

Leslie Tomasello Hart

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 4 de junio de 2012

Rol 1303-2010

MATERIAS: Contrato de diseño y construcción - Bases Administrativas – Subcontrato - Demanda de cobro de pesos e indemnización de perjuicios - Obligaciones insolutas según contrato original y por obras nuevas o extraordinarias - Caso fortuito - Excepción de contrato no cumplido - Excepción de compensación - Naturaleza y deberes del Árbitro Arbitrador (*jura novit curia*) – Subcontratación - Actos propios - Confesión extrajudicial - Enriquecimiento sin causa.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX interpuso en contra de la sociedad ZZ demanda civil de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, reclamando el pago de obras ejecutadas conforme al contrato original y por concepto de obras nuevas o extraordinarias, reclamando además por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero para los propósitos señalados. La demandada alegó retraso en la ejecución de las obras por parte de la actora y que las mayores exigencias formuladas por el primer contratante del contrato base eran constitutivas de caso fortuito; en subsidio, que la demandante no había cumplido sus obligaciones dentro de plazo y, por ello, opuso la excepción de contrato no cumplido; y, doblemente en subsidio, opuso la excepción de compensación judicial derivada de multas que estimó debía aplicar conforme al subcontrato.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Artículos 1.444, 1.545, 1.546, 1.552 y 1.655 del Código Civil.

DOCTRINA: En el procedimiento ordinario iniciado por la demandada en contra de su contraparte en el contrato base, alegó haber dado cabal cumplimiento a todas las obligaciones derivadas de éste, procedimiento que se tuvo a la vista en todo lo que concierne a su período de discusión. Sin embargo, en el procedimiento en que incide el arbitraje, la misma demandada argumentó que la demandante no había dado cumplimiento al subcontrato a través del cual, en alta medida, se dio cumplimiento al contrato base. Sin perjuicio de toda la prueba en cuanto a los hechos, el Árbitro Arbitrador estimó que, no obstante su calidad, la equidad debe conformarse al derecho dispositivo contractual y a la teoría general del contrato; discurrió en cuanto al fenómeno de subcontratación subyacente en el proceso; otro tanto en cuanto a la doctrina de los actos propios, desde los puntos de vista doctrinario y jurisprudencial, destacando que el actuar de la demandada en el proceso iniciado por ella en contra de su contratante en el contrato base era contradictorio con su conducta previa y coetánea al proceso arbitral, a tal grado que en aquél dejó constancia que había sido demandada por su contratante en el subcontrato y, más aún, pretende una cantidad por este capítulo; señaló que la conducta referida entrañaba una confesión extrajudicial por parte de la demandada en el arbitraje; y, finalmente, discurrió que si la demandada obtuviere en el procedimiento iniciado en contra de su contratante en el contrato base y, sin embargo, nada pagare a su contratante en el contrato derivado, se produciría un enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN: La demanda fue acogida parcialmente en lo que concierne a obligaciones insolutas que tenían su origen en el contrato original y las obras nuevas o extraordinarias, por el monto que se determinó parcialmente en el proceso, pero se rechazó en cuanto a la deuda adquirida en el sistema financiero, por no estar suficientemente acreditado que los fondos obtenidos fueron efectivamente aplicados a las labores desarrolladas en la ejecución del contrato y, de haberlo sido, si se diere lugar a lo pretendido, a lo menos en cuanto al capital, la demandada estaría siendo condenada a un doble pago, con el correlativo enriquecimiento sin causa, ahora para la demandante. Dio lugar a la pretensión de reajustes y de intereses moratorios, aplicando el respectivo interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional. No condenó en costas a la demandada por no haber sido totalmente vencida.

En cuanto a las excepciones, alegaciones o defensas de la demandada, en lo que concierne a que fue un contratante diligente y que las mayores exigencias e incumplimientos por parte del contratante en el contrato base constituían un caso fortuito o fuerza mayor, la desestimó, por no ser compatible con lo que la misma demandada había sostenido en el procedimiento iniciado contra su contratante en el contrato base y porque los incumplimientos de éste los estimó inoponibles a su contratante en el contrato derivado; rechazó la alegación subsidiaria de excepción de contrato no cumplido, precisamente por lo argumentado por la demandada en el procedimiento iniciado en contra de su contratante en el contrato base, agregando que en el desempeño por su parte debe entenderse incluido el del subcontratante; y, finalmente, en cuanto a la excepción de compensación, fue igualmente rechazada atendido que la demandada sostuvo que su contraparte en el contrato base no estaba legitimada para imponerle multa alguna y que, por consiguiente, mal

podía pretender imponerlas a la demandante en el procedimiento arbitral, destacando que, en lo procesal, la compensación judicial debió dar lugar a la correspondiente reconvencción, que no se hizo valer no obstante estar contemplada en el procedimiento arbitral acordado por las partes.

SENTENCIA:

Santiago, 4 de junio de 2012.

