instrumento escrito que contienen sus cláusulas. Citando el Artículo 1.546 del mismo Código, postula que lo afirmado es particularmente verdadero cuando la relación contractual precede a la formalidad escrita e impone obligaciones que arrancan de su naturaleza.

144. Afirma que ZZ ha actuado como contratante de buena fe, realizando todos los esfuerzos razonables para cumplir con el núcleo del acuerdo contractual, lo que queda demostrado por el pleno funcionamiento del proyecto. También queda demostrada por el hecho que se logró el objetivo prioritario, en su momento, de entregar la obra antes de la temporada de compras de fin de año de 2008. El cumplimiento de todo lo anterior, que ha requerido una más prolongada permanencia en la obra y el empleo de recursos adicionales, legitima a ZZ para obtener el pago de las prestaciones que demanda. De esta forma se restablece el equilibrio que debe existir en este contrato, ya que por su naturaleza debe beneficiar a las dos partes.

145. ZZ reclama el cumplimiento, en razón de que su contraparte ha incumplido con sus obligaciones. Para fundar este punto, sintetiza, en esta sección de su demanda, los incumplimientos que ha imputado a XX en la parte de hechos de la demanda.

146. Desarrolla, a continuación, el que estima el rol de la equidad en el presente caso. Subraya, en primer lugar, que ya la cláusula compromisoria (novena del contrato) inviste al sentenciador con la calidad de Árbitro Arbitrador, lo que permitirá valorar el comportamiento que las partes han tenido en la ejecución del contrato.

147. La equidad, dice, se refiere a una idea superior de justicia, la cual, en los conflictos contractuales constituye un instrumento muy eficaz para interpretar e integrar las normas jurídicas, para aplicar los principios generales del Derecho o, derechamente, para crear la solución para el caso particular. Recuerda que la equidad, como fuente del Derecho, ha sido reconocida por juristas y filósofos, también el ámbito del Derecho del Common Law, bajo la designación de “equity” y también en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia chilenas.

148. La aplicación de la equidad -continúa- en las decisiones de este sentenciador, podrán servir para solucionar el presente conflicto en el cual, una parte que ha abusado de su posición, pretende consumir la lesión producida, en perjuicio de la otra, por la vía de retardar el pago y el cuestionar algunas partidas. La incapacidad de XX de definir la arquitectura básica alteró los programas de trabajo y generó un mayor costo que hoy no quiere pagar.

149. Por su parte, agrega, la fortaleza de la posición de ZZ queda de manifiesto cuando se aplican, a la especie, pautas y principios extraídos de la equidad y del principio de la buena fe contractual. Menciona entre ellos: El estándar de los mejores esfuerzos, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; la equidad y su rol en la integración de los contratos, en la búsqueda de una solución correcta y justa para el caso; la doctrina del acto propio, esto es, la incompatibilidad de censurar en otro lo que hemos realizado con nuestra propia conducta; y, finalmente, la doctrina del enriquecimiento sin causa.

150. A modo de conclusión y como pretensiones concretas, ZZ indica que, en virtud de lo expuesto en el capítulo de hechos y en el relativo al Derecho aplicable, XX debe ser condenada a pagar las cantidades que indica, por los conceptos que señala, en los párrafos que siguen.

151. Reclama, en primer lugar, el pago del Estado de Pago N° 14, que fue presentado el 21 de enero de 2009, que se encuentra reconocido por el Mandante, quien se ha negado a solucionarlo sosteniendo que dicha suma se ha imputado al pago de las multas de que es deudora ZZ. Por carecer de fundamento tal alegación debe condenarse a XX al pago de UF 23.921 más IVA.

152. Solicita, enseguida, que se le devuelvan las retenciones practicadas para caucionar el fiel cumplimiento del contrato y la correspondiente a obras adicionales por igual concepto, por carecer de causa, a esta altura. Se trata de UF 58.500, por el primer motivo y UF 3.676, por el segundo, ambas cantidades más IVA.

153. Obras adicionales y obras extraordinarias. ZZ reclama el pago de obras que oportunamente fueron aprobadas por el Mandante o por la ITO y cuyo pago no se ha efectuado. También por obras que fueron ejecutadas y rechazadas por estar, presuntamente, dentro del alcance de la obra o por no haber sido cobradas oportunamente. A juicio de la Constructora no hay causa que justifique la negativa del pago, por lo que reclama, por ambos conceptos, UF 63.656 más IVA.

154. Gastos generales. ZZ demanda con respecto a esta partida por dos conceptos. (a) Por la extensión del plazo del contrato. A causa de las modificaciones dispuestas por la Mandante, la permanencia en la obra se habría extendido hasta el 31 de enero de 2009, con lo cual el contrato se habría prolongado por el mismo tiempo, esto es, 85 días. Estos según el valor unitario señalado en la oferta aceptada por XX, de UF 549,3 por día, totalizan gastos generales por UF 46.690,1. (b) Por otro lado, las mayores obras ejecutadas generan gastos generales, los que de acuerdo a las reglas del contrato, esto es, un 15,9% sobre su costo, que alcanzó a UF 207.916, determina un mayor gasto general adeudado de UF 29.937 más IVA.

155. Utilidad en razón de las obras adicionales y extraordinarias. Corresponde, según contrato, dice ZZ, un 6,1% aplicado sobre la misma base de UF 207.961 lo que da UF 12.682,88 más IVA.

156. Restitución de los mayores recursos invertidos por ZZ en el diseño y construcción del Mall. ZZ reclama por los gastos cubiertos con recursos propios en razón de que las modificaciones introducidas por el Mandante significaron la utilización de recursos que no se contemplaron en el Proyecto original. Así sucede con la mayor cantidad de horas-hombre por concepto de mano de obra directa, por UF 34.958, e indirecta por UF 6.015; por equipos adicionales por UF 23.101; bonos por UF 8.489 y aguinaldos por UF 402;

157. ZZ solicita, asimismo, que se declara su derecho a percibir el interés máximo convencional, sobre todas las sumas que debió financiar por los incumplimientos o atrasos de XX en el pago de las sumas que le adeuda o adeudaba, que corren desde la mora respectiva y que, actualizados al 31 de agosto de 2009, ascienden según su cálculo a UF 22.322.

158. Previa la cita de las disposiciones legales pertinentes, ZZ solicita que se acoja la demanda y que se acceda a las siguientes peticiones: (1) Que se declare que ZZ ha cumplido con sus obligaciones surgidas del contrato que motiva este juicio y que se declare que la obra ha sido recibida, para todos los efectos legales. (2) Que XX debe pagar la suma de dinero equivalente a UF 390.780 por los siguientes conceptos: (2.1.) Pago del Estado de Pago N° 14; (2.2.) restitución de las cantidades retenidas de los estados de pago correspondientes a las obras ordinarias o extraordinarias; (2.3) Obras adicionales no pagadas; (2.4) Gastos generales por permanencia extendida y por la ejecución de las obras adicionales y extraordinarias pagadas y no pagadas; (2.5.) Utilidad correspondiente a las mismas obras señaladas en (2.4); (2.6.) Restitución de los mayores recursos invertidos como consecuencia de las modificaciones introducidas por XX; (2.7.) Costos financieros por no haber sido pagada oportunamente en sus créditos en contra de la Mandante. (3) Que XX debe pagar las costas de la causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE XX

159. Conforme a las reglas de procedimiento, a fs. 211 comparece XX contestando la demanda interpuesta por ZZ. Inicia su contestación sintetizando la demanda de ZZ para referirse, enseguida, a ciertos hechos que ha alegado ZZ, que pasa a controvertir.

160. Niega, en primer lugar que las partes hayan convenido que el 30 de noviembre de 2007 quedaría congelada la arquitectura básica. Por el contrario, señala que el contrato firmado el 21 de julio de 2008 contempla expresamente la facultad del Mandante para introducir modificaciones que pueden incidir en dicha arquitectura, facultad que ya consideraban los primeros borradores del contrato.

161. Tampoco es efectivo, dice, que el Proyecto constaba de una superficie edificada de 104.692 metros cuadrados. La superficie efectivamente construida fue de 99.537 metros cuadrados. La superficie mayor indicada corresponde a la contratada y, por ello, XX, también de acuerdo al contrato, solicita en su demanda una disminución proporcional del precio.

162. Controvierte que a la fecha de apertura al público y de inauguración del centro comercial, este se encontraba recibido por la Municipalidad de San Bernardo. En verdad, dice, en esas fechas solo se encontraba recibido, en parte por la autoridad administrativa e incluso hoy, ZZ no ha hecho entrega del certificado de Dotación de Agua Potable y Alcantarillado de DML, que debe otorgarse por Aguas Andinas.

163. Niega que haya habido dilación, por su parte, en la firma del contrato. Indica que ZZ incluso ha reconocido que la negociación del contrato y el intercambio de borradores se prolongaron por casi ocho meses. Además imputa a ZZ haberse retrasado en la entrega de la programación definitiva y la Carta Gantt, documentos necesarios para la firma del contrato. Agrega que nada de especial tiene que se hayan iniciado las obras con anterioridad a la firma del contrato y que así había sucedido con las otras dos obras anteriores encargadas a ZZ.

164. Niega asimismo que XX haya fraccionado el Anticipo, ya que en el contrato -cláusula cuarta- se dice que se pagó oportunamente y que la escasez del acero a nivel nacional, entre mayo y julio, era un hecho imprevisible. La firma del contrato tuvo lugar, dice, el 21 de julio de 2008. La relevancia de la referida escasez, para el cumplimiento tardío, no es tal, ya que ZZ se comprometió al plazo del 7 de noviembre conociendo la disponibilidad del acero, en la época que firmaba el contrato.

165. Tampoco es efectivo, dice TR1, que a fines de julio de 2008, el porcentaje de avance de las obras indicara la necesidad de aplicar medidas de aceleración. Nada se dijo al respecto al firmar el contrato el 21 de julio de ese mismo año, el que fijaba como plazo para la entrega el 7 de noviembre. Recuerda que antes de la firma se había acordado una extensión del plazo de 68 días. Indica que el estado de avance informado por el Contratista en reunión de obra del 30 de julio de 2008 no permitía pensar en una aceleración, ya que el avance físico real, informado entonces fue el siguiente: Tienda Ancla 1, 99,65%; Tienda Ancla 2, 100%; Tienda Ancla 3, 99,2%; Tienda Hogar, 92,8%; Patio Constructor 70,4%; y Cuerpo Mall, 37%.

166. Niega que la recepción provisoria sea -como dice que afirma ZZ- un simple formalismo. Por el contrario, postula que es un acto por medio del cual la Constructora culminaba la total y completa dirección, administración, ejecución y construcción del Proyecto contratado. Agrega que la recepción provisoria es una práctica utilizada ampliamente en la construcción y que la contemplaban todos los proyectos que ZZ desarrolló para TR1.

167. XX pasa, a continuación, a referirse al tema de las modificaciones a la ingeniería básica, indicando que ZZ fundamenta su demanda en las modificaciones introducidas por el Mandante al proyecto, postulando que estas serían de una magnitud tal que justificarían cabalmente el atraso en la ejecución de los trabajos y las sumas que reclama.

168. Indica que ZZ incluye, en su demanda, un listado de supuestas modificaciones de ingeniería básica queriendo producir, dice, una sensación alarmista y caótica, con efectos perniciosos en la programación de la obra. Contrariamente a lo que puede parecer a primera vista, comenta, la nómina solo considera siete modificaciones correspondientes a cambios en la ingeniería básica, las que no impactaron en la ruta crítica del proyecto. De ellas, cuatro tuvieron lugar con anterioridad a la firma del contrato, de modo que debieron ser tenidas en cuenta por ZZ al obligarse a entregar el 7 de noviembre de 2008. Agrega que, además, fueron beneficiosas para ZZ, ya que redujeron el costo del proyecto; se consideraron para ampliar el plazo en 68 días, produciendo un pago adicional de UF 29.750; y se introdujeron cuando no interferían en la ejecución de los trabajos, según manifestó la propia ZZ.

169. XX insiste en su facultad contractual para modificar el proyecto, aún cuando las modificaciones alteraran la ingeniería básica. Indica que el contrato lo permite y se pone en el caso que las modificaciones impactaren en la ingeniería básica. Cita la cláusula 3.2. que dice: “En la eventualidad que el proyecto sea modificado a nivel de ingeniería básica y como producto de ello se genere un aumento en el precio de la obra, los mayores costos serán absorbidos de acuerdo a las siguiente reglas”...

170. A mayor abundamiento indica que dentro de las condiciones negociadas se estableció que las horas hombre por ingeniería o arquitectura podrían sufrir modificaciones de hasta un 30% sin costo para el Mandante. La existencia de esta facultad, argumenta, responde a la posibilidad de introducir cambios en el proyecto durante su ejecución. Cita la aplicación práctica de esta facultad en el caso del Presupuesto de Obra Adicional presentado por ZZ, en que para estimar el monto adicional que debía pagarse, considera expresamente el monto representado por el referido 30% como suma a deducir del monto total presupuestado. Dice que dada la experiencia de ZZ, sorprende que pueda ignorar que los proyectos relacionados con el retail sufran modificaciones.

171. Pasa, enseguida, a revisar las modificaciones en la ingeniería básica invocadas por ZZ, distinguiendo entre aquellas que fueron anteriores a la firma del contrato, de las que seis que constituyeron los cambios más importantes introducidos al proyecto y, finalmente, a otras modificaciones relativas a la ingeniería de terminaciones. Antes de entrar a desarrollar sus argumentaciones reproduce textualmente, para facilitar el examen, las tablas de la demanda de ZZ, relativas a modificaciones de ingeniería básica (tabla 1 y modificaciones de ingeniería de terminaciones, tabla 2).

172. Se refiere, como anticipara, en primer lugar, a las modificaciones a la ingeniería básica que fueron anteriores a la firma del contrato. Indica que es un hecho innegable que al momento de suscribir el contrato ZZ se obligó a entregar la obra el 7 de noviembre, por lo que en consideración del plazo referido, debió tener en cuenta todos estos cambios y el impacto que tenían o podían producir. Reitera que el plazo contractual original que vencía el 31 de agosto, se prorrogó por 68 días en consideración a estos cambios y ellos fueron valorándolos debidamente. La referida prórroga significó, además un incremento al precio del contrato de UF 29.750 más IVA. Acota que al invocar estos cambios, ZZ desconoce su propia palabra empeñada.

173. XX postula que de la nómina incluida en la tabla número 1, precisamente bajo el título de “modificaciones en la ingeniería básica” solo cuatro corresponden a verdaderos cambios de tal naturaleza, según pasa a analizar en lo que sigue de la contestación de la demanda.

174. Se refiere al primero de ellos, que ZZ resume como “TR1 modifica distribución en planta (layout) del patio de comidas” (cambio singularizado 9 en la tabla 1). Afirma que no es correcto que ZZ lo invoque en contra de XX, ya que este cambio se originó en razón de que la Constructora no fue capaz de ejecutar el desarrollo conceptual del patio referido a los precios de la oferta. Por ello ZZ propuso el cambio de la arquitectura básica, de un diseño circular libre de pilares a uno rectangular con vigas laminadas que permitía contar con áreas libres, un costo más bajo y un menor plazo.

175. Agrega que dentro de la glosa de esta modificación se añade que se agregaron 27 locales, en circunstancias que simplemente se varió, a nivel de planos, la disposición de esos locales, como consecuencia de los cambios. Los 27 locales estaban contemplados con anterioridad a la modificación.

176. La segunda modificación se describe, dice, como “TR1 solicita incluir vigas laminadas en el cielo del patio de comidas”. Corresponde al cambio N° 10 de la tabla. Señala simplemente que forma parte de la modificación aludida en el numeral anterior.

177. La tercera modificación descrita como la agregación de nuevas edificaciones para restaurantes en el sector terrazas, que exige la agregación de redes de agua potable y alcantarillado, constituyen una modificación de la arquitectura básica -reconoce- pero no afectan, en modo alguno, el desarrollo del proyecto, ya que corresponden a una construcción exterior, distinta e independiente del resto del edificio.

178. La cuarta modificación, que consiste en la agregación de un segundo nivel al recinto TR18, anuncia que se analizará más adelante.

179. Cierra esta parte de sus defensas, indicando que las restantes modificaciones incluidas en la tabla 1 no interfirieron en la ingeniería básica del proyecto por las razones que indica, señalando los diversos casos. En general no lo son porque: (a) En un proyecto EPC, transformar la arquitectura básica en arquitectura e ingeniería de detalle, forma parte del encargo. En todo proceso de construcción -agrega- es normal que se dé una revisión sucesiva de la arquitectura, a partir de la básica y hasta llegar a la definición concreta del proyecto. (b) Se trataba de omisiones de ZZ respecto de lo que se le había solicitado. (c) Se trataba de modificaciones a la ingeniería y arquitectura de detalle y no una modificación a la ingeniería básica. (d) Eran resguardos de áreas para el desarrollo de futuros proyectos y estudios de factibilidad, por lo que no modificaban la ingeniería básica. (e) Fueron introducidos antes que ZZ tuviera definidos los respectivos proyectos. (f) Se trató de proyectos específicos que no alteraban la ingeniería básica. Ilustra cada una de estas categorías con casos considerados en la tabla 1.

180. XX pasa, enseguida, a referirse a las que, según señala, serían las seis modificaciones a la ingeniería básica más importantes a juicio de ZZ, indicando, en general, que en base a estas modificaciones y las mencionadas en el anterior capítulo, ZZ pretende justificar su importante atraso y las pretensiones dinerarias exorbitantes que formula. Todavía en lo general, indica que solo por una de estas seis modificaciones la Constructora solicitó aumento de plazo contractual, el que le fue concedido.

181. Desarrolla en primer lugar lo concerniente a la modificación y ampliación del acceso al patio de comidas. Luego de recapitular la argumentación de la Contratista, indica que esta última pretende asociar estos trabajos a un impacto en todo el proyecto. Indica que tuvo lugar en una superficie de solo 800 metros cuadrados lo que comparado con la superficie real del proyecto, de 99.537 metros cuadrados, queda de manifiesto que no es efectivo el impacto que le atribuye ZZ. Niega que la modificación haya implicado desplazar los baños, ya que entonces estos no se había construido todavía. Por la misma razón no se debieron modificar terminaciones. Según la contratista estos trabajos concluyeron 13 días después de vencido el plazo contractual. Agrega que la decisión de modificar se tomó teniendo en cuenta que, dado el escaso avance del sector, el cambio no interfería en la ruta crítica. La obra se presupuestó en UF 2.089,31, como una obra extra y se pagó mediante la aplicación administrativa de multas por parte de la ITO. Agrega que el hecho de no hallarse terminada la obra cuando se constituyó la Comisión de Recepción Provisoria no fue considerado para el correspondiente rechazo.

182. Aumento de la superficie del muro cortina del sector norte del patio de comidas. Esta segunda modificación, según ZZ, consistió en un aumento sustancial del referido muro, siendo necesario confeccionar y modificar planos y fabricar los elementos soportantes y cristales. XX explica que se solicitó el 7 de octubre

de 2008, que el contratista en ningún caso solicitó aumento de plazo y su no terminación al vencimiento del término contractual no fue relevante en el rechazo de la recepción provisoria.

183. Modificación de las escalas mecánicas en la rotonda ubicada entre las alas A y B. La tercera modificación invocada por ZZ, consistió en el cambio de las mencionadas escalas en la rotonda central. XX niega que tenga la condición de alterar la ingeniería básica ya que correspondió al alineamiento de una escalera en aproximadamente 1,70 metros con respecto a la otra, que corresponde a una modificación de la ingeniería de detalle. Se decidió el 24 de octubre de 2008 y se concluyó el 17 de diciembre siguiente. Tampoco se tomó en consideración, dice, para el rechazo de la recepción provisoria

184. Modificación de muros y vigas estructurales en locales comerciales del ala B. La cuarta modificación, según indicó la Constructora, y resume XX, consistió en demoler parte de lo construido para unir dos locales menores, creando uno mayor, por exigencia de un cliente. Fue una interferencia de grandes proporciones que habría afectado la ruta crítica, según ZZ.

185. XX controvierte lo afirmado por la Constructora. Dice que no se trata de una modificación a nivel de ingeniería básica y se realizó en el ala B que es la que registraba mayor retraso. En efecto, dice, pocos días antes de introducir la modificación, ya la referida ala registraba un sostenido atraso puesto que mostraba un avance de 13% debiendo haber tenido uno de 30%, según la programación o, en días, veintidós días de retraso. Hay abundantes registros sobre ello, dice. Agrega que la Mandante concedió un aumento de plazo de cuatro días por esta causa y que su cuantía es escasa, como demuestra su presupuesto de solo UF 422,53.

186. Siempre en relación a lo anterior, hace presente que fue ZZ la que diseñó la solución estructural en base a marcos de aceros, solución que luego cambió, para abaratar costos, por una solución en base a muros, lo que volvía más rígidas las estructuras. ZZ no compartió al ahorro. La solución adoptada, hizo más difícil la unión de los dos locales, pero ello no puede ser invocado en contra de XX, pues no fue decisión suya el cambio de tecnología ni se benefició con el cambio. Adicionalmente señala que la modificación no tiene relación con la ruta crítica del proyecto, porque afectó solo al exterior del centro comercial y no su conclusión. Añade que el retraso fue irrelevante a la hora de la recepción provisoria.

187. La sexta modificación invocada por la Constructora consiste en la agregación de un segundo nivel para el local de venta de vehículos. Este cambio se determinó con anterioridad a la firma del contrato, por lo que no puede estimarse una circunstancia que justifique la tardanza del contratista, dice el Mandante. Agrega que el acero que requirió no fue 140 toneladas, sino solo 65.

188. En lo que toca a las modificaciones de la ingeniería de terminaciones, que ZZ incluye en su Tabla 2, señala que las primeras 15 se incorporaron antes de la firma del contrato por lo que debieron tenerse en consideración al fijar el precio del contrato y el plazo para la finalización de las obras. Agrega que su análisis indica que no son modificaciones, sino la entrega de información solicitada al Mandante, esto es, complementación de vacíos en el proyecto de ZZ o adecuaciones menores. Las cuatro restantes no tienen ninguna relevancia en la adecuada y oportuna ejecución del proyecto y son naturales en uno de la envergadura del que se trata.

189. XX se refiere, a continuación, a las sumas de dinero que ZZ reclama en su demanda. Recuerda que este es un contrato por un monto fijo y garantizado que contempla la adquisición de todos los suministros necesarios, habiéndose obligado la Constructora a no solicitar aumento aún en el caso que se incrementaran los costos. Por ello, ZZ solo tiene derecho a las siguientes sumas: (a) el precio del contrato, esto es UF 1.170.000, más IVA; (b) el costo directo de las obras adicionales y extraordinarias; (c) los gastos generales y utilidad con respecto a las obras adicionales o extraordinarias que superaran el 10% del precio del contrato, en la parte que superen a dicho guarismo; (d) los gastos generales reales por mayor permanencia por obras adicionales que supongan un aumento de plazo calculado solo sobre dichas obras; (e) los mayores costos por

modificaciones de la ingeniería básica que produzcan un aumento en el precio de las obras, en los términos previstos en la cláusula 3.2. del contrato. Los rubros considerados en las letras c) a e), dice XX, solo en determinadas circunstancias ameritarían pago adicional. Por todo ello, continúa, ZZ, no tiene derecho al Estado de Pago número 14 que reclama, por la suma de UF 23.921 más IVA, ya que nada le adeuda, puesto que se le aplicaron administrativamente multas contractuales por el atraso en la entrega de las obras, las cuales superan el monto del referido estado de pago.

190. Niega también el derecho de ZZ a que se le devuelvan las cantidades retenidas de los estados de pago por concepto de fiel ejecución del contrato que ascienden a UF 58.500, retención sobre el monto original del contrato y a UF 3.676, retención sobre obras adicionales, ambas cantidades más IVA. Ello porque la primera retención debe sustituirse por una boleta de garantía cuando se reciba provisoriamente las obras, la cual se mantendrá en poder de XX, hasta la entrega definitiva. La segunda retención, porque resulta necesaria para compensar las sumas a que esta última tiene derecho en razón de las multas aplicadas a la Constructora.

191. XX postula que ZZ tampoco tiene derecho a las obras adicionales o extraordinarias que califica de aprobadas y no pagadas. Avanza, en la demanda, un monto de UF 55.969 más IVA. Indica que de las 38 obras incluidas en esta nómina, 16 fueron rechazadas por la ITO, durante la ejecución de la obra, por lo que no procede pagarlas. De las 23 restantes, 7 no habían sido objeto de aprobación al constituirse el arbitraje y no han sido ni aprobadas ni rechazadas, por lo que procede que previamente dicha aprobación se solicite. Las 15 obras restantes son obras aprobadas y no pagadas, ya que han sido compensadas por la ITO contra las multas aplicadas administrativamente.

192. Niega, enseguida, el derecho reclamado por la Constructora respecto de obras adicionales o extraordinarias que fueron rechazadas por la ITO. Su monto asciende a UF 63.656 más IVA, y la improcedencia del pago obedece a múltiples razones que detalladamente indica XX, tales como no respetar criterios de diseño fijadas en el parámetro convencional constituido por TR2 de Antofagasta, formar parte de la arquitectura básica original, obras no ejecutadas, apoyo de contratistas considerados en el presupuesto original, horas hombre de ingeniería que no sobrepasaban el límite mínimo (30%), presentaciones extemporáneas de la Contratista, etc. Adicionalmente -señala- si fueron rechazadas sin reclamo, en su momento, no corresponde que se reclamen ahora en la demanda.