VISTOS:

1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO:

a) El 8 de octubre de 2010 XX Ltda. (en lo sucesivo, XX) comunicó al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago la solicitud de someter al arbitraje de éste la diferencia existente con ZZ S.A. (en lo sucesivo, ZZ) (fs. 1), acompañando copia auténtica del contrato que contiene la cláusula arbitral (fs. 3). Lo anterior sin perjuicio de la carta que el 8 de octubre de 2010 don P.V., en representación de XX (fs. 5 y siguientes), dirigió al mismo Centro.

b) El referido contrato, denominado "Contrato de Diseño y Construcción N° 01/2009", celebrado el 31 de marzo de 2009 entre ZZ y XX, se agregó a los autos a fs. 8 y siguientes, en su cláusula decimosexta contiene la cláusula compromisoria en el sentido que "cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución del contrato o cualquier otro motivo, será sometida a arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (en lo sucesivo, CAM), vigente al momento de solicitarlo", confiriendo poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. para que, a petición de cualquiera de las partes, designare un Árbitro Arbitrador de entre los integrantes del Cuerpo Arbitral del CAM, pactándose, además, que en contra de las resoluciones del Arbitrador no procederá recurso alguno (fs. 36), lo cual ha de entenderse sin perjuicio de las excepciones que ello admite con arreglo a derecho.

c) A fs. 40 rola escritura pública de constitución de sociedad XX Ltda., otorgada el 23 de junio de 1999 ante el Notario de Santiago don NT1, pudiendo usar el nombre de fantasía XX (cláusula primera).

La administración de la sociedad y el uso de la razón social se entregan al socio TR1, cometiéndole, entre otras facultades, la representación judicial conforme a ambos incisos del Artículo 7° del Código de Procedimiento Civil (cláusula cuarta a fs. 46).

d) A fs. 49 rola escritura pública otorgada el 7 de septiembre de 1999 ante el Notario de Santiago don NT2, suplente del titular don NT1, en cuya virtud don P.V., en representación de TR1, designa a don P.V. para que represente a la mandante ante sociedad XX.

e) Con fecha 18 de octubre de 2010 (fs. 51) la Cámara de Comercio de Santiago A.G. designó Árbitro Arbitrador al suscrito a fin que se abocare a conocer y resolver la controversia antes referida, disponiendo la notificación de la designación a las partes para los efectos dispuestos en el Artículo 10 inciso 2° del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM, es decir, para que hicieren valer las causales de inhabilitación del Árbitro que estimaren procedentes.

f) A fs. 53 la Secretaria General del CAM Santiago, doña Karin Helmlinger C., certifica que, habiendo transcurrido el plazo pertinente, no se han presentado oposiciones a la designación del suscrito.

g) A fs. 54 rola acta de aceptación y juramento por parte del Árbitro que suscribe.

h) Por resolución de 22 de noviembre de 2010, se tiene por constituido el compromiso y cita a las partes a comparendo a fin de acordar las normas de procedimiento (fs. 55), sin perjuicio que por resolución de fs. 57, a petición de XX, se señala nuevo día y hora, constando a fs. 58 y 59 el debido emplazamiento de las partes.

i) A fs. 60 rola mandato otorgado por don AB1, en representación de ZZ, a don AB2, AB3, AB4 y AB5, para que actuando conjunta o separadamente en forma indistinta, actúen judicialmente en representación de la mandante, personería que se acompaña por escrito de fs. 62.

j) A fs. 63 rola acta de comparendo celebrado el 28 de diciembre de 2010, en que las partes acuerdan lo concerniente al procedimiento, siendo supletorios el Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM y las normas contenidas en los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil, en lo pertinente al procedimiento arbitral ante Árbitro Arbitrador.

Con todo, se conviene que “el Árbitro, con el fin de asegurar una correcta y eficiente conducción del procedimiento y respetando las normas del debido proceso establecidas en nuestro ordenamiento jurídico vigente, estará facultado para dictar normas procesales que complementen las que a continuación se indican”.

k) Finalmente, el Árbitro deja constancia que está dictando sentencia definitiva dentro del plazo para dictarla y del plazo del arbitraje.

2. LAS BASES ADMINISTRATIVAS DEL LLAMADO A PROPUESTA PÚBLICA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS PROVISORIAS DE REPOSICIÓN DEL CONSULTORIO TR2, DE DICIEMBRE DE 2008:

Antes de aludir al contrato celebrado por ZZ con el Servicio de Salud TR3 (en lo sucesivo, Servicio o TR3) y, a continuación, al contrato celebrado por la ZZ con XX, se dejará constancia de las Bases Administrativas que preceden al primer contrato referido y, como se verá, al segundo:

a) Las referidas Bases fueron acompañadas por XX en el primer otrosí de su escrito de demanda de fs. 129, concretamente a fs. 150, y rolan a fs. 71 y siguientes.

b) En su Artículo 1°, bajo el epígrafe “Objetivos”, dejan constancia que regulan la propuesta pública para el “Diseño y Construcción de Proyectos de Arquitectura, Ingeniería y Especialidades de las Obras de Reposición del Consultorio TR2 de la ciudad de MM” (fs. 75).

c) En su Artículo 3°, bajo el epígrafe “Alcances del Trabajo”, expresan que “el trabajo que se licita, comprenderá el Desarrollo del Diseño de Proyectos de Arquitectura, Ingeniería y Especialidades y Construcción de las Obras Provisorias del Consultorio TR2 de la ciudad de MM”, agregando su Artículo 4°, bajo el epígrafe “Identificación de la Obra”, que “corresponde al desarrollo del diseño y construcción de un edificio de tres pisos de aproximadamente 3.600 m2, destinado a obra Provisoria de Reposición del Consultorio TR2” (fs. 80).

d) En su Artículo 16°, bajo el epígrafe “Modalidad y Forma de Pago – Etapas”, se conviene que “para los efectos del Contrato entre el Servicio y el Contratista se establece que la modalidad de pago será por Estados de Pago, de acuerdo con el avance efectivo visado por la I.T.P. (Inspección Técnica del Proyecto) o I.T.O. (Inspección Técnica de la Obra), según sea la etapa que corresponda (Diseño o Construcción), de acuerdo al detalle indicado en el punto 16.1 de las presentes B.A.” (Bases Administrativas) (fs. 89).

e) En su Artículo 32°, bajo el epígrafe “Plazos del Contrato”, se dispone que “el Contrato comenzará regir a partir de la total tramitación de la resolución que lo aprueba. Ello sin perjuicio que pueda establecerse en el mismo acuerdo de voluntades que por razones de buen servicio las prestaciones que derivan del contrato se iniciarán con anterioridad no obstante el pago puede efectuarse sólo una vez concluido dicho trámite”.