193. Afirma que ZZ carece del derecho a gastos generales por extensión del plazo del contrato por los que reclama UF 46.690 más IVA. Fundándose en la cláusula séptima, indica que por excepción, cuando las obras adicionales o extraordinarias afectan la programación de las obras, surge el derecho a la extensión del plazo y este autoriza el incremento de los gastos generales. Recuerda que, a la firma del contrato, se extendió el plazo originalmente convenido en 68 días, razón por la cual ya se pagó a ZZ UF 29.750, más IVA. El aumento de 85 días que reclama nunca existió. Un contratista siempre debe dejar constancia de las dilaciones de modo de poder justificar, en su momento, la solicitud de un mayor plazo.

194. Objeta, además, el modo como ZZ calcula el monto de los gastos generales, ya que hace un desarrollo que califica de lineal, dividiendo el total de la partida por el plazo de vigencia del contrato, en circunstancias que el modo correcto de calcularlo debería hacerse identificando y valorando el volumen real del trabajo que justificaría la prolongación de la permanencia de la obra más allá del término contractual.

195. XX postula que ZZ no tiene derecho a gastos generales y utilidad por obras extraordinarias o adicionales por montos de UF 29.937 y UF 12.682,88, respectivamente, con más IVA. Se fundamenta en la cláusula séptima que concede tales gastos solo cuando la variación del trabajo supera el 10%, del valor total del contrato. Para ello analiza la información proporcionada por ZZ, a título agregado de obras aprobadas, aprobadas y no pagadas y rechazadas. Después de un cálculo minucioso concluye que las obras extra aprobadas y pagadas alcanzan un monto de UF 46.581. El mismo análisis conduce que las obras aprobadas y no pagadas ascendieron a UF 8.691,74. Con respecto a las rechazadas, su inclusión para el cálculo, dice,

es impertinente. Todo lo anterior conduce a un monto total por obras adicionales y extraordinarias susceptibles de generar gastos generales y utilidades, que asciende a UF 55.273,24, que queda bajo el límite del 10% del valor del contrato.

196. Tampoco tienen derecho a los gastos en que ZZ dice haber incurrido a fin de acelerar las obras, por un monto de UF 72.965 correspondientes a gastos adicionales por mano de obra directa e indirecta, equipos adicionales, bonos y aguinaldos. Se funda señalando que no debe confundirse la aceleración, que debe ser pactada, con la destinación de mayores recursos a fin de recuperar los atrasos. Agrega que ZZ no solicitó mayores plazos ni dejó constancia de su necesidad durante el desarrollo de las obras. Señala que la mayoría de las modificaciones introducidas -que habría causado el retraso- lo fueron antes de la firma del contrato, el 21 de julio de 2008 y que de estas últimas solo siete tenían la complejidad necesaria para considerarse de ingeniería básica. Acota, por último, que muchos de los cambios no fueron sino el resultado del proceso normal de revisión de las obras o solo consistieron en la confección de planos de arquitectura o ingeniería.

197. En fin, niega el derecho a cobrar intereses.

198. Concluido el capítulo relativo a las peticiones de ZZ, XX opone, en su contestación, la excepción de contrato no cumplido del Artículo 1.552 del Código Civil. En efecto, dice, ZZ ha incumplido con sus obligaciones de entregar oportunamente los hitos parciales y el centro comercial; no obtuvo, en su momento, la recepción provisoria; no corrigió, en forma expedita, los reparos de la Comisión respectiva; no administró diligentemente la mano de obra; no previó el impacto de la adquisición de los insumos en el desarrollo de la obra, como ocurrió con el acero; no ejecutó la totalidad de las obras y algunas lo hizo deficientemente; en fin, no se sujetó a los planos y especificaciones técnicas del proyecto. En suma, incumplió con sus obligaciones de dirigir, administrar, ejecutar y construir, oportuna y cabalmente, el centro comercial. Por ello, según el referido Artículo 1.552, no se encuentra en condiciones de instar por el cumplimiento forzado del contrato y debe ser condenada a las costas de esta causa.

199. En subsidio de lo anterior, XX opone la excepción de compensación, solicitando al Tribunal que compense judicialmente la cantidad a que pudiera ser condenada, con las cantidades que la contratista le adeuda y que fueron solicitadas oportunamente en su demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE ZZ

200. Dentro de las reglas de procedimiento, ZZ, contesta la demanda interpuesta, en su contra, por XX.

201. Inicia su contestación con lo que denomina un comentario general en el cual se hace cargo de las imputaciones, también generales de XX, en orden a que la Constructora no habría estado a la altura del contrato, que no llevó a cabo el proyecto bajo su propia dirección y administración y que no enfrentó las responsabilidades asumidas con la celebración del contrato. Al respecto descalifica tales afirmaciones indicando que no obstante lo dicho, el Mall se abrió el 28 de noviembre de 2008, a tiempo para las ventas de fin de año, con solo un retraso menor y lleva un año funcionando. Agrega que durante toda la ejecución del contrato nunca se le aplicó una multa, jamás se recurrió a la posibilidad de poner término anticipado del contrato. En fin, hace presente por último que XX, sin haber pagado todavía el monto total del contrato, reclama, por su parte, sumas que son casi iguales al costo de la obra.

202. ZZ continúa haciendo una síntesis de los que, a su juicio son hechos que han sido reconocidos por las partes, según se puede colegir de la lectura de las dos demandas. Ellos se refieren: (a) A la relevancia del ahorro de tiempo, que explica la elección de la modalidad EPC. (b) A que las obras se iniciaron el 7 de diciembre de 2007 y que se debían concluir al 31 de agosto de 2008, siempre que, a partir del 30 de noviembre de 2007, no se introdujeran modificaciones en la arquitectura básica, como indican los borradores iniciales del contrato. (c) A que durante la ejecución del contrato se concedió un importante aumento de plazo,

de 68 días, reconociendo que XX no había cumplido con su obligación de no alterar la arquitectura básica. (d) A que tal ampliación otorgaba a ZZ el derecho a percibir gastos generales. (e) A que el contrato escrito solo se firmó el 21 de julio de 2008, lo que hace patente la buena de ZZ al haber iniciado las obras con tanta antelación. (f) A que XX reconoce adeudar parte de las obras adicionales o extraordinarias, encargadas y aprobadas por ella, cuyo costo superan el 10% del contrato, que asciende a UF 960.453,43. (g) A que el Mandante señala haber pagado UF 1.087.578,54 quedando establecido que no pagó el Estado de Pago N° 14. (h) A que todavía, en noviembre de 2008, ZZ se mantenía en la obra y que el centro comercial pudo abrirse al público el 28 de noviembre de ese año y ser inaugurado el 8 de enero siguiente.

203. ZZ realiza, a continuación, algunas precisiones y rectificaciones que se refieren a algunos errores de cálculo en que XX incurre en su demanda, al control del avance de las obras y a las obligaciones contractuales de esta última.

204. En lo que se refiere al primer tópico, señala que están doblemente consideradas, entre las sumas que XX dice haber pagado, el ítem correspondiente a arquitectura de detalle, con un monto de UF 24.800. Esta suma es considerada, a la vez, como un concepto independiente y también como parte de las obras adicionales. En lo que dice relación al avance de las obras, según se informaba de ello en las reuniones correspondientes, aclara que las importantes diferencias que se mostraban entre el cómputo de la ITO y de ZZ, se explica solo por la diferencia entre las metodologías empleadas. Tocante a las obligaciones contractuales de XX, comenta que en la enumeración que esta hace en su libelo, omite la de entregar oportunamente la información relativa a la arquitectura de detalle de la obra.

205. ZZ pasa a continuación a plantear sus defensas frente a la demanda de XX.

206. Se refiere, en un primer capítulo, a la inexistencia de los incumplimientos que se le imputan en la demanda. Alude, a la afirmación de que no habría terminado las obras en tiempo, señala que la ampliación del plazo hasta el día 7 de noviembre de 2008, obedeció a la introducción de modificaciones que tuvieron lugar con anterioridad a la firma del texto del contrato. Añade que luego de ello se agregaron nuevas modificaciones a la ingeniería del Proyecto, cuya nómina se encuentra en la Tabla 1, de fs. 248 y siguientes, las cuales en razón de su magnitud, le motivaron a solicitar una extensión del plazo por 15 días que le fue denegado.

207. Siempre en relación al plazo, aborda el tema de los hitos parciales. Indica que tenían por objeto asegurar la oportuna entrega a los principales operadores, esto es, tiendas ancla, supermercado, tienda hogar y patio constructor. Ello ocurrió así en todos los casos, salvo con el patio de comidas, en que el Mandante introdujo cambios de ingeniería básica lo que hace inimputable a ZZ, dice. En lo que se refiere a los hitos parciales del ala B, argumenta que la imposibilidad de obtener acero llevó a un cambio de metodología constructiva, pasando a usarse losas postensadas. Agrega que en esta época XX incorporó dos modificaciones estructurales lo que llevó a la Constructora a solicitar un aumento de plazo de 14 días, lo que no fue aceptado, otorgándosele solo cuatro respecto de este hito. Indica, finalmente, que se le imputan retrasos en los que se refiere a las áreas comunes que comunican las tiendas ancla con el cuerpo del Mall. Ella no constituye un hito parcial según el contrato, dice y no importan tampoco un obstáculo para terminar las tiendas ancla.

208. En cualquier caso, agrega, durante la obra, la ITO no hizo uso de su facultad contractual de cobrar multas, lo cual no implica una actitud tolerante de la Mandante, ni tampoco su desidia, sino que la pura aplicación de la parte final de la cláusula 8.1 que dispone que la aplicación de multas a la mandataria supone el cumplimiento correcto y oportuno de sus obligaciones por parte del Mandante.

209. En la sección anterior ZZ se ha referido a sus supuestos incumplimientos relacionados con los plazos contractuales. A continuación enfrenta la acusación de XX de no haber sido capaz de obtener la recepción provisoria de las obras.

210. ZZ reitera las consecuencias económicas de la recepción provisoria: Significa la liberación de la retención, en poder del Mandante, del equivalente al 5% del precio del contrato, esto es, la restitución de UF 58.000 y la devolución de la boleta de garantía por igual suma. Indica que la recepción provisoria supone la entrega de las obras y puede originar observaciones por parte del Mandante, las cuales son de menor o mayor gravedad, obstando solo estas últimas a la recepción. Agrega que el 3 de diciembre de 2008 solicitó la recepción, pero que la Comisión a cargo solo se vino a reunir el día 16 de diciembre y sin el grado mínimo de formalidad. Luego de ello se le fueron comunicando observaciones, de un modo parcial, las que ZZ fue solucionado en la medida que se formulaban. No obstante, la solicitud de recepción provisoria fue finalmente rechazada por el Mandante.

211. ZZ se hace cargo a continuación de sus supuestos incumplimientos con respecto a su diligencia en la corrección de las observaciones. Indica que fueron más de 2.500 y que su ritmo fue superior al de la capacidad de recepción que tenía la Mandante. Agrega que debieron realizarse cuando el Mall ya estaba en funcionamiento, lo que dificultaba las obras y obligó a ejecutarlas durante la noche.

212. En lo que se refiere a los pretendidos incumplimientos a su obligación de contar con suficiente mano de obra, señala que no es efectivo y que, por el contrario debió acelerar los trabajos y ampliar los turnos, en razón de las modificaciones incorporadas por XX.

213. Tratándose del cargo que la Mandante le hace con relación a su falta de previsión y diligencia en la adquisición del acero y a un cobro indebido por el mismo, ZZ indica que efectivamente efectuó un cobro para ajustar el precio del insumo, conforme a las reglas previstas en el contrato. Su monto fue de UF 47.819,51 que fue aprobado y pagado. Aclara que la dificultad con este elemento no solo fue la volatilidad de los precios, sino con las existencias en el mercado. El desabastecimiento producido no se pudo prever en su momento y agrega que si XX hubiera pagado oportunamente el anticipo, la Constructora habría adquirido el acero antes que se produjera la escasez. Niega todo incumplimiento en este respecto.

214. También responde al reclamo por no ejecución o incorrección de ciertas obras. Indica que ya no existen obras pendientes de ejecución y que la obra se encuentra en la etapa de postventa. Agrega que desde el 7 de julio de 2009 se lleva un registro de las actas de reparaciones, que da cuenta de su recepción por parte de la ITO. Afirma que entre ellas se encuentran las que la demanda de XX califica de incorrectas en su ejecución. Ilustra su afirmación con los problemas relacionados con la evacuación de las aguas lluvias, la climatización y las instalaciones eléctricas.

215. Controvierte también la importancia que XX da a la paralización de las obras que tuvo lugar en abril de 2008 y al cambio introducido en el material usado para las cubiertas de todo el edificio.

216. Finalmente, en esta parte, ZZ niega que el estándar aplicable al cumplimiento de sus obligaciones sea el de culpa levísima, ya que este es un contrato de mutuo beneficio en el cual se responde del cuidado medio.

217. Luego de desarrollar el capítulo dedicado a controvertir las afirmaciones de XX, relativas a sus alegados incumplimientos, ZZ dedica un segundo capítulo de su contestación a sostener la improcedencia de los conceptos indemnizatorios por lo que se demanda, por carecer de sustento en los hechos.

218. Es así como -refiriéndose al tópico de la restitución de dinero por obras no ejecutadas, al decir de XX- ZZ razona sobre la base de metros cuadrados contratados y construidos para demostrar que la imputación de no haber construido el servicio automotriz y los restaurantes queda compensada por la construcción de un

segundo piso para el TR18, resultando, los metros cuadrados finalmente construidos, superiores en 596,44 metros cuadrados. Añade que durante el desarrollo de la obra se ejecutaron numerosas obras adicionales y extraordinarias que fueron aprobadas y no pagadas.

219. En cuanto a lo pagado en exceso, con motivo del suministro de acero, ZZ niega que haya lucrado con este y que deba restituir las UF 14.730,60 que se le cobran. Postula que en septiembre de 2008 puso más de 400 toneladas de acero que el que efectivamente cobró. Añade que su aceptación de un reajuste por solo un 6,20% respecto del precio del acero, se debió exclusivamente a que se le había prometido el pago de la totalidad del anticipo en diciembre de 2007, lo que solo vino a ocurrir en marzo de 2008, en circunstancias que, a ese mes, el índice del referido insumo llegó a 17,3%.

220. Multas por atrasos. ZZ niega que XX tenga derecho a reclamar las multas ya que, citando el texto de la cláusula 8ª del contrato, indica que para exigir el cumplimiento de los plazos y de las multas asociadas a ellos, es necesario el... “cumplimiento correcto y oportuno por parte del Mandante de las obligaciones asumidas con motivo del contrato”. Postula que este último ha incurrido en incumplimientos reiterados, los que se desarrollaron ampliamente en su demanda. Agrega que XX tampoco pagó el Estado de Pago N° 14. Concluye que el Mandante, como contratante incumplidor, carece del derecho para cobrar multas. Subsidiariamente alega que los atrasos no le serían imputables, pues se debieron a los cambios incorporados a la obra por aquél.

221. ZZ califica de abusiva la multa por retraso total de la obra, esto es, por 302 días, ya que se origina en el hecho propio de XX, la cual se niega a otorgar la recepción provisoria, no obstante ella se encuentra usando y lucrando del Mall.

222. Asimismo, en lo que se refiere a las multas por los atrasos producidos en los hitos parciales, niega el derecho de XX a cobrarlas, porque ellos se habrían producido en casos no pactados como tales hitos y porque no existe claridad acerca del cómputo de los montos reclamados.

223. Daños en la imagen comercial y corporativa de XX. Ellos consistirán en el adelantamiento de una campaña de marketing con un costo de UF 10.829, para revertir el efecto negativo de un incidente que dañó a un cliente del Mall y por la mala fama adquirida por el centro comercial en razón de sus deficiencias constructivas. ZZ niega el derecho reclamado, fundada en que el incidente aludido no tuvo secuelas y fue solucionado directamente por ella. También porque solo trata de percepciones, según dice el propio Mandante. A juicio de ZZ son especulaciones que no pueden ser calificadas de perjuicios. A mayor abundamiento señala que la obra ya ha sido recibida por la Municipalidad de San Bernardo.

224. Finalmente, en esta parte de su contestación dedicada a los perjuicios reclamados por XX, ZZ se refiere a la petición de la primera en orden a que se disponga que entregue una boleta de garantía bancaria, para responder por el correcto funcionamiento de las obras, por un monto de UF 58.000, con vigencia por un año, a contar de la fecha de la sentencia que se dicte en esta causa, o la que disponga el Tribunal. Se opone a ella, por diversas consideraciones, la primera de las cuales es que, efectivamente XX, no ha recibido la obra por propia decisión y ha mantenido, en su poder, una boleta bancaria que se ha renovado permanentemente hasta la fecha.

225. Agrega también razones de Derecho: Este juicio, dice, está llamado a resolver el presente conflicto de un modo definitivo, por lo que no pueden quedar pendientes obligaciones o cauciones más allá de su conclusión, desvirtuando la naturaleza final de la sentencia que se dicte. Asimismo, una boleta de garantía bancaria, por su naturaleza abstracta, queda bajo el solo control de la contraparte, por lo que deja abierta la posibilidad que ella sea cobrada por su actual beneficiaria. Indica que este Árbitro deberá declarar, en su Laudo, que la boleta que actualmente tiene XX no podrá ser cobrada con posterioridad a la sentencia.

226. ZZ concluye su escrito solicitando que se tenga por contestada la demanda de XX.

RÉPLICA DE XX

227. De acuerdo a las reglas del procedimiento, a fs. 309 comparece XX contestando el traslado que le fuera conferido para replicar a fs. 272, con respecto a la contestación de ZZ.

228. Comienza reiterando las solicitudes de su demanda en orden a que: (a) Se dé por terminado el contrato, por los incumplimiento de ZZ, sin perjuicio de sus obligaciones de garantizar la obra en los términos del contrato; (b) Se disponga el pago de las indemnizaciones y demás cantidades reclamadas por la demandante; y (c) Se la condene al pago de las costas.

229. Recuerda, en primer lugar, lo dicho en su demanda en relación al contrato y a su origen y cómo ZZ, en virtud de la modalidad escogida, se hizo cargo del proyecto en su totalidad, esto es, del desarrollo de la arquitectura e ingeniería de detalles, de la construcción; de la adquisición de los suministros; y de la dirección y administración del mismo.

230. Reitera las características del contrato celebrado entre las partes, recalcando que este hecho, a su juicio, no es tomado en cuenta debidamente por ZZ, la cual urge el texto cuando le conviene y se escapa de él cuando no le es favorable. Dedicar varios párrafos al tema.

231. XX vuelve, una vez más al objeto del contrato el cual comprende, naturalmente, las obligaciones de desarrollar la arquitectura e ingeniería de detalle, cuestión que ZZ parece no haber entendido, ya que trata como modificaciones al proyecto, a los diseños de detalle, que no son más que el simple cumplimiento del mismo.

232. Retomando la característica del contrato de suministro, que tiene el de la especie, retruca a ZZ, quien postula que no es necesario que la totalidad de los materiales deban ser adquiridos al inicio del contrato, lo cual es cierto. No obstante, sí debe proveerlos todos, salvo las excepciones pactadas, previendo diligentemente los posibles inconvenientes que podrían presentarse con el suministro de los materiales, especialmente con el aprovisionamiento del acero.

233. Agrega que el contrato de construcción implicaba la totalidad de las obras. Su verdadero alcance está dado por la oferta, la cual debe contrastarse con lo efectivamente ejecutado. No cabe entonces hacer las distinciones que hace ZZ.

234. Dice XX que este era un contrato por un monto fijo garantizado que fue vulnerado por ZZ, tanto en relación a los costos directos, como a los gastos generales y a la utilidad. En suma, si bien ZZ no controvierte esta característica, la desconoce en los hechos. Insiste además, con respecto al cobro indebido por UF 14.730,60 por el acero, que habría formulado la Constructora, la cual no ha podido dar una explicación coherente.

235. En relación a la modalidad EPC del contrato, XX se hace cargo de la afirmación de ZZ en el sentido de que el contrato, bajo esta modalidad, suponía la obligación del Mandante de entregar oportunamente la información relativa a la arquitectura básica y la de no modificarla, todo ello para que el Contratista pudiera cumplir en tiempo. La Mandante indica que no es efectivo que no haya hecho entrega de la arquitectura básica. Ella consta, por el contrario, en el texto del contrato. Tampoco es una condición esencial de este contrato el no modificar la arquitectura básica, ya que el propio pacto consigna la facultad del Mandante para introducir modificaciones, aún en el caso que afectaran la ingeniería básica. Cita las cláusulas 3.3 y 7.

236. XX contradice las afirmaciones de ZZ en lo que se refiere a su cumplimiento aludiendo, particularmente a su obligación de pagar el anticipo. Dice que la Constructora ha sostenido que se pagó con retardo, no obstante, el propio contrato señala que el pago fue oportuno. Se refiere, enseguida, a los estados de pago, señalando que por esta vía se pagaron UF 853.574,54 a ZZ y que el saldo restante, de UF 82.421,46 más IVA, no lo adeuda por la aplicación de las multas y la consiguiente compensación.

237. En lo que se refiere a las obras adicionales o extraordinarias, XX reitera que nada adeuda. En efecto, ella aprobó, en su momento, obras adicionales o extraordinarias por un total de UF 130.374,26, más IVA. De este monto ya pagó UF 117.506,4 más IVA, por lo que se produce una diferencia de UF 12.867,86, que XX dice no adeudar, por haberse compensado con las multas contractuales aplicadas de conformidad a la cláusula 8.2 del contrato. En relación a este mismo punto, precisa que las obras extraordinarias y adicionales incluidas en este rubro, en realidad no son tales. Indica que de conformidad a las disposiciones del contrato, las obras adicionales y extraordinarias son “cambios en la forma de ejecución, ubicación, cantidad, especificación y dimensiones de cualquier parte o componentes del proyecto”, es decir, obras materiales que se plasman físicamente en las faenas. De conformidad a la nómina presentada por ZZ, solo UF 56.982, más IVA, corresponden, en verdad, a obras adicionales y extraordinarias.

238. En lo que respecta al suministro del acero, XX señala que el contrato contemplaba un ajuste especial y que por tal concepto pagó UF 47.819,51 más IVA, adelantando, en su momento, que solicitaría la restitución de una parte de esa cantidad. Hace presente que ZZ no formuló observación en tal respecto.

239. A manera de conclusión en esta parte, XX incluye un cuadro resumen de las sumas entregadas a ZZ, que comprende: 1) Anticipo, UF 234.000 más IVA; 2) Estados de Pago, UF 853.578,54 más IVA; 3) Pagos Extraordinarios, UF 117.506,4 más IVA; y 4) Cláusula especial de ajuste de acero UF 47.819,51, más IVA. Total UF 1.252.904,45. En suma dice, nada adeuda a ZZ, siendo esta quien le debe las sumas por las cuales la ha demandado.

240. Tocante a la obligación de XX de restituir la boleta de garantía proporcionada por ZZ, tal obligación no ha sido cuestionada, dice, en razón, precisamente, de que la Constructora, hasta la fecha, no ha obtenido la recepción provisoria de las obras.

241. XX se refiere, enseguida, al cumplimiento de las obligaciones por parte de ZZ. Alude, en primer lugar, a la obligación de construir con suma diligencia y cuidado. La Constructora ha negado esa obligación, dice, indicando que el estándar de suma diligencia y cuidado que hace el contrato no es más que un simple formalismo. Con todo, indica que la ley permite alterar las reglas de diligencia en los contratos, puesto que de conformidad al Artículo 1.547 del Código Civil, las partes pueden convenir un grado distinto al legal. Refuerza su afirmación indicando que el texto del contrato hace obligatorio, para ZZ, emplear materiales y mano de obra de primera; personal técnico idóneo para realizar un adecuado control de los trabajos; atenerse a las mejores prácticas de la técnica; cuestiones todas que no son exigibles con el grado normal de la culpa leve.

242. XX, en segundo lugar, hace algunas consideraciones relacionadas con estimaciones que ha hecho ZZ referentes a la Inspección Técnica de la Obra y a la Comisión de Recepción Provisoria.

243. En lo que toca al primer tema, indica que ZZ se respalda en la inspección técnica de la obra cuando se trata de decisiones que le son favorables, por ejemplo, cuando se trata de la aceptación de obras adicionales; pero rechaza la competencia de la Inspección cuando se trata de decisiones que le son adversas.

244. En lo que se refiere a la Comisión para la recepción provisoria de las Obras indica que, contrariamente a lo que sostiene la Constructora, en el sentido de que la Comisión no es un órgano decisorio técnico, ella está especialmente considerada en el contrato y aceptada, en consecuencia, por ZZ.

245. XX pasa, enseguida, a analizar los distintos hitos cronológicos implicados en el desarrollo del contrato. Se refiere, inicialmente, a que ZZ ha reconocido que las obras se iniciaron el día 7 de diciembre del 2007. Asimismo, ha reconocido que el contrato se suscribió con fecha 21 de julio de 2008 y que originalmente se contemplaba un plazo que vencía 31 de agosto de 2008, en circunstancias que la redacción definitiva considera, como fecha de término, el 7 de noviembre de 2008. Hay pues, una ampliación de 68 días, lo que originó un pago adicional de UF 29.750 más IVA, a favor de ZZ.

246. Estado de la construcción al 13 de noviembre de 2008. Siempre en relación a los hitos contractuales XX indica que al 13 de noviembre de 2008 las obras no se encontraban concluidas o terminadas, conforme al contrato y que la Constructora reconoce que ello es así. Esto no queda desvirtuado por el hecho de que, en su escrito de demanda, ZZ haya acompañado fotografías en las cuales se muestran obras terminadas, ya que no son representativas de la totalidad del proyecto y pueden haberse tomado con mucha posterioridad a la fecha indicada.

247. Continuando con su examen cronológico, la Mandante hace presente que la contratista solicitó la recepción provisoria con fecha 3 de diciembre del año 2008 y que tal petición fue rechazada el día 16 del mismo mes y año, sin que tal decisión fuera controvertida por la Constructora, en su momento. Atribuye especial importancia a esta circunstancia, ya que la solicitud implicaba que ZZ consideraba que las obras se hallaban concluidas. Por otro lado, esta petición es completamente incompatible, dice, con la estimación que ha hecho la misma Constructora en el sentido que el contrato debió extenderse hasta el 31 enero del año 2009, en razón de la agregación de obras extraordinarias y adicionales.

248. XX se refiere, finalmente, a la apertura del centro comercial: Recuerda que esta tuvo lugar a fines de noviembre del año 2008 y que se inauguró formalmente el 8 de enero del año 2009. Se hace cargo del argumento de ZZ fundado en estas circunstancias, en el sentido de que las obras debían estar concluidas si es que se abría el centro comercial al público. Ello no es así, dice, porque XX se vio forzada a hacer entrega de los locales, a fin de dar cumplimiento a los numerosos compromisos comerciales que había adquirido con los arrendatarios de los mismos.

249. XX destina una tercera sección de su escrito de réplica a desarrollar la idea de que ZZ no supo dirigir y administrar los trabajos encomendados. Controvierte, con estas afirmaciones, las efectuadas por ZZ, en orden a que la Mandante solo ha sido capaz de efectuar vagas imputaciones al respecto.

250. Indica, primeramente, que la Constructora no fue capaz de concluir las obras dentro del plazo convenido, como demuestra la necesidad de extenderlo, primero por 68 días al momento de suscribir el contrato, y luego, ampliarlo por cuatro días adicionales respecto de uno de los hitos parciales. Hace presente que cada vez que ZZ solicitó una ampliación, su solicitud fue estudiada y concedida según correspondiera. Prueba de ello fue la extensión del plazo hasta el día 7 de noviembre de 2008, que significó el pago de gastos generales por una suma superior a las UF 29.000. Niega, asimismo, que la Constructora haya debido acelerar las obras. Postula, en este punto, que los recursos adicionales que ZZ dice haber puesto para concluir oportunamente las obras, no responden a su aceleración, sino solo a su obligación de cumplir dentro del plazo convenido.

251. XX, a continuación, se refiere al hecho que, hasta la fecha, la Constructora no ha obtenido la recepción provisoria. Señala que esta debe tener lugar, de acuerdo al contrato, “una vez terminada la ejecución de las obras y realizadas las pruebas que corresponden”. Hace presente que ZZ la solicitó en su momento y que si bien la Comisión respectiva se reunió con algunos días de retraso, esto jugó más bien en favor de la Constructora, la que dispuso, así, de un tiempo adicional para concluir las obras. Indica que luego que la Comisión rechazara el primer intento, ZZ nunca más solicitó dicha recepción y que concentró sus esfuerzos en solucionar las observaciones. Concluye, este punto, indicando que su parte ha estado llana a otorgar la

recepción provisoria, si se le solicitaba, circunstancia que no ha tenido lugar, por cuanto la Constructora no lo ha hecho.

252. Alude, enseguida, a la lentitud y falta de diligencia de ZZ, para corregir las observaciones que efectuara la ITO. Indica que la Constructora ha descalificado tales observaciones estimándolas meras apreciaciones subjetivas. Niega tal carácter e ilustra con una serie de ejemplos que a su juicio demuestran la exactitud de las apreciaciones de dicha entidad. En este punto, hace especial mención, a que se debió contratar, con terceros, la realización de diversas obras que, en su momento, no fueron ejecutadas por ZZ, tales como la limpieza exterior del conjunto, el desagüe de las aguas lluvia, los equipos de clima, el riego de ciertas zonas y las obras de paisajismo. No quita mérito a las circunstancias señaladas el hecho de que, en su escrito de demanda, la Constructora haya acompañado fotografías en las cuales se muestran las obras terminadas. Estas fotos podrían no ser representativas de la totalidad del proyecto, o pueden haber sido tomadas con posterioridad a la época que se pretende, reitera.

253. En lo que toca a la falta de mano de obra, XX hace presente que no hay una verdadera contestación por parte de ZZ y la razón es que, de ser efectiva tal circunstancia, carecería de todo sentido la pretendida aceleración.

254. XX trata, a continuación, la falta de previsión y diligencia en la adquisición y suministro del acero por parte de ZZ. Señala que esta materia fue objeto de una cláusula especial de ajuste, precisamente por la volatilidad de este insumo en el mercado. Agrega que todas estas circunstancias impiden que ZZ pueda alegar la imprevisibilidad de la falta de este material en el mercado nacional.

255. Alude, a continuación, a la no ejecución o a la ejecución incorrecta de ciertas obras, que ya mencionara en su demanda. Indica que no es efectivo, como pretende la Constructora que se trataría de obras que fueron retiradas del alcance del contrato. En efecto, dice que de ser así, ZZ debería probarlo y, si no logra, quiere decir que no ha cumplido cabalmente con sus obligaciones. En cuanto a la ejecución de obras incorrectas afirma que ZZ confunde el cumplimiento de sus obligaciones de post-venta con el deber de corregir las obras mal ejecutadas. Hace presente que el período de responsabilidad de post-venta todavía no se ha iniciado, puesto que las obras no han sido recibidas provisoriamente. Enumera, a continuación, diversas obras que han debido corregirse o en la cuales ZZ ha debido recurrir a terceros para solucionar los problemas creados.

256. Postula luego que ZZ no se sujetó a los planos que mostró a XX, durante el período de construcción, según consta en el libro de obras.

257. Finalmente, XX indica que, por resolución exenta de COREMA, R.M., se dio inicio a un proceso destinado a establecer responsabilidades respecto del Proyecto de Centro de Comercial, en el cual se han constatado diversos incumplimientos en el proceso constructivo. Informa que la visita inspectiva tuvo lugar el 24 de octubre de 2008, esto es, antes del término del plazo contractual.

258. Una cuarta sección del escrito de réplica, XX la destina a reiterar sus pretensiones en contra de ZZ las que, a su juicio, tienen pleno sustento fáctico y son jurídicamente procedentes, contra lo que opina la Constructora.

259. Reitera, para comenzar, su argumentación respecto a la restitución de sumas de dinero debidas por la Constructora por obras no ejecutadas. Se refiere así, primeramente, al cálculo de la superficie. En efecto, indica que existe una discrepancia entre ZZ y XX con respecto a la superficie construida. De acuerdo a lo señalado en el contrato, aquélla alcanzaba a 104.269 metros cuadrados, en circunstancias que lo construido efectivamente alcanza solo a 99.537. Existe, pues, una diferencia de 4.732 metros cuadrados. ZZ basa sus cálculos en los planos as built, incurriendo en error, ya que considera en ellos dos locales que no fueron construidos efectivamente, como son el de restaurantes y el de servicio automotriz. Seguidamente postula

que tampoco se ha producido un aumento de superficie, por la construcción de un segundo piso, para el local automotriz, ya que los planos consignaban, en su lugar, la losa respectiva. Finalmente, XX reclama su derecho a ser restituida por el menor valor del contrato, en razón de la disminución de la superficie construida y por la no ejecución de las techumbres en las tiendas ancla 1 y 3, la cual fue excluida del contrato de común acuerdo.

260. XX reitera, seguidamente, sus peticiones referentes a las obras mal ejecutadas o inconclusas que estimó, en su demanda, en la suma de UF 63.538,88. Se trata de obras que se debieron ejecutar en vista de los vicios constructivos. Por tal razón, es irrelevante la alegación de ZZ en orden a que se hayan debido formular como observaciones, conjuntamente con la recepción provisoria, y también que se trata de desperfectos que corresponden ser subsanados en la etapa de post-venta.

261. Reitera también, su argumentación en el sentido de que ZZ debe restituirle las sumas que la primera pagara, en exceso, en razón del suministro del acero.

262. En lo que se refiere a las multas por atrasos, XX simplemente vuelve sobre sus argumentaciones de los escritos previos.

263. XX reitera sus peticiones de condena al pago de los perjuicios que experimentara por causa de falta de terminación de las obras en el tiempo oportuno. Tales perjuicios ya fueron estimados en la suma UF 10.829 más IVA y consisten básicamente en el daño producido a la imagen del Centro Comercial.

264. También reclama que las sumas que se ordenen pagar deban ser reajustables, según corresponda y que se les deben aplicar los intereses corrientes que se devenguen desde la fecha que el Tribunal señale.

265. Finalmente el escrito de réplica contiene una sección destinada al tema de la boleta de garantía para responder al correcto funcionamiento de las obras. Indica que no obstante que se ha solicitado la terminación del contrato y que ella deba declararse, el Tribunal, deberá disponer, en justicia, que ZZ entregue una boleta de garantía bancaria por UF 58.000 para responder por los desperfectos que se produzcan dentro del año siguiente a la dictación de la sentencia.

RÉPLICA DE ZZ

266. De acuerdo a las reglas del procedimiento, a fs. 289 comparece ZZ contestando el traslado que le fuera concedido para replicar.

267. Destina la primera parte de su escrito a las que denomina refutaciones generales.

268. Comienza comentando la afirmación de XX en orden a que la Constructora recurre a la equidad con el objeto de evitar la letra y el espíritu del contrato, en circunstancias que ZZ precisamente busca su aplicación, por la vía de respetar su sentido y espíritu, manifestado en la voluntad negocial de las partes, cuyo contenido básico se formó antes del inicio de las obras, el 7 de diciembre de 2007, y luego se expresó en el contrato. La referencia a la equidad, dice, se hace en razón de que en ella se encuentran los principios que deben guiar al Árbitro en la interpretación y aplicación del contrato, particularmente cuando se trata de un Árbitro Arbitrador.

269. Postula luego que XX debe responder por la forma como ha ejercido sus facultades contractuales. Indica que jamás ha negado su derecho a introducir cambios, en referencia a la arquitectura básica, o cualquier otro. El planteamiento de ZZ ha sido que el plazo convenido estaba sujeto a la circunstancia de que no se introdujeran cambios a la ingeniería básica, más allá de una fecha determinada. El plazo original del contrato era de 275 días, plazo ambicioso que solo era posible si la Mandante definía a la brevedad sus necesidades. Señala que XX asumió tal compromiso y, según se desprende de los borradores iniciales, el plazo límite para

introducir modificaciones era el 30 de noviembre de 2007. Los 275 días del plazo lo hacían vencer el 31 de agosto de 2008, fecha convenida inicialmente. Al oficializarse, en mayo de 2008, como nueva fecha de entrega el 7 de noviembre de 2008, la naturaleza misma del contrato mantenía en pie -dice- la obligación de XX de no introducir nuevas modificaciones a la ingeniería básica si se quería, de buena fe, obtener la entrega en la fecha indicada. Agrega que es un hecho reconocido por XX que esta última continuó introduciendo cambios, siendo los más significativos aquellos posteriores al 21 de julio.

270. ZZ vuelve a reconocer la facultad de XX de introducir los cambios que estime conveniente y también el hecho de que los proyectos de retail sufran modificaciones. Postula, eso sí, que debe hacerse cargo de las consecuencias que tienen, para el plazo, tales modificaciones. Repugna a la naturaleza del contrato y a la equidad, afirma, que sea el contratista quien asuma las consecuencias financieras de las modificaciones introducidas por el Mandante.

271. Se refiere luego al alegado efecto liberatorio de la firma del contrato escrito. Postula que la relación contractual entre las partes es anterior a la fecha de este instrumento, como que ZZ, ya el 7 de diciembre de 2007, de buena fe, había recibido el terreno. Añade que el programa que asumía, como fecha de término, el 7 de noviembre, estaba acordada con anterioridad al 21 de julio, según consta de las actas de las reuniones de obra. No se puede desconocer tampoco, dice, que XX dilató, sin fundamento la firma del contrato desde el 22 de abril como ya señalara, en su demanda. Los cambios introducidos por XX, que ZZ utilizó para demostrar su impacto en la programación, son todos posteriores al 21 de julio de 2008.

272. ZZ se hace cargo, a continuación de la argumentación de XX fundada en que aquella nunca reclamó mayor plazo, cuando le fueron agregadas modificaciones, razón por la cual no podría excusar su incumplimiento del plazo convenido. Por el contrario, manifiesta, la introducción de modificaciones fue causa de que acelerara las obras y que esperara, naturalmente, que no se le exigiera la terminación en el plazo previamente convenido.

273. Continúa haciendo tres aclaraciones específicas.

274. La primera de ellas se refiere al 29 de julio de 2008 cuando ya se había extendido el término contractual en 68 días, la obra mostraba un atraso de 9%, respecto de la programación. La necesidad de acelerar, en consecuencia, ya existía cuando se suscribió el contrato escrito. Señala, en segundo lugar, que los planos as built demuestran que la superficie construida supera los 104.269 metros cuadrados que fueron los encargados originalmente. Finalmente, en lo que se refiere a la recepción provisoria, indica que corrigió las observaciones formuladas en su momento y que, actualmente, presta los correspondientes servicios de postventa. El Mall fue inaugurado, abierto al público y muestra una creciente consolidación con el consiguiente beneficio económico para sus dueños. Frente a todo ello, el requerimiento de que ZZ solicite nuevamente la recepción provisoria, dice, es la manifestación más patente de su mala fe.

275. La segunda aclaración alude a la relación entre las fechas de las modificaciones y la de suscripción del contrato escrito. Reitera que la fecha de término del 7 de noviembre de 2008 fue convenida con mucha anterioridad al 21 de julio de 2008. Por ello, dice, todos los cambios introducidos, luego de esta última fecha, impactan en la respectiva programación e implican un incumplimiento del compromiso de no introducir modificaciones a nivel de arquitectura básica del Proyecto. Agrega que, en todo caso, cinco de los seis eventos que ZZ utilizó para impactar el programa de obra fueron dispuestos después del 21 de julio y el sexto, esto es, el segundo nivel del local automotriz, si bien fue decidido por XX antes de esa fecha, la Constructora no fue instruida, al respecto, hasta después de la firma del contrato y se hizo, en consecuencia, bajo la vigencia de la programación que asumía la terminación de las obras el 7 de noviembre de 2008.

276. Como última aclaración, ZZ indica que, independientemente de la naturaleza que se asigne a las modificaciones introducidas por XX, la cuestión relevante es si ellas impactan en la planificación de la obra, de

modo que su interferencia impida cumplir dentro del plazo pactado. Esto es particularmente relevante en un contrato celebrado bajo la modalidad EPC el cual permite obtener sus ventajas a condición de mantener una programación estable.

277. ZZ pasa, enseguida a comentar las defensas opuestas por XX.

278. La primera de ellas se refiere a aquella característica de la modalidad EPC que consiste en tener un precio fijo y garantizado. Indica que ello puede ser así si se tiene definida la arquitectura básica. En la especie esa no fue la realidad. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta, dice ZZ, que el propio contrato contempla reglas para valorizar las modificaciones y se pone en la eventualidad que aumente el precio de la obra.

279. La segunda defensa de XX se relaciona con la falta de correspondencia entre la demanda de ZZ y los conceptos por los que el contratista puede reclamar de conformidad al contrato. Con todo, señala, XX reconoce que el contrato faculta al contratista para reclamar con respecto al monto del precio; también por el costo directo de las obras adicionales y extraordinarias; por los gastos generales por mayor permanencia; y por los mayores costos por las modificaciones a la ingeniería básica. En base a lo reseñado, la Constructora sostiene que las pretensiones concretas que ha formulado bajo la letra C de su demanda, a fs. 198, tienen fundamento. En efecto, su derecho al precio del contrato funda sus peticiones relativa el Estado de Pago número 14 y a las retenciones efectuadas sobre aquel; otro tanto ocurre con obras adicionales y extraordinarias; estas además facultan para cobrar gastos generales y utilidad sobre su monto y no sobre la parte que, de este, exceda del 10% del precio contractual (cláusula séptima del contrato). También son parte del precio los gastos generales por mayor permanencia en la obra; y los mayores costos por modificaciones de ingeniería básica, que corresponden a los recursos adicionales necesarios para terminar las obras, en el plazo más cercano al convenido. A todo lo anterior hay que agregar intereses (cláusula cuarta, letra b del contrato).

280. Pasa, enseguida a examinar las defensas de XX frente a las peticiones específicas de ZZ.

281. Se refiere, primero, a lo referente al Estado de Pago número 14. Hace presente que nunca XX ha negado adeudar a ZZ el referido estado de pago que, en su momento fue aprobado por la ITO y se hizo exigible, conforme al contrato, el 21 de enero de 2009. Inicialmente aquella condicionó, indebidamente, su pago, a la renovación de la garantía de ejecución, sin mencionar multa alguna. Solo posteriormente justificó su negativa aduciendo que los fondos se habrían empleado para cubrir las multas contractuales que unilateralmente había aplicado XX, cuyo monto, al comienzo, se limitó al 10% del precio, para pasar luego a UF 324.512,9 (carta de 26 de marzo de 2009 de la ITO), para concluir en más de UF 900.000 en la demanda. Señala que la voluntad unilateral de XX, una vez que se ha decidido someter el asunto al conocimiento de un Árbitro, resulta enteramente arbitraria.

282. Devolución de las cantidades retenidas por XX. ZZ ha postulado que la retención es improcedente. XX se ha fundado en que la contratista no ha obtenido la recepción provisoria. Este es un formalismo contractual que desconoce que ZZ cumplió con su obligación de entregar la obra y que ha solucionado las observaciones formuladas. Todo esto ha permitido, al Mandante, usar y gozar del centro comercial, causando a la contratista una doble injusticia: Dispone de una garantía doble, ya que no ha devuelto la retención para caucionar la fiel ejecución del contrato y mantienen vigente, a su favor, la caución bancaria por UF 58.000. A juicio de ZZ no corresponde imputar estas sumas a las presuntas multas.

283. Pago de las obras adicionales y extraordinarias. Reitera que se le adeudan las que ha denominado, en su demanda, como aprobadas por la ITO. Sin embargo, y sin ninguna justificación, esta última las calificó de rechazadas en su carta de 5 de marzo de 2009. Insiste que están aprobadas para todos los efectos legales y

que las demanda como tales. Hay también obras que XX ha calificado como pendientes, pero cuyos presupuestos fueron aprobados, en su momento, por la ITO.

284. En lo que se refiere a las obras adicionales y extraordinarias rechazadas por la ITO, reitera que ella procedió, en este punto, de un modo genérico, sin fundamentos ni explicaciones suficientes. Señala que la ITO pretendió que aquellas obras que no se consignaban expresamente en la planilla que acompañaba a su carta de 5 de marzo, mencionada en el motivo anterior, se encontraban rechazadas, cuestión que no se aviene con la naturaleza de un contrato celebrado según la modalidad EPC. Niega haber reconocido contractualmente, a la ITO, la facultad decisoria en esta materia. La última instancia en cuanto a los conflictos entre las partes es este Tribunal, dice, por lo que rechaza el carácter vinculante que XX le está dando a las decisiones de la ITO.

285. Gastos generales por extensión del plazo. Según ZZ, en la especie, se configuran todos los supuestos previstos en la cláusula séptima del contrato para que esa empresa tenga derecho a ellos. En efecto, dice, si se agregan a las obras adicionales y extraordinarias ya pagadas, las que este fallo dispondrá que se solucionen, se superará el margen de 10% del volumen inicialmente contratado. Estas obras han afectado la programación del proyecto, de modo que solo las seis que se consignan entre fs. 161 y fs. 171, justifican la presencia de la Constructora hasta el 31 de enero de 2009. Añade que no es necesario, para adquirir el derecho que reclama, que la extensión del plazo sea consensuada expresa y formalmente.

286. Tocante a la metodología empleada para determinar los gastos generales, objetada por XX -que consistió en obtener primero un promedio diario de tales gastos, considerando todo el desarrollo temporal de la obra y luego multiplicar dicha suma por los días de la extensión- señala que ya fue usado por las partes para determinar el incremento de los gastos generales, con motivo de la extensión del plazo por 68 días, tantas veces referido.

287. Gastos generales y utilidad, en razón de obras adicionales o extraordinarias. ZZ postula que tienen derecho a ellos, pues se dan los supuestos que los justifican según la cláusula séptima del contrato. Se trata simplemente de establecer si la variación del volumen de trabajo, fue o no superior al 10% a las obras originalmente contratadas. Si superaron el referido porcentaje, corresponde aplicar, sobre tal exceso, el porcentaje correspondiente gastos generales y utilidad. Frente a las objeciones de XX, en este punto, indica que en un contrato EPC no procede efectuar deducciones por concepto calculistas, proyectistas y arquitectos, ya que son de cargo de la Constructora y generan gastos generales del mismo modo que los gastos generales por obras físicas. También inciden, por la misma razón, en el cálculo de las utilidades.

288. ZZ ha reclamado también la restitución de los mayores recursos que debió invertir en el diseño y construcción del Mall. Frente a la oposición de XX, postula que se trata de recursos adicionales puestos por ella, los que han permitido a la Mandante entrar a gozar de la obra, en la oportunidad que pudo empezar a hacerlo, y no más tarde. Corresponden a mano de obra directa e indirecta, equipos adicionales y bonos y aguinaldos.

289. En lo que se refiere a intereses, reitera que le corresponden, pues de acuerdo a la cláusula cuarta letra b) del contrato, ellos proceden en caso de atraso de los estados de pago. Sería manifiestamente inequitativo que las cantidades adeudadas por la Mandante, no devengaran intereses.

290. XX ha opuesto las excepciones de contrato no cumplido y de compensación. En lo que se refiere a la primera, ZZ indica que, para que proceda, es necesario que concurran los requisitos del Artículo 1.552 del Código Civil, cuyo texto transcribe y en el cual se funda para solicitar que se desestime la petición de la Mandante. Agrega que esta excepción es procedente cuando quien la opone ha cumplido con sus obligaciones, cuyo no es el caso, puesto que XX se encuentra en mora de las suyas. Procede, pues, el rechazo de esta excepción, dice.

291. Tocante a la excepción de compensación, que XX alega subsidiariamente, indica que tampoco procede, ya que nada le debe a la Mandante. Concluye sosteniendo que ZZ tiene derecho a los montos reclamados, en su integridad, por lo que es improcedente la excepción de compensación opuesta.

292. Concluye solicitando tener por evacuado el trámite de réplica y que se acoja su demanda, en todas sus partes.

DÚPLICA DE XX

293. Conforme a las reglas de procedimiento, a fs. 337 comparece XX evacuando el traslado que se le confiriera para duplicar.

294. XX inicia su dúplica refiriéndose a las que denomina “algunas cuestiones que se deben precisar”. La primera que menciona se relaciona con el supuesto apego que ZZ ha manifestado respecto del contrato. Indica que esta es una actitud tardía, que se contrapone con diversas afirmaciones o postulados que ha hecho a lo largo de esta fase de discusión, según las cuales, por ejemplo, ha calificado la recepción provisoria como un simple formalismo, o como cuando negó la facultad de la Mandante de introducir modificaciones a las obras contratadas.

295. Analiza, enseguida, las consideraciones que ha hecho ZZ, con respecto a la aplicación de la equidad, en la especie. Razona que tratándose especialmente de la interpretación y aplicación de un contrato, la actitud del Árbitro Arbitrador no debe ser muy diversa a la del Juez de Derecho, puesto que, al igual que este último debe actuar buscando lo que las partes efectivamente acordaron en el contrato y no modificarlo por la vía de efectuar interpretaciones que se funden en argumentos de equidad. Cita doctrina nacional sobre la materia.

296. En lo que se refiere a la facultad de modificar el proyecto, por parte de la Mandante, comenta que ZZ ha discurrido desde el fondo hacia la forma. En efecto, sostenía inicialmente que la Mandante no tenía la posibilidad de modificar el proyecto, para concluir ahora que las modificaciones no fueron introducidas correctamente.

297. Aborda, a continuación, el que denomina supuesto efecto liberatorio de la suscripción del contrato. Señala que ZZ le ha imputado sostener que la suscripción del contrato, con fecha 21 de julio del 2008, produciría el efecto de excluir, de este conflicto, todas las diferencias que pudieran haberse suscitado con anterioridad a esa fecha. Controvierte absolutamente que haya formulado tal afirmación y sostiene que el Tribunal es competente para valorar los hechos relacionados con el contrato, sin ninguna limitación temporal.