“Se entenderá que los plazos fijados en dicho Contrato serán plazos máximos, y no habrá modificaciones de ellos, salvo que por razones de fuerza mayor o caso fortuito, el Servicio otorgue un aumento de plazo a petición del Contratista, quien deberá solicitarlo por escrito. En todo caso, la solicitud de ampliación de plazo, deberá efectuarse con 10 días hábiles de anticipación al término de la etapa respectiva. El Servicio una vez estudiados los antecedentes, resolverá sobre su rechazo o aprobación mediante Resolución Administrativa, en un plazo máximo de 5 días hábiles. Todo lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 39° de las presentes Bases”, precepto este último que dice relación con la “modificación de los plazos contratados”. (fs. 104 y 106 y siguiente, respectivamente).

f) En su Artículo 38°, bajo el epígrafe “Modificaciones del Trabajo Contratado”, se dispone que “durante el desarrollo de la primera etapa del trabajo encomendado (Diseño), el Servicio podrá disponer modificaciones internas de la superficie de trabajos, siempre que la modificación no afecte la superficie total y sin que ello signifique aumento del plazo del contrato, ni faculte al Contratista para solicitar indemnización alguna”.

“Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio podrá encomendar al contratista obras nuevas u obras extraordinarias durante todo el desarrollo de (del) Proyecto, en cualquiera de sus etapas, de acuerdo a la normativa legal vigente. Con todo, el aumento o disminución del contrato no podrá exceder de un 20% del precio original...” (fs. 105 y siguiente).

g) En el Artículo 39°, bajo el epígrafe “Modificación de los Plazos Contratados”, se establece que “las variaciones previstas en el Artículo anterior podrán significar un aumento o disminución del plazo contratado para el desarrollo de la obra, lo que se determinará una vez estudiados los antecedentes presentados por el Contratista y se aprobará o rechazará mediante Resolución Exenta o Afecta según sea el caso”..., pasando a indicarse las situaciones en que los plazos se pueden modificar y aquéllas en que no pueden aumentar (fs. 106 y siguientes).

h) En su Artículo 40°, bajo el epígrafe “Término Anticipado del Contrato”, se establecen los casos en que se le puede poner término, a cuyo efecto desde luego se deja constancia que el Servicio no puso término anticipado al contrato alegando incumplimiento del Contratista, entre otras causales “si se registra un retraso acumulado en las etapas parciales, mayor a 20 días corridos durante la ejecución del Proyecto” (fs. 107 y siguientes).

i) En su Artículo 41° aparece contemplado el régimen de “Multas”, enunciando los casos en que el Servicio está facultado para aplicarlas, entre otras, por atraso, estableciendo que “el incumplimiento por parte del Contratista de los plazos estipulados en la entrega de cada una de las etapas parciales a que se refiere el desarrollo del proyecto, dará origen a multas por cada día de atraso” (fs. 108 y siguiente).

j) En su Artículo 42°, bajo el epígrafe “Plazos de Ejecución de la Obra”, se dispone que “el plazo contratado de ejecución del proyecto, es el plazo ofertado por el contratista en su propuesta técnica, sumadas todas las ampliaciones de plazo autorizadas por la Unidad Técnica”.

“El plazo efectivo de ejecución del proyecto será el utilizado por el contratista para la ejecución de ésta, el que debe comprender el tiempo utilizado para la solución de las observaciones requeridas por la Comisión de Recepción Provisoria” (fs. 109).

k) En su Artículo 50°, bajo el epígrafe “Inicio del Trabajo”, se dispone que “el Contratista deberá comenzar los trabajos de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 32° de las presentes BA. Este será considerado el día 0 para efectos de la Carta Gantt y será responsabilidad de la empresa proseguir de acuerdo con el programa de trabajo aprobado, hasta su terminación” (fs. 114).

l) En el Artículo 62°, bajo el epígrafe “Libro de Obras”, se dispone que “en la faena se mantendrá permanentemente un Libro de Obra con hojas foliadas en triplicado, que será proporcionado por el Contratista y estará a cargo del Profesional Coordinador General del Terreno y a disposición del Inspector Técnico de la Obra...” (fs. 120 y siguiente).

m) En su Artículo 66°, bajo el epígrafe “Subcontratos”, se dispone que “con autorización del Mandante, el Contratista podrá subcontratar parte de la obra, en cuyo caso subsistirán integralmente las garantías constituidas por el Contratista respecto de los trabajos subcontratados, como asimismo su responsabilidad frente al mandante por la ejecución de la totalidad de los trabajos encomendados, incluida la parte subcontratada. El Mandante se reserva el derecho de aceptar o rechazar Subcontratistas previa evaluación...” (fs. 123 y siguientes).

n) En el Artículo 68°, bajo el epígrafe “Aumentos y Modificaciones de Contratos, Obras Extraordinarias y Obras Nuevas”, se dispone lo conveniente al efecto.