298. XX se hace cargo, luego, de las afirmaciones de ZZ, en orden a que la primera habría dilatado la firma del contrato, cuestión que esta niega. Sostiene que la tardanza se debió a que ZZ no entregó, en forma oportuna, los documentos que se le habían solicitado, previamente a la suscripción del contrato y porque, como reconoce ella misma, su negociación tomó un largo período de tiempo.

299. Indica que ZZ ha hecho caudal de los cambios introducidos en la ingeniería básica, los cuales, señala, tuvieron lugar con posterioridad a la firma del contrato. XX refuta tal afirmación indicando que, del listado de modificaciones acompañado por ZZ, cuarenta y dos tienen fecha anterior a la suscripción del contrato. Agrega que incluso el listado referido no constituye una nómina de los cambios de ingeniería básica, ya que como su parte cree haber demostrado, solo siete de ellos producen el efecto indicado.

300. En lo que respecta a lo que ZZ ha denominado su patrón de conducta, comprometida con el cumplimiento de sus obligaciones y con la entrega oportuna de las obras, de modo que XX pudiera cumplir, a su turno, con sus obligaciones para con los arrendatarios de locales, comenta que no es efectivo que no

hayan existido problemas entre los operadores o arrendatarios y la Constructora. Indica, por el contrario, que son numerosos los reclamos producidos. Recalca que ZZ solo solicitó la recepción provisoria de las obras el día 3 de diciembre del año 2008 y que una vez rechazada dicha solicitud, no volvió a solicitarla hasta el día de hoy.

301. Se refiere, enseguida, a lo que ZZ llama su filosofía corporativa. De acuerdo a ella, comenta, ZZ dice no haber solicitado ampliación de plazo porque sobrentendía que la Mandante, al modificar o encargar nuevas obras, estaba consciente que implicaban el incremento del plazo para la ejecución del contrato. Este razonamiento le parece inaceptable a TR1 ya que, a su juicio, era deber de la Constructora, al recibir las solicitudes de modificación, advertir al Mandante el posible retraso que ellas podrían causar, de modo que este último pudiera tomar una decisión adecuada en el sentido de seguir adelante con ellas, o desistir. Esta obligación no fue cumplida por ZZ. Agrega que cada vez que ZZ solicitó una ampliación de plazo, la solicitud fue estudiada y, en su caso, aceptada. En el mismo sentido comenta que la extensión de la permanencia en la obra, por parte de la Constructora, por 85 días -lo que representa un 29,1% plazo adicional respecto del contratado- tampoco se sostiene en la supuesta filosofía corporativa de la Constructora.

302. XX comenta, enseguida, que existe mala fe en ZZ, al no solicitar nuevamente la recepción provisoria de las obras si las estima terminadas. No divisa qué inconveniente puede representar, para la Constructora, tal solicitud, ya que como esta última ha afirmado en sus escritos, dicha gestión no es sino un formalismo.

303. XX destina una tercera sección de su dúplica al tema de las modificaciones a la ingeniería básica. Recuerda que, en su contestación, demostró que no es efectivo lo que afirmara ZZ, esto es, que se habría convenido directamente que el día 30 de noviembre de 2007 sería la fecha límite, para introducir modificaciones a la arquitectura básica de la obra. También dice que se demostró que el texto del contrato, firmado el 21 de julio, contempla expresamente la facultad de XX para introducir modificaciones, incluso a la arquitectura básica.

304. También recuerda que, en su contestación, se habría demostrado que de la nómina de modificaciones a la ingeniería básica, que incluye ZZ en su demanda, solo siete tienen tal carácter; cuatro de ellas tuvieron lugar con anterioridad a la firma del texto escrito del contrato y tres con posterioridad a ello.

305. Continúa haciéndose cargo de ciertas afirmaciones que, según dice, ha hecho ZZ en su réplica, en el sentido de que XX habría efectuado un reconocimiento general acerca del carácter de las modificaciones contenidas en la nómina referida en el motivo anterior, y que solo existiría una discrepancia acerca de su calificación; que todas constituirían modificaciones respecto de la ingeniería básica; que veinticinco de esas obras implicaban el recálculo de la estructura sismo resistente; y que ellas, por tal razón, impactaban en la ruta crítica de la obra.

306. XX dedica, a continuación, diversos apartados, en los cuales principalmente reitera hechos y afirmaciones contenidos en su escrito de contestación a la demanda de ZZ.

307. Efectúa, enseguida, un análisis más pormenorizado del tema de las modificaciones a la ingeniería básica anteriores a la firma del contrato. Comenta que cuando se estableció el 7 de noviembre, como fecha final para el contrato, ZZ había tenido ya la oportunidad de considerar todos los avances del proyecto producidos hasta entonces y, por tanto, todos los impactos que las modificaciones podían haber tenido en su desarrollo. También reitera que las modificaciones a la ingeniería básica no fueron 42, sino solo 4, según ha expresado más arriba y que ellas tuvieron lugar, a más tardar, en febrero de 2008 y no a fines de mayo del mismo año. En lo que se refiere a las 6 modificaciones a la ingeniería básica, calificadas como tales por ZZ, comenta que, hasta esta altura del debate, la Constructora no ha refutado ninguna de las afirmaciones contenidas en su contestación a la demanda. Hace particular énfasis en que, la omisión de ZZ de solicitar un

incremento de plazo, ha recibido diversas explicaciones a lo largo del juicio, las cuales no son consistentes entre sí.

308. Modificaciones de ingeniería de terminaciones. XX hace presente que sus argumentos, en la contestación de la demanda, no han sido rebatidos por la contraria y que 15 de tales modificaciones fueron tomadas en consideración para ampliar, en 68 días, el plazo contractual.

309. En los párrafos de la dúplica que siguen, XX analiza las peticiones por sumas de dinero contempladas en la demanda de ZZ.

310. Comenta, en primer lugar, su afirmación en el sentido de que...“el sistema de responsabilidad contractual de nuestro Derecho Civil no limita las pretensiones del contratante cumplidor a la ejecución de las prestaciones convenidas en el contrato, pues está legitimado para demandar perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales que superen los marcos del contrato y habitualmente no son previstos por las partes”. Señala, al respecto, que de conformidad al Artículo 1.558 del Código Civil, la responsabilidad contractual no permite reclamar por los perjuicios que habitualmente no son previstos por las partes, diferencia, esta que la separa significativamente de la responsabilidad extra contractual, la cual obliga al infractor a indemnizar de todo daño, esto es, previstos o no previstos a la época de la comisión del delito o cuasidelito civil.

311. XX se refiere, en segundo lugar, a la suma que ZZ reclama a título de pago por el Estado de Pago N° 14. Indica que, de conformidad a las normas contractuales mutuamente aceptadas por las partes, la ITO quedó facultada para aplicar multas al incumplidor y para compensar su monto, con las sumas que pudiera deberle la Mandante. Cosa que ha tenido lugar en el caso.

312. Aborda, enseguida, el reclamo de ZZ en orden a que la Mandante dispone de una doble garantía y que, por tanto, debe restituírle las retenciones que ha practicado respecto de los estados de pago solucionados hasta la fecha. Hace presente que la devolución, de conformidad a los términos del contrato, solo puede tener lugar una vez que la obra ha sido recibida provisoriamente, circunstancia que no ha tenido lugar hasta ahora. La existencia de multas -agrega- justifica, adicionalmente esa retención. La doble garantía tampoco existe, ya que solo dispone efectivamente de una boleta de garantía bancaria para caucionar el fiel cumplimiento del contrato la cual es solo eso, una boleta de garantía bancaria y no una suma de dinero a su disposición.

313. Analiza luego el reclamo de ZZ, respecto del pago de obras adicionales o extraordinarias que, en su demanda, contempla bajo el epígrafe de aprobadas y no pagadas y que ascenderían a UF 55.969 más IVA. Señala que para que una obra pueda ser pagada, a título de obra adicional o extraordinaria, requiere de dos condiciones, que pasan ambas por la calificación de la ITO. La primera es que, efectivamente constituya una obra adicional o extraordinaria, esto es, que se encuentre fuera del alcance de la obra y, la segunda que, desde el punto de vista numérico, haya sido aprobado por el organismo contralor técnico. Indica que ninguna de las obras reclamadas por ZZ se encuentra en situación de estar aprobadas y no pagadas, puesto que ninguna de ellas pasó la prueba de aprobación, por parte de la ITO.

314. En lo que se refiere a las obras que no han sido ni aprobadas ni pagadas, por no haberse reclamado como tales en la demanda de ZZ, a juicio de la Mandante, su derecho al pago se encuentra precluido.

315. XX rechaza también la pretensión de ZZ en orden a ser pagada por obras adicionales o extraordinarias que no fueron aprobadas, en su momento, por la ITO. A su juicio, esto significa una infracción al contrato, puesto que implica un desconocimiento de la autoridad técnica de la Inspección Técnica de la Obra, la que fue contractualmente aceptada por las partes.

316. Analiza, también, la petición de ZZ, respecto de los gastos generales, por la extensión de plazo contractual, por un monto equivalente a UF 46.690,1 más IVA. Indica que ZZ no se hizo cargo de sus

observaciones, al respecto, en la contestación de la demanda, las cuales se referían a que, por regla general, el contrato consideró que las obras adicionales no alargaban el plazo de ejecución. Tampoco que ZZ, en dos oportunidades, solicitó aumento de plazo y los obtuvo y que, en consecuencia, no existió ningún aumento adicional de plazo, con posterioridad.

317. Agrega que, por el contrario, en su réplica, ZZ argumenta sobre la base de que las obras adicionales o extraordinarias superaron el margen del 10% del proyecto, que ellas afectaron la programación y que justifican su permanencia en la obra, hasta el día 31 de enero del 2009.

318. Comenta que las obras adicionales o extraordinarias no superaron el margen del 10%, pero que, incluso en el caso de haberlo superado, ello no origina, de por sí solas, la extensión de los gastos generales por permanencia. Niega que las obras adicionales o extraordinarias hayan incidido en la programación de las obras. Postula, por su parte que la permanencia hasta el 31 de enero de 2009, se debe simplemente, a los incumplimientos de la Constructora.

319. XX objeta también la metodología, empleada por ZZ, para calcular el monto de los gastos generales que reclama. Señala que la Constructora utilizó un promedio diario de los gastos generales producidos a lo largo de todo el contrato y lo aplicó al período que pretende. Señala que, aparte que el cobro es improcedente, también lo es la metodología empleada para calcularlo. En efecto, indica que cuando deben extenderse los plazos y aplicar, por consecuencia, un incremento en los gastos generales, estos se calculan con respecto al valor de las obras que se ejecutan en el período de extensión y no con un promedio obtenido sobre el total del contrato.

320. Refuerza la anterior afirmación con el precedente establecido a propósito del cálculo de los gastos generales en razón de la extensión del contrato por 68 días, a que se ha aludido tantas veces. En ese caso se procedió precisamente sobre la base de un cálculo del valor de las obras que provocaban la extensión. Insiste en que los gastos generales deben calcularse sobre la base de obras reales y que, en su petición, la Constructora no especifica las obras que ameritan dichos gastos.

321. Continuando con su dúplica, XX sostiene que ZZ no tiene derecho a gastos generales y utilidad, por las obras adicionales y extraordinarias que reclama, por un monto de UF 29.937 más IVA y UF 12.862,88 más IVA. Indica que dichas obras no superaron el 10% del valor del contrato. Agrega que no corresponde incluir, dentro del cálculo, obras que no se plasmaron en faenas. Nada hay, en el contrato modalidad EPC, que permita esta inclusión. Particularmente señala que el propio contrato define las obras adicionales o extraordinarias como “cambios en la forma de ejecución, cantidad, especificación y dimensiones de cualquier parte o componentes del proyecto”, cláusula 7ª. En cuanto a la alegación de ZZ de que respecto de alguna de estas obras se habrían pagado gastos generales, por lo que procedería aplicar utilidades, rechaza tal afirmación indicando que si efectivamente se hubieren pagado gastos generales, correspondería excluirlos en el cómputo de las obras extraordinarias o adicionales.

322. En cuanto a la alegación de que procede pagar gastos generales y utilidades respecto de las obras adicionales y extraordinarias, indica que el contrato, de acuerdo a la práctica generalizada en la industria, señala que solamente procede el pago de estas obras cuando su monto excede del 10% del contrato y en tal caso, la suma a pagar se calcula solo sobre el valor que excede precisamente de dicho 10%.

323. Se refiere, enseguida, a la pretensión de ZZ de que tendría derecho a que se le restituyan los mayores recursos que invirtió derivados de las modificaciones introducidas en el proyecto. Indica que tratándose de un contrato por una suma alzada, no corresponde ningún pago adicional. Señala, además, que la necesidad de recursos adicionales, a fin de recuperar el atraso en las obras, significa simplemente el cumplimiento del contrato por parte de ZZ y no obliga a pago alguno a la Mandante.

324. A continuación XX toca el tema del reclamo de intereses por la suma que debió invertir la Constructora, en beneficio de la Mandante, solicitando intereses máximos convencionales. Rechaza tal pretensión fundada en que tales intereses solo proceden cuando se han convenido previamente entre las partes, lo que no ha ocurrido en la especie.

325. Analiza luego la excepción de contrato no cumplido, opuesta por ZZ, frente a la demanda de XX. Indica que ella es del todo improcedente puesto que ZZ fue la primera que incurrió en mora, razón por la cual está inhabilitada de reclamar la eventual mora de su contraparte.

326. Finalmente, en subsidio de todas las excepciones y defensas anteriores, XX opone la excepción de compensación judicial, a fin de que el Tribunal, descuenta, de las eventuales sumas que pudieran corresponder a ZZ, las cantidades que esta adeuda contractualmente a XX.

DÚPLICA DE ZZ

327. A fojas 354, comparecen don AB4 y don AB1, abogados, en representación de ZZ duplicando en estos autos.

328. Como una primera consideración, ZZ dice reconocer plenamente la relación contractual que liga a las partes, contrariamente a lo que ha afirmado, en ese respecto, XX. Hace presente que ella se inició con ocho meses de antelación a la firma del contrato escrito, el 21 de julio de 2008, y que reconoce su valor de ley para los contratantes, de conformidad con el Artículo 1.545 del Código Civil. Agrega que lo ha cumplido atendiendo a las pautas de buena fe, a las que se refiere el Artículo 1.546 del mismo código. Justamente por ello dice, el centro comercial se encuentra en pleno funcionamiento. Ese mismo respeto contractual la llevó a esta instancia arbitral.

329. ZZ reconoce que ha suscrito un contrato de arquitectura, ingeniería de detalle, suministros y construcción de monto fijo, modalidad EPC, contrato que recaía sobre un centro comercial de más de 100 mil metros cuadrados construidos, el que debía quedar concluido dentro de un plazo de 275 días. Agrega que para que ZZ pudiera cumplir con dicho plazo era indispensable aprovechar las ventajas de este tipo de contrato, por los ahorros de tiempo a que da lugar, mediante el avance simultáneo en las etapas iniciales de construcción de las obras y del desarrollo de la ingeniería de detalle.

330. Indica que para que la modalidad EPC sea plenamente eficaz, es indispensable que el Mandante deje de formular modificaciones en algún momento dado; si el Mandante no cumple con esta obligación, no podrá exigir, al contratista, el cumplimiento dentro de plazo. Agrega que esta exigencia estaba incorporada dentro de la naturaleza del contrato modalidad EPC. Agrega que, además se consideró, en la redacción de los borradores iniciales, que las modificaciones a la arquitectura básica no podrían ser posteriores al 30 de noviembre de 2007, ya que ZZ se obligaba a entregar el 31 de agosto de 2008, si XX no introducía nuevos cambios desde la fecha convenida.

331. Despliega, a continuación, un cuadro en el cual señala la evolución de los distintos borradores del contrato, en el período que va entre noviembre de 2007 y marzo 2008. En ellos se consigna una cláusula, 8ª, del siguiente tenor: “Sobre la base de que a partir del 30 de noviembre de 2007, no se producen modificaciones sobre la arquitectura básica, la Constructora deberá concluir la totalidad de las obras y trabajos encomendados el día 31 de agosto de 2008”.

332. Indica que la historia posterior señala que XX no respetó su parte en el contrato y que introdujo diversas modificaciones en la arquitectura básica. De allí que, a partir de febrero de 2008, se iniciaran negociaciones, a fin de extender el plazo ya que, en tales condiciones, ZZ no se encontraba en situación de cumplir, dentro del término pactado. Es así como se llegó al plazo del 7 de noviembre de 2008, con una extensión de 68 días,

sujeta al mismo condicionamiento, dice, entre la fecha de la entrega de la obra y el grado de definición del proyecto, a nivel de ingeniería básica. Señala que, con posterioridad a la extensión del plazo, XX continuó introduciendo modificaciones, las que fueron ejecutadas por ZZ, en la convicción de que la Mandante pagaría su costo directo y reconocería su impacto, extendiendo el plazo del contrato. Indica que, por supuesto, XX conservó la facultad de introducir modificaciones, pero que no podría pretender que tales cambios no incidieran en el plazo final.

333. ZZ postula que cumplió el contrato. Efectivamente, indica, construyó el centro comercial, el cual fue abierto al público el 28 de noviembre de 2008 e inaugurado oficialmente el 9 de enero de 2009. Desde entonces, XX usa y goza del centro comercial a su completa satisfacción.

334. Tratándose de la fecha de entrega, ZZ indica que, efectivamente, la obra no fue terminada dentro del plazo pactado del 7 de noviembre del año 2008, pero que ello no fue por culpa suya, sino por hechos de la Mandante. Señala al respecto que XX estaba contractualmente facultada para introducir cambios, cuestión que no ha discutido, pero que el ejercicio de esta misma facultad la hace responsable de sus consecuencias, esto es, la imposibilidad de recibir el centro comercial en el término pactado.

335. Tocante al cumplimiento de los hitos parciales expresa que, no obstante haber indicado XX que aplicaría dos multas, durante el transcurso del contrato, la única que se aplicó fue aquella comunicada a ZZ, por carta del 16 de febrero de 2009, relacionada con la mora en la entrega del centro comercial.

336. Tratándose de los restantes incumplimientos imputados por XX, hace presente que ZZ siempre dispuso de la mano de obra necesaria y adecuada para cumplir con sus obligaciones y que, desde marzo de 2008, puso en práctica un programa de aceleración, de modo de permitir la apertura del Mall el 28 de noviembre de 2008. Señala que existe un registro puntual de las jornadas extendidas, de los trabajos en turno y los turnos de noche. En relación a las obras no ejecutadas o encargadas a terceros, por haberse ejecutado incorrectamente, hace presente que nunca se pusieron en su conocimiento y que, respecto incumplimiento de las normas de higiene y seguridad, colaboró con la Mandante, a fin de ayudarlo en la formulación de sus descargos, en el sumario que se instruyera en su contra.

337. ZZ alude, enseguida, a la recepción provisoria de las obras. Indica que esta es, en la práctica, un acto de la Mandante que tiene lugar a petición de la contratista. Sostiene que la recepción provisoria no puede depender exclusivamente de la voluntad unilateral de XX. Su interpretación de los hechos, dice, obedece a su interés de mantener en su poder la retención correspondiente a la garantía contractual y, asimismo, mantener vigente la caución bancaria. Insiste en que no ha solicitado una nueva recepción provisoria, por cuanto esta constituiría un argumento en su contra, que sería aprovechado por XX. Agrega que la actuación de la Comisión Receptora no es sino un formalismo, cuestión que contradice la actitud de la Mandante que, por su parte, ha sido muy renuente a cumplir con los formalismos que a ella corresponden.

338. Se refiere, a continuación, a la modificación que XX ha mostrado en su posición, con respecto de las obras adicionales y extraordinarias. Señala que originalmente había reconocido haber encargado y aprobado obras adicionales o extraordinarias por un total de UF 139.374,26, pero que ahora pretende reducirlas, circunscribiéndolas exclusivamente a las obras físicas. Rechaza esta interpretación del contrato, ya que precisamente, por su naturaleza de contrato de prestación de servicios, incluye el diseño de la ingeniería básica y de la arquitectura e ingeniería de detalles, cuestiones todas que están ligadas a las modificaciones que se introduzcan en el proyecto, independientemente del costo de su ejecución material.

339. En cuanto al deber de diligencia de la Constructora, señala que la obligación pactada de proveer materiales y mano de obra de primera clase, no implica más que cumplir el contrato, haciéndose responsable de culpa leve. No se podría deducir de esa estipulación que el deudor se obliga por la culpa levisima. Comenta que la pretensión de XX, de exigir ese grado de culpa, solo sería relevante para el caso en que se

pretendiera aplicar la multa sin límites, según lo contratado, situación en la cual la Mandante debería probar la culpa grave de ZZ.

340. ZZ se refiere, a continuación, a sus gestiones en la adquisición del acero y al alegado enriquecimiento que le imputa XX por sus gestiones en la materia. Indica que, en efecto, las partes previeron la posibilidad de que el precio del acero experimentara un alza importante, en el transcurso de la construcción de la obra y para ello pactaron una cláusula específica. Lo que las partes no previeron fue que se produjera, además, un desabastecimiento en el mercado nacional. Hace presente que solucionó, por su cuenta, los problemas originados en esta circunstancia, importando acero de fuera de Chile e introduciendo modificaciones en la técnica constructiva. Todo ello le acarreó mayores costos que contractualmente son de cargo de la Mandante. A mayor abundamiento indica que, dado que XX no le hizo entrega oportuna del anticipo, según se había convenido verbalmente, ZZ no pudo adquirir la totalidad del acero, al inicio de las obras, con lo cual habría evitado la situación descrita.

341. Se hace cargo, a continuación, de la imputación que le hace la Mandante relacionada con la caída de una parte del revestimiento exterior del centro comercial. Comenta que la publicidad del hecho no tuvo mayor trascendencia y que la alegada necesidad de aumentar los gastos de publicidad, por parte de TR1, no constituye un perjuicio.

342. Comenta, finalmente, que resulta improcedente que XX pida el otorgamiento de una boleta de garantía bancaria con posterioridad a la conclusión del juicio arbitral.

PRUEBA

343. Por resolución de fecha 1 de diciembre de 2009, escrita a fs. 373 se recibió la causa a prueba fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los que figuran en su texto. Ambas partes interpusieron recursos de reposición, los que fueron acogidos parcialmente, según resolución de fecha 21 de diciembre de 2009, escrita a fs. 387, la cual, a fin de facilitar la rendición de la prueba, contiene un texto refundido.

344. Las partes rindieron prueba documental. Por regla general, el Tribunal atribuyó valor probatorio de plena prueba a los instrumentos públicos y a los privados no objetados, con respecto de quienes aparecen emitiéndolos o suscribiéndolos. A los demás documentos, según se indica en cada caso, cuando se le atribuye mérito probatorio, lo fue como base de una presunción judicial. Los documentos que no se mencionan en la parte considerativa de esta sentencia, o bien fueron antecedentes que el perito consideró en su informe, y su valor queda subsumido por aquél, o resultaron, a juicio del Árbitro, de menor significación o irrelevantes para la resolución del asunto. La sola objeción del documento sin que se fundara en algún antecedente específico, debidamente establecido ante el Tribunal, no fue causa suficiente para restarle el mérito que se indica precedentemente.

345. Se rindió prueba testimonial. Declararon, por XX, los señores: R.C., a fs. 415, J.F., a fs. 424, J.C., a fs. 431, S.R., a fs. 577, F.C., a fs. 585, G.N., a fs. 600, R.B., a fs. 603, C.R., a fs. 617 y M.E., a fs. 621. Por ZZ lo hicieron los señores: A.L., a fs. 442, L.A., a fs. 456, R.D., a fs. 460, J.M., a fs. 496, A.A., a fs. 500, F.B., a fs. 566; S.V., a fs. 570, R.Y., a fs. 574, S.N., a fs. 582, M.B., a fs. 590 y M.D., a fs. 615.

346. En razón de las facultades del Árbitro, no se formularon tachas a los testigos, pero para apreciar su situación personal con respecto de la parte que los presentaba, fueron examinados por el Tribunal y por la correspondiente parte contraria.

347. La parte de XX presentó como testigo a don M.E. quien, a fs. 63 de este expediente aparece conduciendo la representación judicial de XX. Por lo que ZZ al momento de prestar declaración le atribuye la

condición de parte, lo que a su juicio le impide asumir el rol de testigo, ya que la declaración de parte corresponde a un medio probatorio diverso, cual es la confesión en juicio. En opinión de ZZ de permitirse la declaración de este testigo se produce -en equidad- un grave desequilibrio probatorio en su contra. El Tribunal desechó, en su momento, la oposición de la parte referida y dispuso que se oyera al señor M.E., sin perjuicio de indicar que en la ponderación de su declaración tendría en cuenta las circunstancias anotadas por las partes.

348. Razonando en equidad, este Arbitrador estima que la negativa a oír al señor M.E. habría privado a XX de un testigo bien informado, en razón de las funciones que desempeñara en el Proyecto y cuya veracidad no puede ser descartada *ab initio*. Sin embargo, el Tribunal asumirá una actitud algo escéptica respecto de sus dichos. Con todo, su declaración será ponderada cuidadosamente y su mérito, en su caso, dependerá de su concordancia con los otros elementos probatorios que obran en este proceso.

349. Por último, el argumento de que el señor M.E., por conducir la representación de una de las partes solo puede declarar confesando en juicio, carece de fuerza, ya que en la hipótesis de la confesión solo podría declarar si la contraparte lo requiere y únicamente sobre lo que ella determinare en el pliego de las posiciones.

350. Con fecha 12 de enero de 2010, el Tribunal, acompañado por los abogados de las partes, practicó una inspección personal al centro comercial objeto de esta litis. A fs. 413 se estampa constancia de esta diligencia.

351. Se produjo la prueba pericial. El Tribunal designó al ingeniero señor PE, por resolución de 15 de enero de 2010, quien se dio por notificado y juró el cargo el 19 del mismo mes y año, al pie de la resolución que lo nombra. Su informe fue evacuado con fecha 27 de mayo de 2010 y puesto en conocimiento de las partes por resolución de fecha 3 de junio de 2008, a fs. 649, las cuales formularon sus observaciones mediante sus escritos que rolan a fs. 654, el de ZZ y a fs. 678, el de XX.

352. Por resolución de fecha 16 de junio de 2010, escrita a fs. 699 se dispuso que las partes, de estimarlo necesario, hicieran observaciones a la prueba. Las partes lo hicieron con sus escritos de fs. 704, ZZ y 723, XX.

353. Por resolución de fecha 2 de julio, a fs. 732, el Árbitro citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA PRUEBA

Valor probatorio de los documentos

Uno. **Que atendida la naturaleza y variedad de los documentos acompañados por las partes en esta litis y la distinta significación que tienen para la resolución del juicio, y considerando especialmente las facultades de este Arbitrador, como se dijo, en el análisis que se haga de la prueba, solo se hará referencia a aquellos documentos que resultaren relevantes y se considerará, en cada caso, el mérito probatorio que se les atribuya.**

Valor probatorio de la testimonial

Dos. Que atendidas las facultades de Arbitrador de que está investido el Árbitro, en este fallo no se considerarán las tachas, para establecer la habilidad de los testigos. Con todo, en aquellos casos en que se utilizan las declaraciones de alguno de ellos, se consigna si el testigo es o no dependiente de quien lo presenta o tiene, con aquella parte alguna relación que pueda incidir en su independencia.

Tres. Que justifica esta decisión el hecho que, en situaciones como las que originan este juicio es muy difícil contar con testigos suficientemente informados, que hayan presenciado los hechos o participado en ellos, sin estar relacionados de algún modo con las partes del contrato.

EN CUANTO AL FONDO

Cuatro. Que este juicio tiene por objeto determinar si el contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción Monto, Fijo Garantizado, Modalidad EPC, celebrado por las partes, XX y ZZ, ha sido debidamente cumplido por ellas o si debe estimarse concluido por los incumplimientos que las partes se atribuyen recíprocamente. Como consecuencia de lo anterior las partes esperan, cada una, las declaraciones que, en cada caso solicitan, ser pagadas por las sumas que se le adeudan, restituidas en las cantidades que reclaman, e indemnizadas por los perjuicios que dicen haber experimentado. XX solicita, además, que el Tribunal disponga la constitución de una garantía de buen funcionamiento de las obras, por el período que indica.

Cinco. Que bajo la designación de contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministros y Construcción por un Monto Fijo Garantizado, Modalidad EPC, las partes celebraron un contrato legalmente innominado, que corresponde a una modalidad o especie del contrato de construcción por una suma alzada. Como se sabe, esta última es una forma de contratación que es ampliamente conocida y aplicada en nuestro medio, especialmente para la construcción de obras inmuebles. El texto mismo del contrato corre agregado a fs. 5 y siguientes. Fue ZZ quien propuso a XX la celebración de esta modalidad de contrato, el que resultó atractivo para la Mandante, como se verá, en razón de las economías de tiempo que permitía.

Seis. Que ambas partes han manifestado su irrestricta adhesión al tipo de contrato que han celebrado y han hecho hincapié en que lo que constituye esencialmente a esta modalidad del contrato de construcción es que, el encargo que el Mandante hace al contratista, es de una amplitud significativamente mayor al que usualmente se efectúa, en las otras modalidades del contrato de construcción aplicadas en el mercado. En efecto, en este caso, el objeto de la contratación comprende el desarrollo de toda la ingeniería y de toda la arquitectura de detalles de la obra, limitándose el Mandante a aportar la arquitectura conceptual y las especificaciones del proyecto. Esta forma de contratación, en inglés, se la identifica por las iniciales EPC, por Engineering, Procurement & Construction. Esta modalidad se conoce también como de "llave en mano", expresión muy gráfica, que implica que la obra se encuentra de tal modo definida en la formulación del encargo, que el propietario, luego de hacerlo, no tiene más participación que recibirla ya enteramente concluida y funcionando.¹

Siete. Que en nuestro caso, las partes también están contestes en lo sustancial del contrato, esto es, en cuanto a los derechos y obligaciones que han contraído por su intermedio, pero discrepan, por cierto, en cuanto a la extensión de dichos derechos y obligaciones y en cuanto al grado y oportunidad de su cumplimiento. También existe acuerdo en cuanto a que el contrato vigente entre las partes preexistió a su formulación escrita, fechada el 21 de julio de 2008, que rola, como se ha dicho, a fs. 5 de estos autos, ya que ambas lo consideran iniciado con la entrega del terreno que XX hizo a ZZ, el 7 de diciembre de 2007.

¹ Ver: Huse, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts* segunda edición, Sweet & Maxwell, Londres 2002.

Ocho. Que sin perjuicio del análisis más pormenorizado que se hará más adelante en este fallo, con respecto a los derechos y obligaciones contraídas por las partes -en cuanto a su ejercicio y cumplimiento- a fin de resolver sobre sus peticiones específicas resulta necesario inicialmente, a juicio de este sentenciador, identificar el nudo o centro de la disputa, ya que una vez hecho esto, resultará más fácil y más transparente el razonamiento que se seguirá en el momento de fallar respecto de las peticiones específicas de cada una de las partes.

Nueve. Que el núcleo de la disputa está vinculado a dos grandes cuestiones de Derecho Contractual que, en este caso se encuentran íntimamente ligadas entre sí, pero que son diversas: Una que se relaciona principalmente con la interpretación de los contratos y su ejecución de buena fe; en el caso particular, lo concerniente a la determinación del sentido, alcance y aplicación de la facultad para introducir modificaciones en la obra, que la cláusula séptima confiere a XX. La segunda se vincula con la tipificación legal del contrato que celebraron las partes, bajo la denominación de EPC y las consecuencias que su modificación puede producir en los efectos del mismo.

Diez. Que en lo que toca a la referida cláusula séptima, hay que tener presente que bajo el título de “modificaciones del monto del contrato”, las partes convinieron: “Toda vez que el Mandante, estime necesario y conveniente para los fines del proyecto en ejecución, podrá disponer cambios en la forma de ejecución, ubicación, cantidad, especificación y dimensiones de cualquier parte o componente del proyecto”. Continúa indicando, luego de definir el procedimiento aplicable a ellas, que dichas modificaciones... “se clasifican en Obras Adicionales y Extraordinarias”... las cuales “no alterarán el plazo de ejecución de las obras, así como tampoco los gastos generales y utilidad del presupuesto”... salvo en los casos que la misma cláusula señala.

Once. Que el sentido y alcance que se atribuya a esta cláusula será muy relevante para resolver, entre otras materias, en torno a la vigencia o terminación del contrato; los plazos del mismo; el pago de ciertas obras adicionales o extraordinarias; los gastos generales y la utilidad; las multas; las restituciones y demás indemnizaciones. Cuestiones todas que son fundamentales para resolver las peticiones de las partes, en circunstancias que estas muestran discrepancias significativas en cuanto a ellas.

Doce. Que esta cláusula, tomada aisladamente en el texto, produce un sentido bien preciso: Configura una facultad para el Mandante que puede ejercer incondicionadamente, ya que puede hacerlo “toda vez”, es decir, siempre que *estime* necesario o conveniente disponer los cambios para los fines del proyecto. Así lo ha entendido XX.

Trece. Que, con todo, hay que tener en cuenta que nuestro sistema de interpretación de los contratos (contenido, como se sabe, en el título XII del Libro IV del Código Civil), que correctamente es calificado de subjetivo, lo literal de las palabras empleadas por las partes, no constituyen la regla suprema de hermenéutica, sino que esta debe considerar prioritariamente su intención y, además, en ciertos casos, preferir los otros elementos que el mismo Código considera.

Catorce. Que la intención básica de las partes, según han manifestado coincidentemente en sus escritos, fue la celebración de un contrato que fuera capaz de reducir el tiempo de desarrollo del Proyecto, de modo de tener el centro comercial en funciones, para la temporada de ventas de la Navidad de 2008. Tal finalidad se podía conseguir, según informó ZZ en su momento, mediante la modalidad EPC que, por concentrar en una sola mano la ingeniería, la arquitectura y la construcción del Proyecto, permitía superponer etapas que, de otra forma, son estrictamente secuenciales en el proceso de construcción.

Quince. Que, por otro lado, como se ha dejado establecido en la sección expositiva de esta sentencia, las partes están contestes en que han celebrado un contrato de construcción, que responde a una modalidad específica que se caracteriza, como se ha dicho, por la limitada intervención del Mandante durante el desarrollo de la obra y por la libertad del contratista para ejecutar, dentro de las definiciones y

especificaciones técnicas proporcionadas por aquél, la obra encomendada. Esta es la razón por la cual es de la esencia de esta modalidad la adecuada y precisa definición del encargo.

Dieciséis. Que, con todo, las discrepancias surgidas en la aplicación del contrato, vista la calidad y experiencia de las partes y las características del Proyecto –se trata de un inmueble de proporciones, destinado a ser arrendado a terceros, los cuales pueden imponer condiciones particulares, exigidas por su giro- no permiten pensar que haya habido ignorancia o inadvertencia, en alguna de ellas, al elegir los términos usados en la escrituración del contrato relativo a la construcción del mall y, particularmente, en el texto de la cláusula séptima referida. Lo anterior lleva a concluir, necesariamente, que nos encontramos frente a una ambigüedad en la cual una de las partes, al contratar, estimó que podría hacer uso de su facultad de introducir modificaciones con entera libertad y la otra que asume que tal libertad debería ejercerse de modo que no interfiriera con la posibilidad de cumplir oportuna y cabalmente con sus obligaciones, para lo cual debía contar con un proyecto bien definido en un plazo razonable.

Diecisiete. Que no estamos aquí en presencia de un error que vicia el consentimiento y es capaz de producir la nulidad del contrato. Se trata más bien de un desencuentro, entre las partes, acerca de lo que entiende cada una, con respecto al ejercicio de una de las facultades, entre las muchas que les confiere el contrato. El Derecho del Common Law tiene una expresión muy gráfica para describir esta situación: Ello ocurre cuando no se ha producido lo que denomina un “meeting of the minds”, esto es, el encuentro o unión de las mentes de las partes.² El Black’s Law Dictionary alude a este elemento contractual, en lo pertinente, del modo siguiente: “El ‘encuentro de las mentes’ requerido para hacer un contrato no está basado en ningún propósito secreto o intención de parte de una de las partes, guardado en su mente, y no traído a la atención de la otra, sino debe estar basado en un propósito y una intención que se ha hecho conocida o que en razón de todas las circunstancias (de la contratación) debería ser conocida”.

Dieciocho. Que esta ambigüedad es percibida muy certeramente por el testigo L.A., a fs. 456, presentado por ZZ, pero no relacionado a ninguna de las partes, quien declara: “A nuestro juicio se intentó usar un contrato EPC sin entender exactamente las implicancias que esto tiene en relación al Mandante y al contratista, normalmente en este tipo de contratos se entregan especificaciones de desempeño y a lo más un diseño preliminar y después se deja en libertad al contratista para completar los diseños. Para que el Mandante pueda efectivamente aprobar o revisar los diseños finales y reservarse el derecho a efectuar cambios, se requiere de un procedimiento claramente establecido que aparentemente no existía en este caso”.

Diecinueve. Que ninguna de las reglas del título XII del Libro IV del Código Civil proporciona un método práctico para solucionar la ambigüedad anotada. Ya se ha visto que la intención de las partes no es completamente compartida, por lo que no podemos recurrir a ella (Artículo 1.560). La naturaleza del contrato no repugna, en principio, la estipulación en análisis (Artículo 1.563 inciso primero). Tampoco una interpretación sistemática, relacionando unas cláusulas con otras (Artículo 1.564 inciso primero) conduce a resultado. En fin, no queda sino concluir que estamos ante una auténtica laguna contractual que, justamente por ser tal, no se puede colmar con las reglas legales de interpretación.

Veinte. Que, afortunadamente, para solucionar el problema creado por este vacío normativo existe otra importante regla en el Código Civil, esta vez en el Artículo 1.546, que dispone que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Esto lleva necesariamente a revisar el problema en la perspectiva de la buena fe contractual.

² Black’s Law Dictionary, Sixth Edition, West Publishing Co., Saint Paul Minn. 1990. También, Fuller L. Lon and Braucher, Robert, *Basic Contract Law*, American Casebook Series, West Publishing Co. St. Paul Minn. 1964, p. 86 y ss.

Veintiuno. Que para los efectos de su análisis, el precepto del Artículo 1.546 del Código Civil, puede descomponerse en dos reglas que están íntimamente relacionadas entre sí, pero que miran a dos aspectos distintos del cumplimiento contractual: Una de ellas está destinada preferentemente a definir el universo normativo al que se integra el contrato que se debe aplicar; mientras que la otra mira a la actitud que el contratante debe tener, al cumplir el contrato.

Veintidós. Que la regla relativa a la integración presupone que el contrato, en definitiva, no obstante ser una ley privada, cuyo valor normativo se dirige principalmente a las partes que lo celebran (Artículo 1.545 Código Civil), se integra al ordenamiento jurídico general. Por tal razón, deben entenderse incorporadas al contrato, no solo las reglas expresamente convenidas por quienes lo celebran, sino que también todas las que forman parte del ordenamiento jurídico nacional y resultan relevantes a la correspondiente figura contractual, sea que se encuentren expresadas en la ley o en la costumbre o que pertenezcan a la naturaleza de la obligación respectiva.

Veintitrés. Que el Artículo 1.546 contiene, además, una regla que se dirige más que a las fuentes que determinan el contenido del contrato, según se acaba de ver, al modo como las partes deben cumplir las obligaciones que integran ese contenido material. En efecto, la regla en comentario emplea la expresión “*ejecutarse de buena fe*”, indicando cómo deben cumplirse los contratos y agrega que a consecuencia que ello ... “y por consiguiente”... obligan no solo a lo que en ello se expresa sino a lo que ... etc.

Veinticuatro. Que es interesante tomar nota del empleo del verbo *ejecutar* en este contexto: No parece, obviamente, ser usado del modo como lo hacemos en el lenguaje jurídico habitual, según el cual se tiende a usar tal verbo como sinónimo del cumplimiento forzado de una obligación. En el contexto del Artículo 1.546 del Código Civil, este verbo debe entenderse en alguna de sus otras acepciones más relacionadas con la conducta propia del sujeto que actúa o debe actuar, en razón del contrato; así, el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, indica, como otros sentidos para el verbo ejecutar: “poner por obra una cosa”, o “desempeñar con arte y facilidad alguna cosa” (acepciones segunda y cuarta, en este sentido no es muy distinto de “ejecutar” una obra musical, por ejemplo).

Veinticinco. Que el empleo del verbo ejecutar, en el artículo referido, no es fortuito. En efecto, el texto de código de Napoleón, que le sirve de fuente, el Artículo 1.134, consagra, en sus dos primeros incisos, la idea de que el contrato constituye una ley para las partes. En su inciso final establece el principio de buena fe contractual. Dice: “elles (las convenciones), doivent, être exécutés de bonne foi”... el verbo “exécuter” puede traducirse como “ejecutar, desempeñar, llevar a efecto, practicar, efectuar, poner en obra”, acepciones enteramente coincidentes con las incluidas en la voz castellana de ejecutar.

Veintiséis. Que de este modo, que el contrato deba ejecutarse de buena fe, significa que el contratante, al poner en obra aquello a que está obligado, debe hacerlo de un modo particular: Debe actuar leal, correcta y honestamente (en esto la buena fe jurídica no es muy distinta de lo que supone el uso vulgar de la misma expresión).

Veintisiete. Que, por lo mismo, la ejecución de buena fe de un contrato supone, en la perspectiva del acreedor, que puede exigir su derecho plenamente, pero sin abusar de él o sin ocasionar un daño al deudor con ocasión del cumplimiento. En la perspectiva del deudor, supone cumplir con lo que se ha comprometido cabalmente, sin trampas ni reticencias.

Veintiocho. Que “*mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad*”, -dice el profesor Jorge López Santamaría³. “*En sede no jurídica designa una persuasión subjetiva interna (de*

³ López Santa María, Jorge, *Los contratos*. Parte general, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo II, pág. 397).

carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. *Proyectada al terreno del derecho civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde*". Continúa el autor: "A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aprecia en concreto, por el sentenciador, mediante una averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia in abstracto, prescindiendo el Juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar, él, la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos, y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable".

Veintinueve. Que resulta particularmente ilustrativa la cita que Jorge López hace, en su obra ya referida, sobre los contratos, de Andreas von Tur: "El campo de aplicación de la buena fe en materia de obligaciones no puede deslindarse mediante reglas taxativas, necesariamente hay que dejar al tacto jurídico y al sentido práctico del Juez el decidir cuándo y en qué medida cabe apartarse de la letra del contrato en vista de las circunstancias del caso concreto y él es quien ha de buscar la solución que mejor se acomode a la voluntad real de las partes y a sus legítimos intereses y que más cumplidamente satisfaga el sentimiento jurídico de las personas razonables y entendidas. Por eso la aplicación del derecho no es un simple problema lógico, sino también un arte que solo puede enseñar la experiencia".⁴

Treinta. Que este sentenciador estima que la norma contenida en el Artículo 1.546 de Código Civil constituye una directriz para el Juez, que le ordena evaluar el modo cómo el contratante, en el caso que juzga, ha dado cumplimiento a la prestación, comparándolo con el estándar de buena fe y, también, cómo el acreedor de la obligación ha perseguido su cumplimiento, de acuerdo al mismo estándar.

Treinta y uno. Que por esta vía, el estándar de buena fe pasa a formar parte y completar el contenido mismo de la obligación. Por consiguiente, el cumplimiento o el requerimiento de cumplir fundado en el puro tenor literal de la obligación puede o no constituir la correcta ejecución del contrato, dependiendo de cómo se ha exigido o cumplido y si se ha tenido en cuenta la real naturaleza de la obligación y los deberes que, por la ley o por la costumbre, forman parte del cumplimiento íntegro de ella.

Treinta y dos. Que existe jurisprudencia consistente de nuestros Tribunales superiores en materia de aplicación de la regla del Artículo 1.546 del Código Civil, en el preciso sentido señalado. Pialy Ltda. con Selame y Cía., C. de Apelaciones de Valparaíso, 7 de septiembre de 1987, Gaceta Jurídica N° 88, 1987, pág. 43; Banco de Santiago, Recurso de Queja, Corte Suprema, 29 de julio de 1991, Silegal N° 200-91; Soffia con Municipalidad de Valparaíso, Corte Suprema, 16 de marzo de 1929, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, sección 2ª, pág. 190; Pérez M. Enrique con Valdés O., Pablo, Corte Suprema 30 de diciembre de 1964, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXII, sección 3ª, pág. 9; Morales Arce, Rafael, con Del Sante Moreno Jorge, Corte de San Miguel, 4 de marzo de 1988, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, sección 2ª, pág. 9.

Treinta y tres. Que a juicio de este Árbitro no puede discutirse que XX está dotada contractualmente del derecho para introducir modificaciones al proyecto y que la oportunidad para hacerlo no está restringida a una época temprana, como al parecer se planteó en los borradores previos a la escrituración del contrato y se ha sostenido por ZZ en este juicio. Esa facultad está expresamente estipulada en la cláusula séptima, sin restricciones o limitaciones.

Treinta y cuatro. Que, con todo, el ejercicio de esta facultad, al igual que cualquiera otra nacida del contrato, debe efectuarse de buena fe, según se ha postulado en los motivos anteriores, esto es, con rectitud,

⁴ López Santa María Jorge, op. cit. pág. 403.

corrección y lealtad, de modo que la modificación que se introduzca pueda efectivamente ser ejecutada por la contraparte, dentro de un lapso de tiempo posible y con los recursos convenidos.

Treinta y cinco. Que en la perspectiva de la buena fe, este Árbitro reconoce la facultad de XX para introducir modificaciones en la obra, limitada, sin embargo, por la buena fe contractual, la cual impone el deber de no exigir el derecho de un modo que impida a la otra cumplir oportuna y debidamente con sus demás obligaciones.

Treinta y seis. Que la segunda cuestión que hay que resolver, como se anunciaba más arriba, se relaciona, también, con el tipo de contrato que celebraron las partes. Como se sabe, la noción de tipificación de los contratos o, lo que es lo mismo, la existencia de una categoría de contratos calificados tradicionalmente como “nominados”, alude a contratos en los cuales las normas jurídicas han creado unos estatutos estándar, que permite a los contratantes ahorrarse el esfuerzo de convenir todos y cada uno de los efectos que desean obtener, por medio del convenio que han celebrado. De este modo, si las partes han celebrado un contrato de compraventa, no necesitan expresar cuáles son las obligaciones del comprador y del vendedor, ni las responsabilidades que este último adquiere respecto de la calidad de lo vendido, o en la defensa del dominio que dice transferir al comprador. Bastará recurrir al Título XXIII del Libro IV del Código Civil para conocer los derechos, obligaciones y cargas que resultan para cada uno de los contratantes.

Treinta y siete. Que, en línea con lo anterior, hay que indicar que nuestro sistema de contratación se funda en el principio de la autonomía contractual, según el cual la voluntad bilateralmente expresada, tiene la aptitud de crear los contratos tipificados y también para modificarlos o crear estatutos contractuales parcial o totalmente originales, todos ellos con fuerza obligatoria para las partes. Dice el Artículo 1.545 del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Esta libertad contractual no se da solo en el momento de la creación del contrato, sino también durante su vigencia, e incluso para su conclusión, pues el estatuto contractual puede ser alterado según convengan los contratantes.

Treinta y ocho. Que, en cierto modo, se puede decir que el mencionado Código reconoce o delega, en las personas, la capacidad de darse estatutos obligatorios para ellas, con la fuerza que tiene la ley: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”...

Treinta y nueve. Que por cierto esta delegación o reconocimiento no son incondicionados, sino que deben ajustarse a los elementos que el propio Código define. Dice el Artículo 1.444: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no producen efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Cuarenta. Que es un hecho no disputado que las partes celebraron un contrato por medio del cual XX encomendó a ZZ... “la dirección, administración, ejecución y construcción de todos los trabajos que demanden la total y completa ejecución del proyecto hasta obtener la recepción provisoria de ellos por parte de XX”...

Cuarenta y uno. Que tal contrato correspondía, según las partes, como ya se dijo, al que se conoce en nuestro medio como contrato de construcción modalidad EPC, esto es, aquel contrato en el cual el contratista se hace cargo de todas las tareas implicadas en la construcción, incluyendo la arquitectura e ingeniería de detalles, el suministro de los materiales y de la mano de obra, la dirección en la ejecución del proyecto, limitándose el rol del Mandante al financiamiento de la obra, el suministro de los equipos de elevación, en este caso, y a la recepción provisoria, en su momento.

Cuarenta y dos. Que a juicio de este Árbitro, especialmente por su extensiva aplicación en los contratos de ingeniería, la modalidad EPC ha devenido, con el tiempo, en un contrato nominado, cuyos elementos esenciales y de la naturaleza se pueden encontrar no en la ley, sino en la costumbre, la cual es aplicable, en este caso, en virtud del Artículo 1.546 del Código Civil, que remite a la costumbre como elemento integrante de las obligaciones y, también, según dispone el inciso tercero del Artículo 1.563 del mismo Código. Según esta última disposición, al interpretar un contrato hay que considerar las cláusulas de uso común, ya que ellas se presumen integrar el contrato, sin necesidad de que se expresen.

Cuarenta y tres. Que, a mayor abundamiento y para evitar cualquier duda, la intención manifiesta de las partes fue celebrar esta modalidad de contrato de construcción por una suma fija. Así surge inequívocamente de la génesis del contrato, tal como la presentan las partes en sus escritos de la fase de discusión y con la denominación que le dan al texto del contrato escrito: “contrato de Arquitectura, Ingeniería de Detalles, Suministro y Construcción. Monto Fijo Garantizado Modalidad EPC”.

Cuarenta y cuatro. Que, con todo, las partes de un contrato pueden modificar el estatuto legal o consuetudinario de un contrato para adaptarlo a sus necesidades específicas, pues el Artículo 1.444 las autoriza para excluir, por medio de cláusulas especialmente convenidas, los elementos que formarían parte de su naturaleza si las partes nada dijeran. Las partes, no obstante, no pueden prescindir de los elementos de la esencia -que considera el mismo artículo- porque su omisión podría acarrear su nulidad, o bien, hacer que el contrato degenerare en...“otro contrato diferente”... que es lo que en parte ha ocurrido en la especie, en opinión de este Árbitro.