3. EL CONTRATO CELEBRADO POR EL SERVICIO DE SALUD TR3 CON ZZ:

a) Sin perjuicio que este contrato fue acompañado por ZZ con su escrito de fs. 327 y siguientes (l. 2°) y que, en términos generales, replica las Bases Administrativas a que se ha aludido en el número que antecede, siendo de

destacar su cláusula séptima que faculta al Contratista para subcontratar parte de la obra en los términos ya referidos a propósito de tales Bases, en el proceso existen diversas alusiones a él y, por otra parte, con motivo del contrato celebrado entre las partes de este juicio, que es un subcontrato, el Árbitro entiende que, en lo esencial, el contrato a que nos referimos en este número ha de corresponder también al subcontrato a que se aludirá en el número siguiente.

b) En particular, según se referirá, respecto de la contienda judicial existente entre ZZ y el Servicio, el Árbitro oportunamente dispuso acompañar antecedentes relativos a este juicio, que igualmente dan cuenta del contrato a que se alude en el presente numerando.

c) En consecuencia, en esta parte de la sentencia arbitral no se hará mayor referencia al contrato celebrado por ZZ con el Servicio, en virtud de las Bases Administrativas a que se ha aludido en el número que antecede, dejando además constancia que en las páginas 14 y siguientes del informe pericial evacuado en autos (agregado al cuaderno separado de documentos según resolución de fs. 456 y siguientes en el N° 1 de su parte resolutive a fs. 458 y siguientes), a propósito del “Proyecto Licitado” (acápite 4.1.1), se relata el “Llamado a licitación por TR3”, “Oferta presentada por ZZ a TR3”, “Contrato entre TR3 y ZZ” y “Contrato entre ZZ y XX”, todo según Carpeta de Antecedentes Administrativos, Carpeta de Antecedentes Técnicos y Carpeta de Antecedentes Económicos que forman parte del informe pericial.

d) En lo que concierne al contrato a que se alude en este numerando, se deja constancia que “según Resolución Exenta N° 1275 de fecha 27 de marzo de 2009, TR3 adjudicó a ZZ el Servicio licitado en un valor total neto de \$ 2.847.204.624, con un plazo de entrega de 210 días corridos desde la adjudicación. La superficie ofertada fue 3.642,89 m2.”.

e) Con fecha 29 de abril de 2009 se suscribió el Contrato de Diseño y Construcción N° 01/2009 entre el Servicio y ZZ.

f) Por Resolución Afecta N° 325, de 5 de mayo de 2009, el Servicio aprobó el Contrato de Prestación de Servicios de Desarrollo del Diseño de Proyectos de Arquitectura, Ingeniería y Especialidades del Hospital TR2 de la ciudad de MM, suscrito con fecha 29 de abril de 2009 por el Servicio y la empresa ZZ.

g) La Contraloría Regional de la ciudad de UU tomó razón de la citada resolución, con fecha 13 de mayo de 2009. En el texto de la misma se reproduce íntegramente el contrato referido en el párrafo precedente, en el que se acordó:

- Alcance:
 - Desarrollo del Proyecto de Arquitectura (esta denominación incluye toda la etapa de diseño, es decir, arquitectura, ingeniería y especialidades).
 - Ejecución de la obra de construcción.
- Monto: \$ 3.388.173.500, impuesto incluido.
- Forma de pago: Según modalidad de Estados de Pago, de acuerdo con el avance efectivo visado por ITP o ITO según la etapa que corresponda (Diseño o Construcción).
 - Plazos: 210 días corridos a contar de la fecha de toma de razón de la Contraloría General de la República.
 - Plazo de etapa de diseño: 43 días corridos a contar de la notificación formal de toma de razón citada.
 - Plazo de etapa de construcción: 167 días corridos contados desde la puesta a disposición del terreno mediante comunicación escrita, debiendo cumplirse las condiciones materiales para ello.

4. EL CONTRATO DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN N° 01/2009 CELEBRADO ENTRE ZZ Y XX:

Este es el contrato en que estos autos arbitrales inciden directamente. Fue acompañado por XX en el primer otrosí (N° 2) de su demanda de fs. 129 y siguientes, concretamente a fs. 150, dejándose constancia que ya estaba acompañado a fs. 8 y siguientes, según se ha referido.

Fue celebrado por instrumento privado de 31 de marzo de 2009, apareciendo autorizadas las firmas de los representantes de las partes el 18 de mayo de 2009 por el Notario de Santiago don NT3:

a) En su cláusula primera se deja constancia, entre otros antecedentes, de las Bases Administrativas y de la adjudicación en favor de ZZ (fs. 8).

b) En su cláusula segunda se consigna que “mediante el presente contrato, “El Contratista”, se obliga a prestar los servicios de Desarrollo del Diseño de Proyectos de Especialidades de Agua Potable, Alcantarillado, Electricidad, Corrientes Débiles, Alarmas y Seguridad y Basuras y Construcción de las Obras Provisorias del Consultorio TR2 de la ciudad de MM, correspondiente al desarrollo de diseño y construcción de un edificio de tres pisos de aproximadamente 3.000 m2. según planos de Arquitectura de la oficina de F.G., destinado a obra Provisoria de Reposición del consultorio TR2, en el complejo hospitalario de alta resolutivez ubicado en la ciudad de MM, correspondiente al Proyecto de Normalización de dicho establecimiento hospitalario, que forma parte de la red asistencial del Servicio de Salud TR3”, consignándose a continuación las obligaciones que comprende el contrato, aludiéndose a “Desarrollo de Proyecto de Especialidades Indicados” y “Ejecución de la Obra de Construcción” (fs. 9 y siguientes).