Cuarenta y cinco. Que, en efecto, las partes voluntariamente, por cierto, introdujeron la cláusula séptima, cuyo inciso primero, como ya se ha indicado, dice: “Toda vez que el Mandante, estime necesario y conveniente para los fines del proyecto en ejecución, podrá disponer cambios en la forma de ejecución, ubicación, cantidad, especificación, y dimensiones de cualquier parte o componente del proyecto. Estos cambios serán solicitados por escrito a la Constructora y las modificaciones o aumentos de obra serán siempre autorizadas en forma escrita por el propietario y/o ITO en el Libro de Obras... Por su parte, el inciso cuarto de la misma cláusula dispone: “Las Obras Adicionales y Extraordinarias (que fueron definidas en los incisos precedentes), no alterarán el plazo de ejecución de las obras, así como tampoco los gastos generales y utilidad del presupuesto, siempre que la variación porcentual del volumen de trabajo contratado, en relación al total de las obras y trabajos originalmente encomendados en razón del presente contrato, sea menor o igual a un 10% de ellos y no se afecte la programación de la Obra”.

Cuarenta y seis. Que la estipulación transcrita es perfectamente lícita, pero tiene el efecto a que hace mención el Artículo 1.444 del Código Civil: Hace que el contrato objeto de esta litis degenerare en otro contrato innominado distinto, en parte, del EPC, ya que deja abierta la posibilidad al Mandante de introducir modificaciones en el encargo en forma incondicional y sin límite en el tiempo.

Cuarenta y siete. Que la cláusula séptima del contrato se ajusta perfectamente a lo que el testigo M.E., de XX y dependiente suyo, expresa en su declaración a fs. 621: “Que es de la esencia misma del retail la facultad de introducir cambios, explica: Esta es una industria muy dinámica donde dentro de un mall, puede haber más de 200 operadores, varios de ellos con requerimientos distintos que en algunos casos se deben atender”...

Cuarenta y ocho. Que el testigo confunde la esencia del negocio del retail, que ciertamente exige al Mandante una amplia flexibilidad para adecuarse a las exigencias y necesidades de los operadores, con la esencia jurídica del contrato de construcción, modalidad EPC, la que supone una alta definición de las obras, desde el inicio del proyecto. Esta ambigüedad puede explicar el uso que XX diera a su facultad de introducir

modificaciones, durante el desarrollo del contrato; no en vano el testigo es Gerente de proyectos y construcción de la empresa.

Cuarenta y nueve. Que la estipulación en comento incide en la esencia del contrato EPC, ya que permite que el Mandante, a su solo arbitrio, introduzca modificaciones en la obra alterando la conmutatividad, o equilibrio económico inicial, el que solo se produce cuando las prestaciones de ambas partes son equivalentes, según dispone el Artículo 1.441 del Código Civil.

Cincuenta. Que el hecho que una de ellas goce del derecho a introducir modificaciones a la obra hasta el último día del plazo contractual -aunque pague su costo- mientras que la otra deba cumplir con las suyas, dentro de un término fatal, no se corresponde con un contrato conmutativo. En efecto, en la auténtica modalidad EPC, en compensación a su obligación de construir en lapso breve, según la conveniencia del Mandante, la Constructora dispone de la ventaja de contar con un encargo bien definido que le permite superponer las etapas de desarrollo del proyecto. Esta ventaja se puede ir deteriorando en la medida que el proyecto puede ir cambiando durante el proceso constructivo. La conmutatividad inicial, de este modo se ve alterada en perjuicio de la empresa constructora.

Cincuenta y uno. Que es cierto que la noción de conmutatividad tiene un desarrollo más bien restringido en el articulado del Código Civil, el cual la reconoce expresamente solo en los casos de lesión que reglamenta (lesión enorme en la venta de los inmuebles, Artículo 1.888; y siguientes, cláusula penal enorme, Artículo 1.544, lesión en la partición 1.348; limitación del interés corriente, Artículo 2.206; venta en relación a la cabida, Artículo 1.832), lo cual, sin embargo, no puede ser un argumento para limitarla como principio general del derecho y menos para desecharla, en una instancia de equidad como esta.

Cincuenta y dos. Que en los considerandos iniciales de este fallo se planteaba el rol que la buena fe desempeña en la ejecución de los contratos y como este elemento esencial obliga a ejercer los derechos, según indica el Artículo 1.546 del Código Civil, no solo conforme a lo que en ellos se expresa, sino también teniendo en cuenta, entre otros elementos, las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Las partes celebraron un contrato conmutativo cuya naturaleza corresponde a la de un convenio en el que las partes se obligan a dar o hacer cosas que son equivalentes, como indica el Artículo 1.441 del Código Civil.

Cincuenta y tres. Que, por todo lo anterior, una cláusula, que permite a una parte ejercer el derecho a introducir modificaciones en las obras, aunque se pague su costo, sin conceder, correlativamente, un mayor plazo cuando este es exigido por la “naturaleza de la obligación” -para usar las mismas palabras del Artículo 1.546 del Código Civil- es contraria a la justicia conmutativa y debe ser moderada por la exigencia de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos, lo cual llama a la aplicación de la equidad.

Cincuenta y cuatro. Que justamente la equidad, como indica Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, es... “*una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal*”. La aplicación de la equidad permite corregir el resultado injusto de una aplicación rigurosa de la facultad ilimitada de introducir cambios en la economía del contrato.

Cincuenta y cinco. Que, en síntesis, tanto el principio de buena fe como la exigencia de la equidad en las prestaciones del contrato, conducen a concluir que el contrato que media entre las partes no puede otorgar un derecho tan absoluto como el que surgiría de la interpretación literal de la cláusula séptima, con respecto a la facultad de XX de introducir modificaciones. Esta consideración influirá en lo dispositivo de este fallo, a la hora de calificar el contrato y evaluar el cumplimiento, particularmente en lo que dice relación con el plazo, para ejecutar las obras.

Cincuenta y seis. Que concluidas estas consideraciones generales, corresponde pasar al examen de las peticiones de las partes, comenzando con las de XX y siguiendo con las de ZZ, según el orden de presentación de las respectivas demandas.

Cincuenta y siete. Que no obstante seguir más adelante el orden indicado, el hecho que la primera petición de ambas partes suponga emitir un juicio global sobre la suerte del contrato, hace necesario abordarlas conjuntamente. En efecto, XX reclama la resolución del contrato, fundada en el incumplimiento de sus obligaciones, por parte de ZZ. Esta última, a su turno, demanda la declaración de su cabal cumplimiento y la recepción de las obras, para todos los efectos legales.

Cincuenta y ocho. Que para resolver debidamente sobre la suerte del contrato hay que tener en cuenta un elemento común, que atraviesa buena parte de las pretensiones de las partes, que dice relación con el desarrollo del iter contractual y el cumplimiento o incumplimiento del plazo para ejecutarlo.

Cincuenta y nueve. Que en efecto, dentro de la vigencia del contrato, se pueden distinguir dos etapas: La primera que se inicia con la entrega del terreno que XX hace a ZZ, el día 7 de diciembre de 2007, que concluye el 21 de julio de 2008, y la segunda, que se inicia en esta última fecha y que está llamada a concluir el día 7 de noviembre de 2008. En la primera etapa, el contrato existe sin formalidad alguna, es decir, es solo consensual, lo que no impide que sea un contrato. La segunda, toma la forma de un contrato solemne, ya que sus estipulaciones constan ahora por escrito, una de cuyas copias se encuentra incorporada a este expediente a fs. 88 y siguientes.

Sesenta. Que durante la primera etapa, existiendo un acuerdo básico sobre el objeto a construir, su precio y la fecha de conclusión -el 31 de agosto de 2008- y no existiendo un texto escrito que fijara el convenio, las partes desarrollaron una prolongada negociación, para terminar de definir las restantes estipulaciones del contrato. La escrituración del contrato permitió convenir una nueva fecha de término, para el día 7 de noviembre de 2008, prolongando el plazo del contrato por sesenta y ocho días. Esta innovación, a su turno, originó el pago de la suma adicional de UF 29.750, por concepto de gastos generales.

Sesenta y uno. Que, con todo, las partes han discrepado con respecto al estado de ejecución del contrato a la llegada de la fecha de término. XX ha postulado que ZZ no cumplió con sus obligaciones dentro del plazo convenido, esto es, el 7 de noviembre de 2008. ZZ, por el contrario sostiene que ese plazo debe entenderse modificado por las partes, en razón de las modificaciones introducidas en las obras por la Mandante y su aceptación, por ZZ, expresada en la ejecución de las mismas. Esta última postula que las mayores obras no podían ser ejecutadas sin un término que excediera la fecha de 7 de noviembre de 2008 y que, a su juicio, debió prolongar hasta el día 31 de enero de 2009. Por otra parte, la Mandante indica que el plazo convenido en el contrato escrito se fijó en una época en que ya se podía prever el impacto que las principales modificaciones tendrían lugar en el desarrollo de las obras. Su aceptación, por ZZ, implicaba un compromiso asumido con pleno conocimiento de sus consecuencias.

Sesenta y dos. Que, como se ha expresado más arriba en esta parte considerativa (considerando cincuenta y cinco), la sola existencia de un plazo expresado por escrito, en un contrato de la complejidad del que se trata en este juicio, no constituye prueba suficiente de que las partes hayan mantenido su voluntad de que las obras se hallaren terminadas el día 7 de noviembre de 2008. Hay antecedentes que permiten dudar que, en la práctica, ello haya sido así. Todo lo dicho plantea uno de los aspectos más difíciles de resolver, del cual dependen muchas de las otras decisiones que se deberán tomar en este fallo.

Sesenta y tres. Que el origen de la dificultad se encuentra en el hecho que las partes no llevaron -como debían, atendida la importancia y naturaleza del proyecto- un Programa de Obra y así lo ha constatado el perito señor PE, quien afirma que las partes y, lo que es más grave, la propia ITO, omitieron desarrollar un Programa de Obra. Este programa es el documento técnico que fija y da cuenta del desarrollo temporal del

proyecto. Así se señala en el Informe del perito -en lo sucesivo “el Informe”- en la sección 4.2.1 y en los párrafos 7 y siguientes de sus conclusiones. En tales pasajes se destaca que, al comienzo de las obras, en diciembre de 2007, existió un Programa Maestro Inicial, el cual nunca fue actualizado. Ese programa fue sustituido por un Programa Consolidado, a la época de la firma del texto escrito del contrato, el cual tampoco se mantuvo al día. Por último, señala, que existió un Programa de Impactos que fue elaborado exclusivamente por ZZ, el que recoge las modificaciones introducidas por XX en la fase final del contrato.

Sesenta y cuatro. Que el informe pericial, en lo pertinente al Programa de Obra, concluye que en razón de lo anterior... “al no existir la correspondiente retroalimentación al programa, no se pudo establecer si la ruta crítica permaneció variable o no. Al no realizar una actualización y seguimiento, tampoco se pudo dar una alerta respecto a los impactos de obras adicionales y/o extraordinarias, como también dejar un registro de lo efectivamente ocurrido durante el desarrollo de las obras”. Esta omisión de las partes y de la ITO... “se aparta de lo que es una correcta gestión de programas de obra, de acuerdo a los estándares de la industria”..., indica.

Sesenta y cinco. Que si se hubiera aplicado una adecuada metodología de seguimiento al proceso constructivo, que reflejara, entre otros aspectos, las agregaciones, modificaciones o exclusiones de obras y su impacto en la ruta crítica, como asimismo los requerimientos de recursos y tiempo implicados por ellas, sería perfectamente posible determinar, con precisión, el plazo contractual y por ende establecer si ZZ cumplió en tiempo o incurrió en mora. Como ello no ocurrió, solo procede establecer tal circunstancia de un modo indirecto o inductivo.

Sesenta y seis. Que ZZ ha planteado que el plazo del 7 de noviembre de 2008 quedó superado en los hechos, en razón de los cambios introducidos por la Mandante en el período posterior a la firma del texto escrito del contrato, esto es, del 21 de julio de 2008. Cita al efecto numerosas obras extraordinarias o adicionales, dispuestas por XX, que habrían hecho imposible el cumplimiento en el plazo pactado en el contrato escrito. De la sección 3.9 del Informe, relativa a obras extraordinarias y adicionales, puede inferirse que en el período posterior al 21 de julio de 2008, XX dispuso la realización de un número significativo de estas obras, las cuales se clasifican, por ZZ, en las tres categorías: Obras extraordinarias que fueron pagadas por la Mandante, obras aprobadas y no pagadas y obras rechazadas. De las tablas respectivas puede colegirse, respecto del primer grupo de modificaciones, que veintiuna de las presentadas, lo fueron en el período que va entre el 30 de julio y el 10 de octubre de 2008. En lo que se refiere al segundo grupo de obras hay 38 presentadas entre el 29 de julio de 2008 y el 28 de enero de 2009. Finalmente, en la categoría de rechazadas, hay 34 obras presentadas entre el 25 de julio y el 20 de marzo de 2009.

Sesenta y siete. Que la reseña efectuada en el motivo anterior indica que incluso XX, luego de concluido el plazo contractual, continúa encargando nuevas obras y modificaciones.

Sesenta y ocho. Que el testimonio no contradicho del testigo A.L., de ZZ, dependiente suyo, a fs. 442, quien señala que el desarrollo normal de una obra con el sistema EPC supone un traslape de actividades de ingeniería y construcción muy intenso durante los tres primeros meses, período luego del cual la ingeniería queda... “terminada, zanjada y la obra se dedica a construir lo que en esos planos se dice”... Repreguntado para que indique si esa secuencia se observó en el contrato de la especie, responde: “Lamentablemente no, tal como lo mencioné anteriormente, se solicitaron modificaciones con fecha agosto, septiembre e incluso octubre de 2008 que involucraron muchas horas de ingeniería, arquitectura y de las distintas especialidades, tales como clima, instalación eléctrica, sanitarias, etc.”.

Sesenta y nueve. Que lo anterior es ilustrativo de que XX no dejó de disponer un número importante de modificaciones después de la firma del contrato, las cuales, en algunos casos pagó, en otros aprobó pero no pagó, o que también rechazó. También demuestra que, incluso luego de haber vencido el plazo del 7 de noviembre de 2008, que era el plazo final, formalmente pactado, presentó nuevas modificaciones. La

circunstancia de disponer la realización de obras en un tiempo tan cercano a la expiración del contrato, o incluso, luego de vencido el plazo supuestamente extintivo del 7 de noviembre, no puede sino significar dos cosas: O bien hay una prórroga tácita del contrato o un ejercicio abusivo de la facultad de introducir modificaciones contemplada la cláusula séptima del contrato.

Setenta. Que la segunda de las alternativas enunciadas en el motivo anterior es inaceptable puesto que contraviene el principio de buena fe en la ejecución de los contratos, según se ha demostrado y altera la conmutatividad inicialmente convenida por las partes, al hacer más gravoso el cumplimiento de la Constructora. Solo una revisión del plazo, a la luz de la buena fe contractual permite restablecer el equilibrio perdido.

Setenta y uno. Que ZZ ha destacado, de entre las modificaciones aludidas en los motivos anteriores, seis que considera como las más importantes porque impactan más gravemente en el avance del proyecto. Ellas son: La ampliación del acceso al patio de comidas; el aumento de la superficie del muro cortina del sector norte del patio de comidas; la modificación de las escalas mecánicas, situadas en la rotonda del sector de la tienda ancla TR17; la modificación de los muros y vigas estructurales en los locales comerciales del ala B del mall, la ampliación y modificación del área de estacionamientos y vialidad interna; y la incorporación de un nuevo segundo nivel en el local de TR18.

Setenta y dos. Que el Informe hace un detallado estudio de dichas obras, con respecto al impacto que tendrían en el plazo contractual, esto es, el modo como el encargo de realizarlas, efectuado por XX, supone necesariamente un espacio de tiempo para ello, que podría transcurrir antes del 7 de noviembre de 2008, pero que también podía vencer más tarde, como en el hecho ocurrió en algunos casos. Esta última circunstancia vendría a dar fundamento a la idea de que en el contrato se ha producido una modificación tácitamente convenida respecto del plazo, para dar cabida a la o a las obras encargadas, independientemente del hecho que ZZ no solicitó expresamente un término mayor y XX no lo concedió formalmente.

Setenta y tres. Que el análisis referido conduce a lo que el Informe denomina el “término teórico del proyecto”, es decir, la determinación del momento en que el centro comercial, razonablemente se encontraría concluido, incluyendo las obras nuevas o modificaciones introducidas por la Mandante. Para conseguir tal objetivo, el perito computa el tiempo necesario para desarrollar la obra nueva o modificación correspondiente, a partir de la fecha en que fue solicitada y lo proyecta hacia su término, independientemente de si efectivamente se concluyó entonces. El ejercicio queda ilustrado -pero no determinado- en el llamado “Programa Impactado”, elaborado por ZZ, al cual se ha hecho referencia más arriba, corregido y adicionado con los elementos considerados por el perito. El análisis se grafica en el Anexo N° 8 de Informe.

Setenta y cuatro. Que como explica el perito (sección 4.2 del Informe), para determinar la fecha del término teórico, asumió, en primer lugar, que conforme a la lógica de los contratos EPC, las obras se deberían desarrollar traslapadamente, superponiendo actividades y evitando o reduciendo al máximo posible, las secuencias lineales de las mismas. Redujo, en segundo lugar, los tiempos considerados en el programa impactado de ZZ, cuando los estimó excesivos. Finalmente asumió que aquellas obras que constituían prerequisites para la construcción o modificación de las que se le encomendaban, ya se hallaban concluidas en el momento que se disponían las nuevas.

Setenta y cinco. Que de las seis obras presentadas por ZZ, como casos en que la ejecución superaba el plazo del 7 de noviembre, el Informe concluye que dos no impactan dicho plazo. Se trata de la ampliación de la entrada al patio de comidas y la modificación de muros y vigas estructurales en los locales comerciales del ala B.

Setenta y seis. Que, por el contrario, las restantes modificaciones requerían más tiempo, debiendo concluir, de acuerdo a los parámetros del análisis, en las siguientes fechas teóricas, todas de 2008: El aumento del

muro de cortina del sector Patio de Comidas, el día 15 de noviembre; la modificación de las escalas mecánicas de la rotonda entre las alas A y B, el 10 de diciembre; la ampliación y modificación del área de estacionamientos y vialidad interna, el 29 de diciembre; y la incorporación del nuevo 2. nivel del local automotriz, el 12 de noviembre.

Setenta y siete. Que se sigue de todo lo anterior que el plazo teórico final del contrato está dado por la conclusión de la modificación que requirió más tiempo, que fue la de los estacionamientos y la vialidad interna, es decir el día 29 de diciembre de 2008. El ejercicio conduce a que, en razón del mayor plazo implícito, la fecha de término debía ser el 29 de diciembre de 2008. Solo a partir de ese día incurriría el contratista en mora, si las obras, en la realidad no se hallaban entonces terminadas.

Setenta y ocho. Que este Árbitro reflexionando sobre el ejercicio recién hecho, a la luz de las exigencias de la buena fe contractual y muy especialmente del principio de conmutatividad, a los cuales se hizo referencia en los considerandos iniciales de este fallo, concluye, en concreto, que lo que el Informe denomina el término teórico de las obras, expresa adecuadamente el plazo contractual. Este plazo incluye el tiempo necesario para efectuar aquellas modificaciones dispuestas por la Mandante, cuya ejecución resultaba imposible, dentro del plazo originalmente previsto. Entender las cosas de alguna otra manera significaría alterar el equilibrio de las prestaciones de las partes y la equidad implícita del contrato. Por tal razón, para todos los efectos relevantes en este fallo se estima que el plazo de vencimiento del contrato debió tener lugar el 29 de diciembre de 2008.

Setenta y nueve. Que el caso de la modificación constituida por la ampliación y modificación del área de estacionamientos y vialidad interna (ver Anexo N° 5 del Informe) es ilustrativa: Muchas de las obras comprendidas en esa modificación se dispusieron, por XX, incluso con posterioridad a la fecha de término contractual contenida en el texto del contrato y fueron ejecutadas por ZZ, sin reserva alguna. Solo una aplicación del contrato de buena fe puede explicar tal actitud de las partes.

Ochenta. Que la naturaleza conmutativa del contrato y su ejecución de buena fe, ha exigido como se ha visto, un reacomodo de las obligaciones de los contratantes, por la vía del mayor plazo, a fin de mantener la equivalencia de las prestaciones asumidas por ellos.

Ochenta y uno. Que el perito estima que la terminación real de las obras coincide con el término teórico de las obras, esto es, el 29 de diciembre de 2008, razonando sobre algunas presunciones. Entre ellas, las más poderosas, se relacionan con la solución de las observaciones que motivaron que el mall no fuera recibido provisoriamente, en diciembre de 2008, cuando dicha recepción fue solicitada por ZZ. La naturaleza y el número de tales observaciones y la destinación efectiva de horas-hombre para su levantamiento son presupuestos de tales presunciones (ver sección 4.2.2), como se verá.

Ochenta y dos. Que, según indica el Informe, tanto el Libro de Obra N° 3, como el documento “Listado de Observaciones ITO”, contienen, entre ambos, un número superior a dos mil observaciones formuladas por la Comisión de Recepción Provisoria de las Obras. Ellas corresponden a observaciones formuladas por la propia Comisión, en un número cercano a las 200, y otras efectuadas por la ITO y acogidas por la Comisión, en un número cercano a las 1.900.

Ochenta y tres. Que, examinando la naturaleza de tales observaciones, el perito señor PE, concluye que no son propiamente observaciones, de aquellas que normalmente impedirían una recepción provisoria, sino que se trata de detalles y terminaciones propias de una “punch list”, que no justifican el rechazo. De acuerdo a los estándares de la industria, solo correspondía que tales observaciones deberían estar solucionadas al momento de la recepción definitiva. En otras palabras, las observaciones formuladas por la Comisión de Recepción Provisoria, ni por su número ni por su naturaleza, configuran defectos bastantes para estimar que no se podía recibir provisoriamente las obra en diciembre de 2008.

Ochenta y cuatro. Que, por otra parte, el perito, al examinar el volumen de las horas-hombre empleadas por la Constructora, llega a la conclusión que, a fines de diciembre, las obras necesariamente se hallaban concluidas, ya que entre enero y abril de 2009 solo se empleó una fuerza de trabajo mínima, capaz de realizar terminaciones menores y solucionar detalles. En efecto, en el período indicado solo se empleó un 3,03% de las horas-hombre presupuestadas para la obra completa (ver página 97 del Informe).

Ochenta y cinco. Que todo lo anterior permite presumir, al perito, la terminación efectiva de las obras, a fines de diciembre de 2008, al menos, en un nivel que corresponde al usual en la industria.

Ochenta y seis. Que, con todo, teniendo en cuenta que ZZ tenía el peso de probar el cumplimiento oportuno e íntegro de todas sus obligaciones, según dispone el Artículo 1.698 del Código Civil, este sentenciador no adquiere convicción suficiente, en este punto, con el solo análisis pericial. En efecto, echa de menos algún hecho o circunstancia que, de un modo positivo y directo, permita inducir un momento preciso en que XX actúa de un modo que suponga que, a su juicio, se concluyeron las obras (como una suerte de recepción provisoria tácita, que hiciera innecesaria la recepción provisoria prevista en la cláusula decimoquinta del contrato).

Ochenta y siete. Que las partes están contestes en que durante el mes de diciembre, el centro comercial pudo funcionar como tal y los arrendatarios de locales, pudieron realizar su giro, sin que se haya probado que ello haya sido con inconvenientes serios. Más aún, el 8 de enero de 2009, XX procedió a inaugurar el centro comercial, solemnemente y con presencia de autoridades, circunstancias todas que no podrían haberse producido si las obras no se encontraran concluidas.

Ochenta y ocho. Que no obsta a lo anterior el hecho que ZZ haya continuado su presencia en el centro comercial posteriormente, lo que no implica que las obras estuvieren todavía inconclusas. La persistencia de las actividades de la Constructora obedece a la necesidad de solucionar las observaciones formuladas por XX y los operadores de los locales arrendados, según carta de la Constructora dirigida a la ITO de 2 de marzo de 2009, reproducida en el Informe sección 3.10, relativa a la recepción provisoria (página 48).

Ochenta y nueve. Que el hecho aludido en el motivo anteprecedente, sumado a las circunstancias reseñadas en los que le preceden, crean convicción en el Árbitro que puede darse por establecido, que la obra se hallaba concluida el día 8 de enero de 2009 y que ya no era necesario recurrir a la recepción provisoria de la cláusula decimoquinta del contrato, puesto que los hechos de las partes habían superado completamente a dicha formalidad, haciéndola innecesaria.

Noventa. Que por las razones indicadas, este sentenciador concluye que para todos los efectos del cumplimiento de las obligaciones de las partes, ZZ dio cumplimiento a su obligación de entregar el centro comercial en las condiciones establecidas por el contrato, el día 8 de enero de 2009 y que TR1 no rechazó tal entrega. Obrar de un modo distinto, habría atentado contra la buena fe.

Noventa y uno. Que, no obstante, XX ha solicitado, en primer lugar, que el Tribunal pronuncie la resolución del contrato, en razón de los incumplimientos de ZZ, fundada en el Artículo 1.489 del Código Civil que autoriza al contratante cumplidor, de un contrato bilateral, a solicitar dicha sanción, cuando una parte ha cumplido sus obligaciones y la otra no.

Noventa y dos. Que, como se declarará más adelante en este fallo, al resolver sobre las peticiones de ZZ, a juicio de este Árbitro, XX también ha incumplido algunas obligaciones suyas, lo que la priva de legitimidad para interponer la acción resolutoria, ya que es requisito esencial para ello que la demandante no se halle en mora. En efecto, el Artículo 1.552 del Código Civil dispone: "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 se

allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos". Así se dispondrá en lo dispositivo de este fallo rechazando la correspondiente petición de ZZ.

Noventa y tres. Que se sigue de todo lo dicho que el contrato, si bien no puede ser resuelto, de conformidad al Artículo 1.489 del Código Civil, ello no obsta a que se declare su terminación, por los incumplimientos de ambas partes y la sustitución de sus obligaciones por las condenas que se dictan en esta sentencia a título de indemnizaciones y restituciones.

Noventa y cuatro. Que XX, en segundo lugar, solicita que ZZ le restituya la suma equivalente a UF 62.660,58 o la suma que el Tribunal determine, por obras pagadas dentro del precio del contrato y no ejecutadas por la Constructora. Ha fundado su petición en la circunstancia que, de acuerdo al contrato (cláusula primera), la superficie de la obra alcanzaba a los 104.269 metros cuadrados y que, por haberse retirado de su alcance el edificio automotriz, la techumbre de las tiendas ancla número 1 y 3 y los edificios de restaurantes, se produce una menor obra por 4.732 metros cuadrados, lo que reduce el total contractual a 99.537 metros cuadrados. La suma reclamada corresponde, según XX, al valor de los metros no construidos, valorizados estos a 11,22 UF cada metro.

Noventa y cinco. Que existe considerable discrepancia entre los testimonios, e informes que se han incorporado -complementado la prueba testimonial al ser reconocidos por sus autores- de los testigos J.M., a fs. 496, de XX y S.N., a fs. 582, de ZZ, con respecto a la superficie efectivamente construida. Ambos reconocen los retiros de las obras referidas en el motivo anterior, pero discrepan en cuanto la menor superficie construida en razón de ellos.

Noventa y seis. Que, en efecto, el informe elaborado por TR24, preparado a solicitud de XX emplea dos métodos distintos, uno consiste en una medición física de los edificios y el otro un cálculo a partir de sus planos as built. El primero arroja un total de 96.471,94 metros cuadrados y el segundo 99.842.

Noventa y siete. Que ZZ, a su turno, ha presentado el Informe BN, el cual en una primera versión estima la superficie construida en 104.087,85, la cual fue corregida por una carta posterior, elevándola a 104.185,44.

Noventa y ocho. Que la ITO, por su parte, ha determinado una superficie total de 105.098 metros cuadrados, según plano elaborado por el dibujante C.I., quien no compareció como testigo.

Noventa y nueve. Que el problema en examen no puede resolverse por la vía de comparar lo construido actualmente con las superficies originalmente contratadas, porque este procedimiento es incapaz de hacerse cargo del hecho que tres obras de importancia fueron, legítimamente retiradas del alcance de la obra, por la Mandante de común acuerdo con ZZ.

Cien. Que, en verdad, el problema en este punto consiste en establecer cuánto de la obra originalmente encargada, (y para ello no queda sino remitirse a los planos originales), se encuentra efectivamente pagada y, si se ha pagado en exceso, cuánto debe devolverse a XX. Solo así se producirá la verdadera relación entre el precio contractual -que ha sido reducido por el retiro de las obras referidas- y el precio efectivamente pagado. De este modo, es irrelevante, para solucionar la cuestión, medir la totalidad de los metros físicamente existentes ahora, en la obra, ya que lo adicional a lo planificado deberá ser pagado a título de obras extraordinarias o adicionales y no de precio. ZZ a fs. 261, en su escrito de contestación a la demanda, ha reconocido que en esta comparación arroja una diferencia 3.495 metros menos y XX ha postulado que ella alcanza 4.732.

Ciento uno. Que, como se indicó, la prueba tendiente a establecer la actual superficie física construida no es pertinente, como tampoco la que proporcionan los planos as built. La producida en el juicio corresponde a tales categorías. Aparte de ellos, en el expediente solo hay estimaciones que proporcionan las partes.

Ciento dos. Que hay que tener en cuenta que el peso de la prueba, en este caso, corresponde a XX, según dispone el Artículo 1.698 del Código Civil, ya que es ella quien alega la existencia de la obligación de ZZ de restituir lo recibido en exceso.

Ciento tres. Que, con todo, puede estimarse que ZZ ha confesado en la causa cuando a fs. 261 reconoce, como menor construcción con respecto a la superficie original, la cantidad de metros cuadrados asignados por el proyecto a los edificios de restaurantes, esto es, 2.595 y al servicio automotriz, 900, lo que suma 3.495 metros cuadrados. Según la Constructora, estos metros serían compensados con las obras adicionales y extraordinarias que suman, también a juicio de ZZ, 3.697 metros cuadrados a los cuales se deben agregar los 202,07 metros cuadrados de aumento de superficie, cobrado por ZZ, según presupuesto entregado con fecha a 10 de octubre de 2008.

Ciento cuatro. Que la afirmación de ZZ respecto de la superficie de las obras excluidas del proyecto implica su reconocimiento de la disminución de la superficie contratada y conlleva a la disminución del precio.

Ciento cinco. Que, este sentenciador no niega la posible compensación del mayor precio contractual percibido, con lo adeudado por XX por las obras extraordinarias y adicionales, como indica ZZ, pero estima que no corresponde plantearla en este punto, pues de hacerlo así, dificulta resolver sobre la existencia de un posible pago en exceso al debido en relación a la obra originalmente contratada

Ciento seis. Que concuerda con lo anterior la declaración del testigo de ZZ señor L.A., dependiente de ella, a fs. 460 quien, contrainterrogado, indica que efectivamente hubo edificios que no se construyeron de acuerdo al primer plano, pero que... “al final de la obra se construyó más superficie de la inicialmente solicitada, esto quedó demostrado en un resumen que se transformó en una obra adicional... la que fue firmada por el jefe de la oficina técnica de la ITO señor R.G”.

Ciento siete. Que, como consecuencia de lo anterior, se tendrá por establecido, en lo que sigue, con base en el reconocimiento de ZZ, que la disminución de la superficie contractual alcanza a 3.495 metros, que serán la base de cálculo para determinar el monto adeudado por ZZ por este concepto.

Ciento ocho. Que XX postula que el valor de lo adeudado surge de una simple regla de tres en la cual se parte de la base de la relación entre el precio del contrato y el número de metros cuadrados del proyecto, la que se aplica con respecto al número de metros no construidos. Este procedimiento es apoyado por el testigo de esa parte, J.C. en su declaración de fs. 431.

Ciento nueve. Que el Informe, certeramente, descalifica este procedimiento fundado en que no puede estimarse un valor homogéneo para todos los metros cuadrados de la construcción. Ello porque hay metros cuadrados con escaso valor, porque suponen muy pocas obras, como los estacionamientos, mientras que hay otros de mayor valor como los construidos para tiendas de departamento o locales. Adicionalmente hay que tener en cuenta que los metros cuadrados en análisis, precisamente por no haber sido construidos no ponderan con una proporción de los gastos generales y utilidad. El perito propone, en consecuencia, un valor para los efectos de este cálculo de 8,28 UF por metro cuadrado. (Ver: Informe, sección 4.3.4, en especial, página 72).

Ciento diez. Que parece razonable el procedimiento empleado por el perito y también el valor que propone para el metro cuadrado, por lo que puede valorarse la disminución del precio por la menor superficie construida en la suma de 28.938,60 UF.

Ciento once. Que no es muy distinto el caso de las techumbres retiradas de la obra con el consentimiento de ZZ. En este caso hay variaciones en cuanto a la superficie que estima cada una de las partes y también con

respecto al valor de sus componentes o insumos. La metodología empleada en la formulación del presupuesto, por otra parte, no permite desglosar el costo de estas obras singulares. No cabe duda, sin embargo, que el precio de las techumbres se encontraba incluido en el precio total del contrato y que, por tanto, fue percibido por la Constructora. La cuestión es cuánto debe restituir ZZ por este concepto.

Ciento doce. Que, en este punto el Informe presenta cuatro opciones que surgen de las variables envueltas: Las superficies de las techumbres, que para ZZ es inferior, 5.734,14 metros cuadrados y el material utilizado para las cubiertas que para la Constructora es más económico, 2.853,88 UF. Por otra parte, no existe discrepancia en cuanto al valor de la estructura metálica sustentante que ambas partes estiman en 5.085,07 UF (Ver Informe, sección 4.3.4, especialmente páginas 73 y 74).

Ciento trece. Que razonando de un modo análogo a como se hizo con respecto a la determinación de los metros cuadrados no construidos, a falta de prueba por parte XX, que acredite el mayor valor, este sentenciador opta por las cifras proporcionadas por ZZ a modo de una confesión judicial. Determina, por tanto, que el monto que la Constructora deberá restituir por concepto de obras no ejecutadas, comprendiendo en ella los metros cuadrados no construidos y las techumbres retiradas del alcance del contrato, será la suma de 36.877,55 UF más IVA. Así se dispondrá en lo resolutivo de esta sentencia.

Ciento catorce. Que XX ha demandado asimismo la restitución de 63.538,88 UF en pago de las reparaciones que debió efectuar por su cuenta, con respecto a obras mal ejecutadas o dejadas inconclusas por la Constructora.

Ciento quince. Que el Informe, en el Anexo 13, realiza un completo análisis de la documentación presentada por XX, sustentando su petición de ser reembolsada por los pagos efectuados a terceros, para suplir lo mal ejecutado o no efectuado por ZZ. Los comprobantes acompañados suman un total equivalente a 148.470,75 UF, no obstante que lo demandado era, como se señaló, la cantidad de 63.538,88 de dichas unidades. Con todo, el examen de detalle de la documentación arroja lo siguiente: De la suma indicada, 62.908,35 corresponden a presupuestos y órdenes de compra que, obviamente no acreditan pago; 5.242,86 UF corresponden a obras ejecutadas en otros centros comerciales; 6.384,29, serían gastos fuera del alcance del contrato; y comprobantes por 73.035,24 UF no permiten... “definir o identificar la procedencia del gasto”... (Informe, sección 4.3.4, especialmente página 78 y Anexo 13). En síntesis no existe prueba con respecto a lo reclamado.

Ciento dieciséis. Que dentro del mismo total, XX ha demandado por los costos correspondientes a las observaciones formuladas por la Comisión de Recepción Provisoria que no fueron corregidos por la Constructora y por otras obras que por no haberlas ejecutado ZZ -dice- debieron serlo por la Mandante.

Ciento diecisiete. Que el Informe solo emite un pronunciamiento global con respecto a este punto, ya que se relaciona más bien con la calidad de las obras ejecutadas y no con omisiones o inejecuciones de las mismas.

Ciento dieciocho. Que en síntesis, en lo que corresponde a la petición de XX, fundada en haber tenido que pagar por obras no ejecutadas o ejecutadas imperfectamente por ZZ, por no haberse acreditado ni siquiera razonablemente la efectividad de los hechos, este Árbitro la desechará completamente en lo resolutivo de la sentencia.

Ciento diecinueve. Que XX ha solicitado también la restitución de la suma de 14.730,60 UF, más IVA, o la que el Tribunal determine, fundada en los pagos en exceso que habría efectuado la Constructora, por sobre lo presupuestado, por el suministro del acero de la obra, en razón de la volatilidad de este insumo en el mercado, al momento de celebrar el contrato. La materia se regula en la cláusula tercera del contrato que asume un precio base de suministro, el vigente al 25 de septiembre de 2007 y un mecanismo de ajuste. Por tal concepto, ZZ reclamó y obtuvo el pago, a título de diferencia, de la suma de 47.819,51 UF. El testigo de

XX, señor G.N., dependiente de esta, a fs. 600, acota que dicho cobro, efectuado en agosto de 2008, se pagó sin haber dispuesto, ni entonces ni después, de los documentos que lo respaldaban.

Ciento veinte. Que el perito no dispuso de la totalidad de los documentos que permitirían establecer, de un modo directo, el precio pagado por ZZ. La cláusula tercera, que regula esta materia, tiene además, una importante omisión: No señala el momento que determina el precio del acero que debe tomarse para efectuar los cálculos de la diferencia. El Informe discurre por ello con dos alternativas: Estimar que el precio aplicable correspondía al momento en que se contrataba el suministro del acero, o bien el precio del metal en el momento que era puesto en obra. Llega así a dos montos hipotéticos para la diferencia que debería restituir ZZ: 21.532,46 UF si se está a la fecha de la adquisición a un tercero y 4.872,98 si se está a la fecha de su puesta en obra.

Ciento veintiuno. Que la buena fe contractual, a juicio de este Árbitro, repugna que el suministro de un material, en un contrato EPC, pueda ser una ocasión para que la Constructora como mandatario, obtenga una utilidad adicional con su gestión, ya que la remuneración del servicio de suministro está considerada dentro del precio del contrato. Por tal razón, a juicio de este Árbitro, la diferencia de valor se debe calcular a la fecha de la adquisición y no a la de la instalación en obra.

Ciento veintidós. Que por ello se estima que la diferencia producida a favor de ZZ, por este concepto, asciende a la suma de 21.532,46 UF (ver Informe, sección 4.3.6, especialmente el cuadro de la página 81). Con todo, atendido que la correspondiente petición fue limitada por XX a 14.730,60 UF, más IVA, este sentenciador solo condenará al pago de esta última suma a fin de no incurrir en ultrapetita.

Ciento veintitrés. Que XX ha solicitado la aplicación de la multa contractual, por la mora de ZZ, en cuanto a cumplir con su obligación de concluir con las obras dentro del término estipulado. Ha solicitado también la declaración que tal incumplimiento se ha producido mediando su culpa grave, de modo que no corresponda aplicar la limitación convenida en la cláusula octava (sección 8.2.) del contrato, según la cual el monto máximo de la sanción no puede superar el 10% del valor del contrato.

Ciento veinticuatro. Que la petición indicada en el motivo precedente debe resolverse en concordancia con lo que se ha razonado con anterioridad en este fallo. En efecto, el perito ha determinado como fecha teórica de término, esto es, la oportunidad en que las obras debían hallarse terminadas, en condiciones de ser recibidas provisoriamente, el 29 de diciembre de 2008 y ha estimado que, en la misma oportunidad, las obras quedaron efectivamente concluidas.

Ciento veinticinco. Que este sentenciador ha disentido en cuanto a la última circunstancia y en uso de sus facultades la fijó el día 8 de enero de 2009, cuando XX inauguró oficialmente el centro comercial (implicando su aceptación, como se argumentó en ese pasaje).

Ciento veintiséis. Que por la razón indicada en los motivos anteriores, no queda sino concluir que ZZ incurrió en mora, durante el período que va entre el 30 de diciembre de 2008, fecha de término teórico de las obras y el 8 de enero de 2009, día de su presunta aceptación por parte de XX. Esto significa que estuvo en mora por nueve días, lo que la hace responsable de la multa pactada en el inciso primero de la cláusula séptima del contrato, que corresponde a un dos por mil del precio del contrato por cada día de mora. Teniendo en cuenta que el valor inicial del contrato fue de 1.170.000 UF, según la cláusula tercera del contrato, corresponde fijar la multa en la suma de 21.060 UF, reduciendo la multa aplicada por la ITO a dicho monto. Así se hará en lo resolutivo, sin perjuicio de lo que se dispondrá con respecto a las compensaciones que deberán producirse en cumplimiento de este fallo.

Ciento veintisiete. Que en razón de que el monto de la multa no supera el diez por ciento del valor del contrato, no resulta necesario pronunciarse sobre la aplicabilidad del límite para el monto máximo de las multas y de la estipulación de agravación de responsabilidad, contenida en la cláusula octava del contrato.

Ciento veintiocho. Que en lo que toca a los hitos parciales, el contrato establece en la cláusula octava una sanción específica para la tardanza en el cumplimiento de los denominados hitos parciales, que designa la misma cláusula y cuya pena corresponde a una multa diaria de un quince por mil del costo implicado en el respectivo parámetro.

Ciento veintinueve. Que el testigo M.B., presentado por ZZ, pero no dependiente de esta, declara, a fs. 590, señalando que la Constructora cumplió con la mayoría de dichos hitos y que si hubo algún retraso en casos particulares, esto se debió a que se optó por facilitar el ingreso del arrendatario, en fechas anteriores a las comprometidas. Esta afirmación está contradicha por el testigo M.E., de XX, dependiente de la misma, a fs. 621, que afirma que hubo mora y que si las penas no se aplicaron en los estados de pago, fue para no enturbiar la relación con ZZ.

Ciento treinta. Que, con todo, el Informe constata que existió retardo en los siguientes hitos parciales: Restaurantes, 16 días; patio de comidas, ala oriente, 10 días; patio de comidas, ala poniente, 29 días; locales menores del ala B, primer piso, 15 días; y locales menores ala B, segundo piso, 29 días.

Ciento treinta y uno. Que no obstante haberse comprobado la mora, en los términos indicados en el considerando anterior, dado que el presupuesto de la obra no especifica separadamente los costos por hitos, no hay un parámetro o base para calcular el monto diario de la multa, cosa que hace imposible determinar la sanción contractual. En efecto, si bien se tiene una regla que determina el porcentaje de quince por mil diarios aplicables del costo del respectivo hito, sin embargo, el presupuesto de la obra estructura partidas globales sin distinguir el costo por hitos. Por tal razón se desechará esta petición en lo resolutivo.

Ciento treinta y dos. Que XX ha demandado por la suma de 10.820 UF, más IVA, como compensación por los perjuicios experimentados en su imagen comercial y corporativa. Fundamenta su petición indicando que la apertura de un centro comercial todavía inconcluso produjo la percepción, entre el público y los arrendatarios de los locales, que este Centro carecía del nivel de los restantes de la cadena TR1. Revertir esta percepción obligó a realizar o incrementar campañas publicitarias y de marketing no previstas, sino para 2009, con un costo que estima en la suma de 10.820 UF.

Ciento treinta y tres. Que el Informe da cuenta de no haber encontrado documentación que pudiera respaldar la petición de XX (ver sección 4.3.8). El único antecedente que obra en el proceso, sobre este alegado perjuicio, consiste en la declaración del testigo F.C. presentado por XX, a fs. 585, que es dependiente suyo, quien subraya la importancia de que, un centro comercial que inicia sus actividades, se encuentre adecuadamente concluido y se refiere a un incidente que habría consistido en que un visitante del mall habría sido herido por el desprendimiento de un revestimiento en el acceso principal.

Ciento treinta y cuatro. Que los antecedentes reseñados, como los demás que obran en la causa, no permiten establecer la existencia del perjuicio reclamado y menos su monto, razón por la cual esta petición será desecheda en la parte decisoria de esta sentencia.

Ciento treinta y cinco. Que XX solicita, a continuación, que el Árbitro disponga que la Constructora haga entrega de una boleta de garantía bancaria que caucione el correcto funcionamiento de las obras por el período de un año desde la fecha de la sentencia o desde la que fije el Tribunal.

Ciento treinta y seis. Que se ha establecido por el Tribunal que el plazo final para que ZZ cumpliera con su obligación de entregar en centro comercial debidamente terminado venció el 29 de diciembre de 2008 y que el

8 de enero XX dio tácitamente por concluido el contrato, de modo que las partes, en los hechos, han empleado un procedimiento alternativo o distinto a la recepción provisoria prevista en la cláusula decimoquinta del contrato.

Ciento treinta y siete. Que desde aquella fecha y hasta la que se dicta esta sentencia ha transcurrido más de un año y dentro de este lapso se ha elaborado un Informe pericial, que fechado, el 27 de mayo de 2010, da cuenta pormenorizada del estado del centro comercial y de los hechos que lo han afectado, positiva o negativamente, desde el inicio de las obras y hasta su fecha de conclusión.

Ciento treinta y ocho. Que, por su parte, esta sentencia se hace cargo de los efectos del contrato objeto de esta litis y restablece a las partes -por medio de las restituciones e indemnizaciones que dispone- en la situación jurídica que habrían tenido si el contrato se hubiera cumplido cabalmente.

Ciento treinta y nueve. Que todo lo reseñado produce, para las partes, en los hechos, los mismos efectos que tendría la recepción final o definitiva que regula la cláusula decimosexta del contrato, razón por la cual se entenderá definitivamente concluido el contrato con la dictación de la sentencia.

Ciento cuarenta. Que establecido lo anterior, cesa el derecho que XX tenía para exigir cualquier tipo de caución, la cual solo sería posible si subsistieran obligaciones a las cuales ella pudiera acceder.

Ciento cuarenta y uno. Que, naturalmente lo anterior se entiende sin perjuicio de las responsabilidades legales que tiene ZZ en su calidad de Constructora de la obra, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 2.003 del Código Civil y la Ley 19.472.

Ciento cuarenta y dos. Que en razón de lo anterior, por haber concluido el contrato, en lo resolutivo de este fallo se denegará la petición de la garantía que formula XX.

Ciento cuarenta y tres. Que en lo que toca a las costas de la causa se decidirá una vez que se haya resuelto sobre las peticiones de ZZ.

Ciento cuarenta y cuatro. Que corresponde ahora pronunciarse acerca de las peticiones que ZZ ha formulado en su demanda de fs. 120.

Ciento cuarenta y cinco. Que en su primera petición, la Constructora solicita que se declare que ZZ ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales y que se declare que la obra ha sido recibida, para todos los efectos legales.

Ciento cuarenta y seis. Que la consistencia que debe tener la sentencia impide acceder a la primera declaración en el sentido de que ZZ ha cumplido cabalmente con sus obligaciones emanadas del contrato de la especie. En efecto, ya se ha establecido en este fallo que incurrió en retardo en cuanto a su obligación de entregar las obras y se ha fijado la consiguiente multa. También se ha dispuesto que restituya las sumas a las que no tiene derecho en razón de las menores obras construidas y del mayor precio cobrado por el acero. No existe obstáculo, en cambio, para declarar recibidas las obras definitivamente, por la aceptación tácita de XX, a la cual ya se ha hecho referencia en este fallo. Así se declarará en lo dispositivo.

Ciento cuarenta y siete. Que seguidamente ZZ demanda el pago del Estado de Pago N° 14 cuyo monto fuera retenido por XX, a fin de hacer efectiva las multas aplicadas por la Mandante por el incumplimiento de su obligación de entregar oportunamente -dentro del plazo estipulado en el contrato- la totalidad de las obras encargadas. El monto de este estado de pago asciende a 23.921 UF.

Ciento cuarenta y ocho. Que conforme a la cláusula octava del contrato, las partes dieron autoridad a XX para aplicar multas a la Constructora las que... “serán aplicadas directamente por el Mandante a través de la ITO, el que se entiende facultado para deducirlas administrativamente y sin más trámite, en forma automática, de los estados de pago o de las garantías que estén en su poder”.

Ciento cuarenta y nueve. Que en el ejercicio de tal facultad, XX, en razón del monto de las dos multas que aplicó en febrero de 2009, retuvo íntegramente la solución del mencionado estado de pago, no obstante haberlo aprobado ella y la ITO y habiéndose dejado constancia, además, que mediante este se daba por construido el 100% de la obra.

Ciento cincuenta. Que el monto de las multas que originan la retención asciende, según la demanda de XX, a 782.545,42 UF la primera, por concepto de mora en la recepción de la obra, que ella estima en 302 días, contados desde el vencimiento del plazo contractual, esto es, desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el de la presentación de su demanda, esto es, el 9 de septiembre de 2009. Adicionalmente el Mandante aplica una segunda multa, por incumplimiento de hitos parciales por 6.272,9 UF, totalizando ambas multas 788.818,32 de dichas unidades.

Ciento cincuenta y uno. Que este sentenciador ya emitió pronunciamiento acerca de la mora de ZZ con respecto a la recepción provisoria y determinó una multa de 21.060 UF correspondiente a la mora de nueve días, que sustituye a la aplicada administrativamente por XX. Asimismo, ya se emitió pronunciamiento relativamente a la multa por hitos parciales en este fallo, en los considerandos 133 a 136 en el sentido de que ellas eran inaplicables, dada la falta de los parámetros para aplicarlas. Por tal razón esta última multa debe quedar sin efecto.

Ciento cincuenta y dos. Que ZZ ha demandado asimismo la restitución de la retención practicada respecto de los estados de pago, en cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato, que autoriza a la Mandante a retener, respecto de los estados de pago ordinarios y extraordinarios, las cantidades necesarias por constituir un fondo de garantía de buena ejecución del contrato hasta completar un 5% de su valor. Dichos fondos ascienden a la fecha de terminación del contrato a 62.176,02 UF (ver Anexo 14).

Ciento cincuenta y tres. Que, consecuentemente al pronunciamiento efectuado con respecto a la terminación del contrato con fecha 8 de enero de 2009, en motivos anteriores, XX no tiene derecho a retener el fondo de garantía, el que deberá ser íntegramente devuelto a ZZ. Así se dispondrá en lo resolutivo de este fallo.

Ciento cincuenta y cuatro. Se sigue de lo anterior que, en el momento de liquidar la sentencia, XX (sin perjuicio de la retención que deberá cesar en ese momento), deberá restituir a ZZ la suma de 23.921 UF que corresponde al pago íntegro del Estado de Pago número 14, y la suma de 62.176,02 UF que corresponde a la restitución del fondo de garantía.