c) En su cláusula cuarta se consigna que “el MANDANTE pagará a la empresa XX, la suma de \$ 2.228.263.958 (dos mil doscientos veintiocho millones doscientos sesenta y tres mil novecientos cincuenta y ocho pesos), más IVA, por los servicios de construcción objeto del presente contrato y la suma de \$ 16.050.000 (dieciséis millones cincuenta mil pesos) más IVA, por los servicios de diseño de Agua Potable, Alcantarillado, Electricidad, Corrientes Débiles, Alarmas y Seguridad y Basuras. Esta suma se pagará mediante la modalidad de Estados de Pago, de acuerdo con el avance efectivo visado por el Mandante previa revisión del Inspector Técnico del Proyecto (I.T.P.) o el Inspector Técnico de Obra (I.T.O.), según sea la etapa que corresponda (Diseño o Construcción), de acuerdo al detalle indicado en el punto 16.1 de las Bases Administrativas. Para estos efectos el Administrador del Contrato será quien autorice por parte del Mandante en etapa de Construcción y Jefe de Proyecto del Mandante para la etapa de Diseño....” (fs. 20 y siguientes).

d) En su cláusula octava se pacta que “el Contrato comenzará a regir, a partir de su firma y legalización notarial, considerándose esta fecha como fecha de inicio de vigencia del contrato, y de las correspondientes obligaciones legales que surgen para las partes”.

“Conforme a lo anterior, el Contratista debe dar cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones estipuladas en el presente contrato en un plazo de 210 días corridos totales incluido el diseño y construcción, considerando el día 43 como comienzo de la Etapa de Construcción y por consecuente de las obra (obras) (de) construcción, siempre y cuando se haga entrega del terreno por parte del Servicio de Salud TR3”.

“Cualquier atraso en la recepción del terreno por parte del Contratista que no sea responsabilidad de este último, postergará en igual cantidad de días el comienzo del plazo de las obras por parte del Contratista....” (fs. 25).
En el acápite 1 de esta cláusula se alude a la “Ejecución de la Obra de Construcción”, pactándose que “terminada la etapa del diseño con la aprobación de los documentos y planos enunciados en el Artículo 59° de las Bases Administrativas, éstos constituirán el insumo inicial para dar inicio a la etapa de ejecución de la obra”.

“Para formalizar el inicio de esta etapa el servicio de salud (Servicio de Salud) realizará el acto de entrega de terreno al Contratista, emitiendo el acta de entrega de terreno correspondiente”.

“La obra de construcción deberá estar basada mínimo en dos etapas, Obra Gruesa y Terminaciones para efectos de programación Gantt, y conforme a su oferta técnica el Contratista se obliga a ejecutar la construcción de la obra, en el plazo de 167 días corridos, contados desde la terminación de la respectiva etapa de desarrollo de proyecto, debiendo contar en todo caso con los permisos de construcción correspondientes, siendo expresamente responsabilidad del Mandante la obtención de los referidos permisos” (fs. 26).

A continuación, alude a las circunstancias en que se pueden modificar los plazos y en que ello no es posible (fs. 26 y 27).

e) En su cláusula novena se pacta que “las partes acuerdan que durante el desarrollo de la primera etapa del trabajo encomendado (Diseño), el Servicio a través del Mandante, podrá disponer de modificaciones internas de la superficie de trabajos, siempre que la modificación no afecte la superficie total y sin que ello signifique aumento del precio del contrato, ni faculte al Contratista para solicitar indemnización alguna”.

“Sin perjuicio de lo anterior, el Mandante podrá encomendar al Contratista obras nuevas u obras extraordinarias durante el desarrollo de Proyecto, en cualquiera de sus etapas....” (fs. 27).

f) La cláusula décima contiene el régimen de multas derivadas del incumplimiento por parte del contratista de los plazos estipulados en la entrega de cada una de la (las) etapas a que se refiere el desarrollo del proyecto o en subsanación de las observaciones formuladas, emulando el régimen de multas de que dan cuenta las Bases Administrativas antes referidas y, en consecuencia, el contenido en el contrato celebrado entre el Servicio y ZZ, según se infiere, además, del procedimiento judicial que se ventila ante la Justicia Ordinaria entre ZZ y el Servicio, según se aludirá más adelante (fs. 27 y siguientes).

g) En su cláusula decimocuarta se consignan las circunstancias en que el Mandante puede poner término anticipado al contrato, entre otras razones, “si se registra un atraso acumulado en las etapas parciales, mayor a 20 días corridos durante la ejecución del Proyecto”, es decir, nuevamente emulando lo que disponen las referidas Bases y contrato (fs. 34 y siguientes).

h) Finalmente, cabe tener presente que en su cláusula decimosexta está contenido el compromiso de que se ha dado cuenta en el N° 1 que antecede (fs. 36 y siguientes).

5. LA DEMANDA:

a) A fs. 129 y siguientes XX interpone demanda civil ordinaria de cumplimiento de contrato, cobro de pesos e indemnización de perjuicios en contra de ZZ, rectificadas fs. 151 en lo que concierne a los montos pretendidos.

Solicita que se condene a ZZ a pagar a XX todas las prestaciones adeudadas a raíz de la ejecución del Contrato Diseño y Construcción N° 1/2009 a que ya se ha aludido en el número que antecede, señalando que el actor habría cumplido todas las obligaciones que eran de su cargo, tanto en los términos originalmente estipulados como asimismo con ocasión de los aumentos de obras extraordinarias necesarias que le fueron exigidas.

b) En su Capítulo I.- “Hechos y Antecedentes Generales vinculados al Proyecto objeto de la Contratación” se refieren los antecedentes relativos a las Bases Administrativas, al contrato suscrito entre el Servicio y ZZ, consignando que la resolución aprobatoria fue cursada con alcance por la Contraloría General de la República el 13 de mayo de 2009 y agregando que el 26 de mayo de 2009 comenzó a regir el contrato entre ZZ (como mandante) y XX (como subcontratista), sin perjuicio de que el contrato aparece datado el 31 de marzo de 2009 (fs. 130 y 131).

Deja constancia que las Bases Administrativas constituyen el instrumento fundamental de la licitación del proyecto y que existen dos contratos vinculados a ellas, a saber, los dos ya referidos entre el Servicio y ZZ y, particularmente para los fines del juicio, entre ZZ y XX (fs. 132).

Expresa que ZZ encomendó a XX la prestación de los servicios de desarrollo del Diseño de Proyecto de Especialidades de Agua Potable, Alcantarillado, Electricidad, Corrientes Débiles, Alarmas y Seguridad y Basuras, construcción de las obras provisorias del Consultorio, por los valores que ya han sido referidos (fs. 132).

En cuanto a los plazos del contrato, destaca que en el celebrado entre el Servicio y ZZ, las Bases establecieron que comenzaría a correr a partir de la total tramitación de la resolución aprobatoria, es decir, la ya referida de 13 de mayo de 2009, y que el contrato entre ZZ y XX comenzó a regir el 26 de mayo de 2009, agregando que ZZ se adjudicó la licitación por un plazo total de 210 días corridos como máximo, de los cuales los primeros 43 corresponden a la etapa de diseño, plazo que también se plasmó entre el contrato entre ZZ y XX. A continuación, refiere las normas que rigen el plazo y las circunstancias que permiten modificarlo.

Luego expresa que, para los fines de la demanda, señalará dos aspectos fundamentales y con significación práctica en el curso de las etapas de diseño y construcción:

- La obligación del contratista de dar cumplimiento a sus obligaciones en el plazo previsto, considerando el día 43 como comienzo de la etapa de construcción, siempre y cuando se haga entrega de terreno por parte del Servicio, en circunstancias que cualquier atraso en la recepción del terreno por parte del contratista que no sea de su responsabilidad, postergará en igual cantidad de días el comienzo del plazo de las obras, y

- La formalización del inicio de la etapa de construcción mediante el acta de entrega de terreno (fs. 133 y siguientes).

c) En su Capítulo II.- “El Desarrollo del Proyecto. Cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes”, en lo fundamental enuncia lo que sigue:

- La demandante cumplió sus obligaciones y, como contrapartida, la demandada le adeuda la suma de \$ 399.712.584 del contrato original, pactado a suma alzada por la suma de \$ 2.670.733.610, resultante a su vez de la suma de los valores netos establecidos en la cláusula cuarta del contrato más IVA, más los obras extraordinarias ejecutadas por un valor total de \$ 564.778.050, lo que hace un total de \$ 964.490.634 por estos conceptos (fs. 136).
- El 3 de mayo de 2009 la demandada abandonó las obras por 30 días, apareciendo con posterioridad en forma esporádica y que, de hecho, las obras debieron ser concluidas por la demandante (fs. 136).

d) En cuanto a la “Etapa de diseño” puede indicarse lo siguiente, sintetizando esta parte de la demanda:

- Señala que con fecha 26 de mayo de 2009 comenzó a regir, respecto de XX, el plazo de 43 días para el diseño de los proyectos de especialidades que le correspondía efectuar, pero que en el curso de la etapa los planos fueron sucesivamente modificados, puesto que en las reuniones de ZZ con el Servicio fueron apareciendo un conjunto de observaciones y solicitudes que modificaron el proyecto, tanto en su arquitectura como en su ingeniería estructural y diseño de cálculo (fs. 137).
- En estos términos, la entrega de los proyectos en el ámbito encomendado a XX, dentro de los primeros 43 días, resultaba inviable y no imputable a XX (fs. 138).
- Se aumentó la superficie de edificación en alrededor de 83 m2. (fs. 138).
- Finalmente, el Servicio recibió el diseño o la etapa, notificándolo a ZZ el 23 de febrero de 2010, pero antedatándola en el mismo Libro de Obras con fecha 8 de enero de 2010, sin considerar siquiera las apariencias y formulando al mismo tiempo una serie de exigencias ajenas a la naturaleza del diseño y que, más aún, el Servicio volvió a modificar el proyecto ya terminado y entregó 21 fichas de modificaciones de Arquitectura y Especialidades, lo que dice generó que se produjeran cambios en los planos y aumentos y presupuestos extraordinarios provocados por tales cambios, todo con efecto directo en los plazos de entrega, a lo que se agrega la indicación del Servicio en el sentido que tales cambios y obras extraordinarias o aumentos dispuestos no darían lugar a aumento alguno en el precio del contrato, aunque finalmente se determinó el pago de \$97.533.096, pues algunas fichas de modificaciones quedaron pagadas y otras impagas, sin que XX conozca los motivos o criterios de decisión, imputando pasividad a la demandada (fs. 138 y siguiente).
- ZZ no cumplió con las condiciones de la etapa de diseño y aceptó recibir el diseño de cálculo, faltando partes relevantes del proyecto, de modo que resultaba imposible para XX iniciar la construcción.
- Añade que ZZ envió a XX el 19 de enero de 2010, es decir, con posterioridad a la recepción del diseño antedatado al 8 de enero de 2010, los planos correspondientes al sector denominado Eje 5 a 5C, que comprenden un espacio cercano a los 450 m2 en el primer piso del recinto (fs. 139).