Ciento cincuenta y cinco. Que ZZ ha demandado el costo directo de las obras adicionales y extraordinarias que no le han sido pagas por XX.

Ciento cincuenta y seis. Que de conformidad a la cláusula séptima del contrato, XX quedó facultada para introducir modificaciones al proyecto tanto en el sentido de aumentar las obras, sean estas extraordinarias o adicionales o de retirarlas del alcance del contrato. En el Anexo N° 12 A del Informe se contempla un listado completo de dichas modificaciones que alcanzaron a 134.

Ciento cincuenta y siete. Que naturalmente los costos directos de la ejecución de tales obras no forman parte del presupuesto de la misma y deben ser absorbidos por la Mandante, junto con la correspondiente proporción en los gastos generales y utilidades, cuando proceden estos, según se verá más adelante.

Ciento cincuenta y ocho. Que dentro de las referidas 134 obras, el perito ha identificado cuatro grupos de obras que han tenido un tratamiento distinto. Un primer grupo es el de las que ya fueron aprobadas por XX y pagadas en su momento a la Constructora, que por razones obvias quedan fuera del ámbito de este juicio. Un segundo grupo corresponde a obras que, en su momento, fueron aprobadas por la Mandante, según ZZ y no pagadas por XX quien no las reconoce; se muestran en el Anexo 12 B. Un tercer grupo comprende a las obras que han sido rechazadas por la Mandante y que según el perito correspondería pagarlas; se indican en el Anexo N° 12 C. Finalmente, existe un cuarto conjunto de obras que, aprobadas por XX, no fueron pagadas según ZZ; se muestran en el Anexo N° 12 D.

Ciento cincuenta y nueve. Que en lo que dice relación con las obras que fueron aprobadas, según ZZ y no han sido pagadas por XX (Anexo 12 B), la estimación del perito es que deben ser pagadas por XX, según su costo directo neto, el cual se obtiene de restar al costo directo la obra, las disminuciones correspondientes a obras del mismo conjunto. En este caso se llega a un costo neto de 45.119,43 UF que debe ser pagado por la Mandante.

Ciento sesenta. Que en lo tocante a las obras aprobadas y no pagadas según ZZ y reconocidas por XX, (Anexo 12 D), practicando igual operación se llega a un costo directo neto de 9.102,28 UF que este Tribunal estima que deben ser pagadas. Así se dispondrá en lo resolutivo de esta sentencia.

Ciento sesenta y uno. Que, finalmente, con respecto a las obras constituidas por el grupo de obras rechazadas por XX, según ZZ y no reconocidas por XX (Anexo C), la misma operación arroja un resultado de 11.558,52 UF que no debe ser pagado por XX.

Ciento sesenta y dos. Que como consecuencia de lo anterior se llega a un resultado global de obras que deben ser pagadas, que distingue entre obras que fueron aprobadas por XX o la ITO (Anexos B y D) que asciende a 54.221,71 UF, obras que fueron rechazadas por la Mandante o la ITO con un total neto de 11.558,52 UF.

Ciento sesenta y tres. Que el análisis del perito ha permitido establecer que la petición de ZZ referida a ser compensada por el costo directo de las obras adicionales y extraordinarias, tiene fundamento en los términos referidos precedentemente, razón por la cual se dispondrá, en este fallo, que la Mandante le debe ese costo.

Ciento sesenta y cuatro. Que hay que hacer presente que un grupo importante de las obras adicionales y extraordinarias reclamadas por ZZ fueron desechadas en el Informe, por un monto de 19.308,86 UF, por no ajustarse a las normas de la cláusula séptima del contrato y que otras obras reclamadas, por un monto de 53.451,64 UF, fueron desechadas por falta de antecedentes para validar los costos. Esta última decisión es consistente con las normas sobre el peso de la prueba, ya que correspondía a ZZ probar su existencia y monto.

Ciento sesenta y cinco. Que la Constructora ha demandado también el pago de los gastos generales devengados por su mayor permanencia en la obra después del 7 de noviembre de 2008, fecha contractualmente establecida para el término de la obra. Esta permanencia, estima ZZ, se extendió hasta el 31 de enero de 2009.

Ciento sesenta y seis. Que a juicio de este Árbitro procede efectuar el pago de los gastos generales por permanencia, pero solo por el período comprendido entre el 7 de noviembre, fecha en que concluye el derecho a gastos generales, según el contrato y el 29 de diciembre de 2008, fecha de término del contrato fijada por el perito, lo cual significa el pago de 52 días.

Ciento sesenta y siete. Que es verdad que en considerandos anteriores, se determinó, como fecha de entrega de las obras, el día 8 de enero de 2009, pero ello ocurrió luego de ocho días de mora de la Constructora. A juicio del Tribunal, este retardo no da título alguno para exigir gastos generales y, por ello, deben dejar de devengarse desde el día de la terminación del contrato fijado por la pericia, esto es, el 29 de diciembre de 2008. Debe recordarse que la fecha 8 de enero de 2009 surge, no de actos o hechos de la Constructora, sino de la presunción de que la obra estaba definitivamente concluida y recibida, dado que XX se arriesgaba a exponerla a los usuarios y a las autoridades.

Ciento sesenta y ocho. Que el Informe -en base al monto de los gastos generales pagados conforme a la primitiva duración del contrato, que concluía, como se ha dicho el 31 de agosto de 2008 y a la extensión pagada por la prolongación del mismo hasta el 7 de noviembre del mismo año- fija en 536,49 UF el valor de cada día de permanencia en obra por parte de de ZZ.

Ciento sesenta y nueve. Que resulta razonable la cifra propuesta por el perito para ser aplicada durante la vigencia pactada del contrato. Ella arranca de un promedio que supone la inversión, durante toda la obra, de un número comparable de recursos humanos y materiales en los diversos períodos.

Ciento setenta. Que, con todo, la cifra promedio de los gastos generales diarios determinada por el perito, resulta desproporcionada, si se aplica con respecto al período comprendido entre la fecha pactada de terminación prevista en el contrato, esto es, el 7 de noviembre de 2008 y el término teórico de las mismas, es decir, el 29 de diciembre del mismo año, fechas que determina un lapso de cincuenta y dos días.

Ciento setenta y uno. Que, en efecto, la determinación del término teórico descansa principalmente en la conclusión de una sola de las seis obras extraordinarias tantas veces referidas, la cual se prolonga, en su desarrollo, hasta el día 29 de diciembre. Todas las otras cinco obras extraordinarias, o bien, tienen su conclusión dentro del período pactado del contrato, o, en fechas no muy posteriores a aquélla.

Ciento setenta y dos. Que en el contrato, aunque no se exprese, existe una correlación entre lo invertido en el proyecto y los gastos generales debidos a la Constructora, que resulta racional distribuir como un gasto diario parejo, durante el desarrollo normal del contrato. No obstante, como se anunció más arriba, en la especie se produciría una grave desproporción si se aplicara el valor estimado de los gastos generales diarios durante el desarrollo normal del Proyecto, que repugna al sentido de equidad de este sentenciador. Este, a falta de otros antecedentes que le permitieran fijar, con mayor precisión, un promedio de gastos generales, para estos 52 días adicionales de vigencia, opta por atribuirles un valor equivalente a la mitad de la cifra fijada para el período normal, esto es, la suma diaria de 268,25 UF. Por ello, fundado en la equidad, en lo resolutive de este fallo se accederá a lo solicitado por ZZ, bajo este rubro, pero solo hasta la suma de 13.948,74 UF, que se obtiene de multiplicar el valor determinado como gasto general diario de 268,25 UF, por el período indicado de cincuenta y dos días.

Ciento setenta y tres. Que ZZ también, en relación con los gastos generales, ha reclamado los que le corresponderían por el mayor valor experimentado por el contrato en razón de la ejecución de las obras adicionales y extraordinarias. Indica que en el presupuesto inicial, la Constructora tenía derecho a 96.045,344 UF, por estos gastos. El incremento de valor de las obras adicionales y extraordinarias -indica- las llevó a un total de 207.916 UF. Tal suma excede largamente el 10% del valor del contrato lo que provoca automáticamente un aumento de los gastos generales, conforme al inciso quinto de la cláusula séptima.

Ciento setenta y cuatro. Que, en efecto, la referida disposición contractual estipula: "Las Obras Adicionales y Extraordinarias no alterarán el plazo de la ejecución de las obras, así como tampoco los gastos generales y utilidad del presupuesto siempre que la variación porcentual del volumen del trabajo contratado, en relación al total de las obras y trabajos originalmente encomendados en razón del presente contrato, sea menor o igual a un 10% de ellos y no se afecte la programación de la obra. Por el contrario, si la variación del volumen del

trabajo sea superior a un 10%, se pagarán los gastos generales asociados y, sobre el costo directo, el aumento, del 6,1% de utilidad señalado en la oferta”...

Ciento setenta y cinco. Que ha existido discusión entre las partes acerca de la interpretación de esta disposición contractual. En efecto, su tenor tiene una cierta ambigüedad que permitiría calcular el incremento del gasto de dos maneras, siempre en casos que su aumento sea superior al 10%: Que el incremento debe pagarse, en su totalidad cuando se da el presupuesto de incremento superior al mencionado guarismo, o bien, que solo se debe pagar el exceso que se produzca sobre el referido 10%.

Ciento setenta y seis. Que el perito informa que...“lo habitual en la industria es aplicar el porcentaje de gastos generales descontando la variación del 10% antes mencionada”. Sin decirlo, parece estar aplicando el Artículo 1.546 del Código Civil, el que hace aplicable, como se ha visto, la costumbre para determinar el contenido de una obligación.

Ciento setenta y siete. Que este Árbitro concuerda con la interpretación del perito y tiene una razón adicional que emana de la naturaleza del contrato que celebraron las partes. Este, como lo indica su título y se refleja en sus estipulaciones, es un contrato por una suma fija, de modo que busca traspasar a la Constructora los riesgos de las variaciones que puede experimentar la obra. Por cierto reconoce algunas excepciones, como ocurre con el costo del acero, ya analizado, y también con el valor de los gastos generales. Con todo, con respecto a estos últimos, la norma excepcional, si bien ambigua, debe interpretarse como toda excepción, esto es, restrictivamente.

Ciento setenta y ocho. Que lo anterior quiere decir que ZZ debe hacerse cargo de toda aquella parte de los gastos generales que suman hasta el 10% del monto del contrato y que XX solo debe asumir el exceso.

Ciento setenta y nueve. Que el Informe determina en la sección 4.3.12 el monto efectivo del aumento del presupuesto de la obra en razón de las obras adicionales y extraordinarias. Lo hace a partir del cálculo que realiza en los Anexos 16 A y 16 B. El primero de dichos cálculos arroja un valor final de 1.367.994,21 UF y el segundo de 1.356.330,36 UF. La razón de la diferencia se encuentra en la estimación que el perito efectuó, respecto de la disminución del valor del contrato, en función del retiro de las obras consistentes en el local automotriz y el edificio de restaurantes al cual se hizo referencia a propósito de las peticiones de XX en este fallo.

Ciento ochenta. Que este sentenciador optó en esa oportunidad por estimar que el valor de las obras retiradas del alcance del contrato ascendía a 36.877,55 UF lo que concuerda con la alternativa A propuesta por el perito. Esto conduce a que el incremento del presupuesto, por la vía de las obras adicionales y extraordinarias tenga un impacto mayor en el crecimiento del costo total del proyecto. De conformidad a este procedimiento, el porcentaje de crecimiento asciende a 16,9% y no a 15,9% como sería en la otra alternativa.

Ciento ochenta y uno. Que en razón de la interpretación que se ha adoptado en este fallo con respecto al sistema aplicable para determinar el incremento de los gastos generales, causado por el aumento del valor de las obras y la alternativa enunciada en el motivo precedente, se sigue necesariamente que esta sentencia debe disponer el pago de un 6,9%, de incremento (que resulta de restar al incremento total de 16,9%, el 10% que es de cargo de la Constructora) por este concepto, lo que expresado en unidades de Fomento asciende a 10.450,63 de esas unidades. A dicho monto se debe agregar la misma proporción en la obra adicional N° 102, del Anexo 12 D, esto es, los consumos de electricidad y agua potable de algunos arrendatarios, por un monto de 410,54 UF. Ello incrementa en 69,38 UF el monto de los gastos generales a los cuales tiene derecho ZZ.

Ciento ochenta y dos. Que, en consecuencia, en lo dispositivo, se reconocerá el derecho de ZZ a percibir los gastos generales que se devengaron en su favor por concepto de aumento de obras, los que ascienden a 10.520,01 UF.

Ciento ochenta y tres. Que ZZ ha demandado también la utilidad que le correspondería con respecto al incremento del presupuesto producido por las obras adicionales y extraordinarias, por aplicación de la cláusula séptima del contrato que otorga a la Constructora el derecho a percibir un 6,1% del costo directo de las mismas. La determinación de este valor, al igual que los gastos generales depende de la alternativa que se tome con respecto al valor final del contrato, cosa que ya se hizo en este fallo al decidir con respecto a los gastos generales. Consecuentemente, tomando el incremento del valor del contrato consignado en la alternativa A (página 94 del Informe), corresponde una mayor utilidad de 4.052,60 UF, a la cual debe agregarse el incremento de la utilidad por la obra adicional N° 102, a la cual también se hizo referencia en el cálculo de los gastos generales que asciende, en este caso a 25 UF. Por todo lo dicho, en lo dispositivo de esta sentencia se impondrá el pago de un total de 4.077,60 UF.

Ciento ochenta y cuatro. Que ZZ ha demandado asimismo la restitución de los mayores recursos, por un monto de 72.413 UF, que debió emplear en el diseño y construcción del centro comercial derivados de las modificaciones introducidas por la Mandante. Tales recursos corresponderían a mano de obra directa, por 34.858 UF; mano de obra indirecta, 6.015 UF; equipos adicionales, por 23.101 UF; 8.439 UF por bonos y 402 UF por aguinaldos.

Ciento ochenta y cinco. Que hay que dejar establecido, en primer lugar, que el peso de la prueba corresponde, en este punto, a ZZ, la que tienen que probar la existencia, la necesidad y el monto de la obligación de XX de incorporar estos recursos adicionales que no fueron contemplados en el presupuesto de las obras. Así lo dispone el Artículo 1.698 del Código Civil.

Ciento ochenta y seis. Que el Informe acota, en primer lugar que, generalmente, la exigencia de mayores recursos para cumplir dentro de un plazo estipulado -también conocida como aceleración- es causada por requerimientos de la Mandante, destinados a reducir plazos o incrementar las obras sin aumentar el plazo pactado.

Ciento ochenta y siete. Que en la especie esto no ocurre así, ya que es la Constructora quien de *motu proprio* incrementa los recursos en los términos reseñados anteriormente, fundándose en la introducción de importantes modificaciones durante el desarrollo del proyecto.

Ciento ochenta y ocho. Que con todo, el Informe introduce tres elementos de la mayor importancia para decidir en este punto.

Ciento ochenta y nueve. Que el primero de ellos dice relación con la forma de presentar, a la aprobación de la Mandante, las obras adicionales y extraordinarias. Siempre, en su presupuesto, ZZ consideró las horas-hombre necesarias para su desarrollo, lo que significa que el incremento de las obras no se hacía con el personal ya contratado para el proyecto. Esto implica que el mayor gasto que asumía la Constructora no lo financiaba con sus propios recursos sino que con cargo a la Mandante.

Ciento noventa. Seguidamente el Informe da cuenta que, a septiembre de 2008, las horas-hombre presupuestadas por ZZ se habían empleado prácticamente en su totalidad (841.000 horas-hombre, aproximadamente) y que, en el período siguiente, no se producen contrataciones significativamente mayores, ya que se emplean 174.000 horas-hombre, aproximadamente, entre el 1 de octubre y el 7 de noviembre - fecha de término del contrato- y 135.000 de dichas horas entre esta última fecha y fines de diciembre. Finalmente, entre enero y abril de 2009 la cifra no pasa de 37.000 horas, aproximadamente.

Ciento noventa y uno. Que el comentario que surge de estas cifras es que no se nota un crecimiento desmesurado de la contratación de horas hombre en el período en que ZZ se considera fuertemente exigida por la introducción de importantes y numerosas modificaciones.

Ciento noventa y dos. Que el tercer aspecto dice relación con el ritmo de desarrollo de las obras, que se grafica en el cuadro incluido en la sección 4.3.14 del Informe (ver página 99), en el cual se compara el avance real de las obras con respecto al avance programado de las mismas entre diciembre de 2007 y enero de 2009. El primero de ellos se mantiene prácticamente más bajo que el segundo, durante casi todo el desarrollo del contrato. Esta circunstancia se ve reforzada por el testimonio de don J.C., testigo de XX, de fs. 431, el cual señala que el atraso en las obras se debió a la insuficiente asignación de recursos para el desarrollo de la obra.

Ciento noventa y tres. Que no puede omitirse el testimonio del testigo A.A., testigo de ZZ y dependiente suyo, que presenta la asignación del recurso laboral en la perspectiva del número de contratados. Indica que el fuerte incremento de la contratación de trabajadores se produce a partir de julio de 2008 -época en que se escritura el contrato y se conviene un nuevo plazo-, el cual se mantiene hasta diciembre de 2008, teniendo su punto más alto en noviembre de 2008.

Ciento noventa y cuatro. Que no se nota, sin embargo, un impacto extraordinario de esta variable, ya que no introduce un cambio que se podría considerar dramático en el avance de las obras que muestra el gráfico de fs. 99 ya aludido.

Ciento noventa y cinco. Que los tres factores considerados no aportan elementos que prueben la tesis de la aceleración, ya que ninguno de los datos incluidos en este análisis indica una corrección importante en el ritmo de las obras. El incremento de los recursos, de haber existido, se puede explicar perfectamente como el esfuerzo de ZZ de cumplir dentro del plazo contractual del 7 de noviembre de 2008. No puede, por ello, darse por establecido que en los hechos haya habido una aceleración, razón por la cual no se puede acceder a lo solicitado por ZZ. Así se dispondrá en lo resolutive de esta sentencia.

Ciento noventa y seis. Que ZZ ha solicitado asimismo el pago de los costos financieros en que incurriera con motivo de la mora de XX en el pago de sus créditos a favor de la Constructora. Argumenta que tales costos alcanzaban al 31 de agosto de 2009 a 22.322 UF y estima que la tasa aplicable a ellos es el interés máximo legal.

Ciento noventa y siete. Que el contrato consigna la obligación de XX de pagar intereses cuando su demora en el pago de los estados de pago supere los treinta días. Dicho plazo se cuenta entre el “ingreso y recepción de la factura en el domicilio de TR1, la cual deberá contar con el visto bueno de la ITO y del Mandante” (cláusula cuarta letra b). No indica, sin embargo, qué tasa debe aplicarse.

Ciento noventa y ocho. Que el contrato no determina la tasa de interés aplicable para indemnizar a la Constructora por la mora de la Mandante, no obstante ZZ reclama al interés máximo convencional. Según dispone el inciso segundo del Artículo 1.559, en relación al Artículo 19 de la Ley 18.010, en la especie corresponde aplicar intereses corrientes.

Ciento noventa y nueve. Que ZZ ha solicitado ser indemnizada por los costos financieros en que ha incurrido por los retrasos de XX, en el cumplimiento de sus obligaciones dentro de los cuales se encuentran muchas por la cuales ha debido demandar en esta causa.

Doscientos. Que a juicio de este Árbitro la aplicación de la tasa máxima debe pactarse en forma expresa, como cláusula penal, ya que constituye una sanción para el incumplimiento de la respectiva obligación dineraria. No siendo este el caso, corresponde aplicar intereses corrientes.

Doscientos uno. Que dado que esta cuestión no solo atañe a ZZ sino también a XX, en lo resolutivo del fallo el Árbitro dispondrá, en el ejercicio de sus facultades de Arbitrador, la forma de liquidar los créditos recíprocos, de compensarlos recíprocamente, en su caso y determinar la forma de aplicar intereses.

Doscientos dos. Que, finalmente, ZZ solicita la condenación en costas para XX.

Doscientos tres. Que como se dijo frente a igual petición de esta última, la decisión sobre costas será una sola y se tomará luego de pronunciar las decisiones relativas a las peticiones de las partes.

Y visto lo dispuesto en los Artículos 1.453, 1.454, 1.489, 1.545, 1.546, 2.003 1.551, 1.552, 1.556 y siguientes, 1.560, y siguientes, 1.698 y 2.003 del Código Civil; 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y las Bases de Procedimiento establecidas en la presente causa;

RESUELVO:

a) CON RESPECTO A LA DEMANDA INTERPUESTA POR XX:

- 1º. Que no ha lugar a la solicitud que se declare la resolución del contrato por los incumplimientos de ZZ.
- 2º. Que se acoge parcialmente su demanda en cuanto solicita que ZZ debe restituirle la suma equivalente a 36.877 UF, por pagos efectuados en exceso, con respecto a obras que no se ejecutaron en razón de haberse retirado del alcance del contrato.
- 3º. Que no se hace lugar a la solicitud de ser indemnizada por obras no ejecutadas o mal ejecutadas por la Constructora.
- 4º. Que se acoge la demanda en cuanto se dispone que ZZ deberá restituir la suma equivalente a 14.730,60 UF por el mayor valor indebidamente cobrado por el suministro de acero.
- 5º. Que se hace lugar parcialmente a su solicitud en orden a ser indemnizada por la mora de ZZ en la entrega del centro comercial, la cual se evalúa en 21.060 UF.
- 6º. Que se rechaza la demanda en cuanto se solicita la aplicación de multas por la mora de la Constructora en la entrega de los hitos parciales convenidos.
- 7º. Que se rechaza su solicitud de ser indemnizada por los demás perjuicios que reclama.
- 8º. Que no se hace lugar a su petición de obtener una caución bancaria en garantía de las obras ejecutadas por ZZ.
- 9º. Que no se acoge su petición de condenar a ZZ al pago de la totalidad de las costas.

b) CON RESPECTO A LA DEMANDA INTERPUESTA POR ZZ:

- 1º. Que no se da lugar a su petición en orden a que se declare cabalmente cumplido el contrato, objeto de la litis, y en su lugar se declara que el contrato se encuentra terminado, porque las obras fueron aceptadas y recibidas definitivamente por XX.
- 2º. Que se dispone que XX deberá proceder al pago del Estado de Pago N° 14, por un monto equivalente a 23.921 UF.

- 3°. Que se dispone que XX deberá proceder a restituir a ZZ el fondo de garantía contractual que retiene, que asciende a 62.176,02 UF.
- 4°. Que XX deberá pagar a ZZ el equivalente a 54.221,72 UF por obras extraordinarias y adicionales ejecutadas y no pagadas a la Constructora.
- 5°. Que XX deberá pagar a ZZ el equivalente a 13.948,74 UF por concepto de gastos generales por el período que media entre el 7 de noviembre y el 29 de diciembre de 2008.
- 6°. Que XX deberá pagar a ZZ el equivalente a 10.520,60 UF por gastos generales devengados en razón de las mayores obras extraordinarias y adicionales.
- 7°. Que por el mismo concepto indicado en el número anterior XX deberá pagar a ZZ, por utilidades la cantidad equivalente a 4.077,60 UF.
- 8°. Que no se acoge la solicitud de ZZ de ser indemnizada por los mayores recursos y costos financieros que dice haber invertido en la ejecución del contrato.
- 9°. Que no se da lugar a la aplicación de intereses convencionales máximos, respecto de los créditos que tiene en contra de XX, sin perjuicio de lo que se dispone en cuanto a la liquidación de la sentencia, en esta parte resolutive.
- 10°. Que no se condena a XX al pago de la totalidad de las costas, sin perjuicio de lo que se dispone más adelante.

c) COSTAS:

Que se dispone que por haber existido motivo justificado para litigar, no se condena en costas a ninguna de las partes, absorbiendo cada una las suyas de carácter personales, y aquellas procesales, derivadas del juicio, las deberán soportar por mitades.

d) LIQUIDACIÓN DE LA SENTENCIA:

Existiendo, según esta sentencia, deudas recíprocas, para determinar lo definitivamente adeudado por las partes, en la ejecución de esta sentencia se deberá proceder del modo siguiente:

- a) Con respecto a las deudas que se hallaban vencidas a la fecha del término real de las obras (8 de enero de 2009), los intereses se aplicarán desde la fecha de vencimiento de esas obligaciones.
- b) Los créditos que se reconocen como consecuencia del fallo, como ocurre con las restituciones, y aquellas obligaciones que se originen en la dictación de la sentencia, como ocurre con las indemnizaciones, devengarán intereses desde la fecha de notificación del fallo.
- c) Para los efectos del cálculo de los intereses se aplicarán las reglas de la Ley 18.010, correspondientes a las deudas reajustables en Unidades de Fomento, superiores a 5.000 UF.
- d) La liquidación se practicará de común acuerdo por las partes, a requerimiento de cualquiera de ellas. En caso de surgir desacuerdos sobre la forma de hacerlo, las partes designarán a un tercero para practicarla por ellas. Si no hubiere acuerdo en cuanto a dicho tercero, resolverá este Árbitro a requerimiento de cualquiera de las partes.

e) MINISTRO DE FE:

Se designa como ministro de fe para autorizar la presente sentencia y para dar copias autorizadas de la misma al notario de Santiago, don NT. Resolvió don Andrés Cúneo Macchiavello, Árbitro.