e) En cuanto a la “Etapa de Construcción” puede indicarse lo siguiente, también sintetizando esta parte de la demanda:

- El inicio de la ejecución de la obra no cumplió con las condiciones contractuales en cuanto a la entrega del terreno y las condiciones físicas indicadas en las Bases, pues no existía anteproyecto aprobado, ni el permiso de construcción cuya obtención correspondía al mandante, aunque finalmente hubo un permiso de instalación de faena (fs. 140).
- El terreno no tenía la cabida necesaria para el desarrollo del proyecto, lo que obligó a demoler pavimentos de hormigón y muretes de retención de la capilla y laterales para replantear el edificio (fs. 140).
- Al comenzar la ejecución del proyecto se produjo el hallazgo de roca en la primera fundación del Eje A, lo que obligó a paralizar la obra y adoptar las medidas necesarias al efecto (fs. 140).
- XX presentó al mandante un presupuesto por las nuevas obras de demolición de roca, relleno de base a estabilizar, relleno sobre zapata de fundación, junto al pertinente aumento de los plazos en 54 días por excavación de roca y 50 días por sobre rellenos y sobre excavaciones, pero que ZZ se limitó a rechazar la petición (fs. 141).
- ZZ, con posterioridad, no pagó el total de las obras presupuestadas, argumentando que el Servicio no había aceptado los presupuestos entregados (fs. 141).
- ZZ entregó el resto del diseño de cálculo del proyecto en distintas fechas: las escaleras interiores, el 26 de febrero de 2010; el Eje 5 al 5C, el 9 de marzo de 2010; el edificio trasero, en diciembre de 2010; la pantalla de fachada soportante de placa perforada, señala que XX hubo de hacerla sin diseño del mandante; y el Eje 5 y Eje 1', sencillamente no lo entregó durante todo el periodo de la obra (fs. 143 y siguiente).

- El desorden, la información insuficiente, el desconocimiento del rol facilitador que el mandante debía mantener, el incumplimiento evidenciado en la no entrega o entrega tardía de proyectos que eran de su responsabilidad, entre otros factores ya descritos, dan cabal cuenta de lo que fue el desarrollo de esta obra, con plena responsabilidad de ZZ respecto de su contratista y aquí demandante (fs. 144).
- Merece un comentario separado el suceso de fuerza mayor constituido por el sismo de 27 de febrero de 2010, en que luego de revisar la obra no se encontró elementos de construcción con daños, a diferencia de los materiales acopiados, pero sí se pudo constatar que el personal había disminuido en forma considerable, situación que se prolongó por alrededor de un mes, considerando además la alarma de tsunami del 11 de marzo de 2010, que nuevamente provocó una merma de personal (fs. 144 y siguiente).
- A lo anterior se agregó la falta de material y las instrucciones entregadas por el Gobierno al “retail” de la construcción, en orden a controlar la compra de productos de construcción y evitar la especulación (fs. 145).
- Por tales motivos y atendida la situación de fuerza mayor, solicitaron el aumento de plazo que las dificultades narradas exigían, pero que para sorpresa de XX el mandante comunicó que el Servicio sólo autorizaba 7 días de aumento, no habiendo el mandante ejercido derecho o recurso alguno (fs. 145).
- Otro punto de interés y con alcances importantes en el plazo de ejecución fue la instalación del empalme de media tensión definitivo, como elemento necesario para ejecutar las pruebas de equipos y regulación de sistemas de aire, clima, agua caliente, ascensores, etc., que era de exclusiva responsabilidad del Servicio y debió haber estado instalado, según la información entregada por la I.T.O., en marzo de 2010, pero que en el hecho se instaló en junio de 2010, causando un retraso de consideración en las pruebas de equipamiento que requerían de energía eléctrica y calibración de los equipos y que postergó en más de 60 días la conclusión de las obras (fs. 145 y siguientes).

f) En el Capítulo III.- “Normas referidas a la contratación aplicables en la especie”, la demandante en síntesis afirma:

- Que frente al conjunto de dificultades descritas en cuanto al desarrollo de la contratación de la cual surge el conflicto, cabe contrastar el desempeño de las partes en lo relativo a sus deberes contractuales, expresando que considera meridianamente claro que XX cumplió cabalmente sus obligaciones, entregando en forma oportuna los antecedentes requeridos en cada caso, para un análisis expedito y transparente de los plazos y valores incorporados a la obra durante el período de ejecución y presentando solicitudes que se encontraban justificadas, en el marco de las sucesivas modificaciones del proyecto y las necesidades de la obra, al tiempo que, en respuesta, obtuvo de parte de ZZ y del Servicio respuestas arbitrarias, difusas y sin fundamentos serios (fs. 146).
 - Alude a los elementos del contrato que se distinguen según Artículo 1.444 del Código Civil y al principio de ejecución de buena fe que recoge el Artículo 1.546 del mismo Código (fs. 147).
 - La obligación de proporcionar los proyectos con la anticipación necesaria no puede sino ser considerada como cosa de la esencia del contrato, o al menos de la naturaleza de las obras a ejecutar por XX, en términos tales que la entrega de tales proyectos constituía una obligación vital de ZZ, toda vez que no se podría concebir la ejecución de las obras sin su principal antecedente técnico, ni menos exigir el cumplimiento de plazos respecto de tareas que, en estricto rigor, no podían comenzar a ejecutarse (fs. 147).
 - Estima vulnerados los Artículos 1.545 y siguientes del Código Civil, ya que la demandada no respetó la ley del contrato ni las demás disposiciones que conforman el marco regulatorio de los efectos de las obligaciones, siendo de recalcar el Artículo 1.545 del Código Civil relativo a la fuerza obligatoria del contrato, al tiempo que el incumplimiento contractual producirá consecuencias para el deudor, surgiendo el derecho a la indemnización de perjuicios (fs. 147 y siguientes).
 - En definitiva, expresa que la pretensión que hace valer comprende la obligación de pagar, en mérito de la infracción de las obligaciones de ZZ, las siguientes prestaciones:
 - Por obligaciones insolutas que tienen su origen en el contrato original, \$399.712.584.
 - Por concepto de precio de obras nuevas o extraordinarias que XX se vio compelida a ejecutar, \$ 564.778.050 (fs. 148 y siguiente).
 - Existiendo perjuicios materiales directos producidos a raíz del incumplimiento de las obligaciones de ZZ, solicita el pago de lo que sigue:
 - \$ 211.444.961 correspondientes a gastos generales en que debió incurrir con motivo de las obras nuevas o extraordinarias.
- Conforme a la rectificación de demanda de fs. 151, esta cantidad debe entenderse comprendida dentro de la anterior de \$ 564.778.050.
- \$ 160.000.000 por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero, obteniendo recursos que fueron íntegramente aplicados a la correcta ejecución de las obras por parte de XX.

- En mérito de lo anterior, solicita una condena total por \$ 1.335.935.595 (fs. 149).

Esta cantidad, según la misma rectificación de demanda de fs. 151, debe entenderse que es \$ 1.124.490.634.

g) En la parte petitoria solicita tener por interpuesta demanda civil ordinaria en contra de ZZ a fin de que se le condene a pagar todas las prestaciones adeudadas a raíz de la ejecución del contrato que les vinculó por un total de \$ 1.335.935.595 (la que debe entenderse es \$1.124.490.634), o la suma que el Árbitro estime procedente en derecho, con sus reajustes e intereses calculados desde la fecha en que tales obligaciones se hicieron exigibles contractualmente, con costas.

h) Se acompañan las Bases Administrativas y contrato suscrito entre las partes, a que hemos aludido en los N°s. 2 y 4 que anteceden.

6. LA CONTESTACIÓN:

Por providencia de fs. 152, el Árbitro tuvo por interpuesta de demanda y confirió el correspondiente traslado (en lo que concierne al escrito de fs. 129), a la vez que tuvo por rectificadas la demanda (respecto al escrito de fs. 151).

ZZ contestó la demanda por escrito de fs. 153 y siguientes, de la cual se destaca:

a) En su Capítulo I, a propósito de “Los Hechos”, refiere lo que sigue:

- Alude a la demanda interpuesta en su contra por XX, la que comienza controvertiendo en todas sus partes, por cuanto rechaza la existencia de cualquier incumplimiento contractual por parte de ZZ, como asimismo cualquier monto teóricamente adeudado a la actora con motivo de la ejecución del contrato que les vinculó. Concluye que ZZ demostró un comportamiento ejemplar y diligente durante la ejecución del contrato, dando fiel y cabal cumplimiento a sus obligaciones (fs. 153 vta. y siguientes).

- A continuación, alude al objeto del Contrato de Diseño y Construcción N° 01/2009, expresando:

- El contrato entre las partes entró en vigor el 26 de mayo de 2009, asumiendo la demandante las obligaciones ya referidas (fs. 154).

- La celebración del contrato tiene como antecedente directo e inmediato la adjudicación a ZZ, con fecha 27 de marzo de 2009, en el correspondiente proceso de licitación según Bases Administrativas ya referidas, sin perjuicio de las Técnicas y Términos de Referencia, aprobadas por la resolución también ya mencionada (fs. 154).

- Las demás cláusulas del contrato consignan las principales obligaciones contraídas por las partes, vigencia y plazos de ejecución, sanciones y garantías por parte de la subcontratista, de las cuales destaca las cláusulas cuarto, octavo y décimo a que también se ha aludido, agregando que la ejecución del contrato estuvo marcada por numerosas dificultades y demoras que en gran parte fueron atribuibles a conductas exclusivamente imputables al Servicio (tal como lo reconoce la demandante) calificables de fuerza de mayor, y a conductas de XX que constituyeron infracción del contrato, además de la infortunada ocurrencia de algunos hechos imponderables e imposibles de resistir por ZZ, ajenos a la voluntad de los intervinientes en el proyecto (fs. 154 y siguiente).

- Respecto de los retrasos en la ejecución de la etapa de diseño y obras preliminares de la etapa de construcción que no son atribuibles a ZZ”, refiere lo que sigue:

- En cuanto a la etapa de diseño, señala que ZZ se obligó a ejecutar el desarrollo de los proyectos de arquitectura, ingeniería y especialidades, en el plazo estimado máximo de 43 días corridos y que, como correlato de lo anterior, el mismo plazo fue otorgado a la subcontratista por parte de ZZ; que el avance en el desarrollo de esta etapa se encontraba definido por las entregas que debía realizar ZZ al Servicio, y paralelamente XX a ZZ, denominadas Estados de Avance; que según el contrato celebrado entre ZZ y el Servicio, la primera debía efectuar tres entregas, cada una de las cuales era revisada por el Servicio, tras lo cual, si lo estimaba pertinente, formulaba observaciones que debían ser subsanadas en la entrega siguiente y que existiría una cuarta y última entrega programada, con la cual finalizaba esta etapa, que debía incorporar la totalidad de las observaciones formuladas por el Servicio y que daba origen a una segunda revisión y aprobación final del mismo; que ZZ realizó la primera entrega al Servicio el 18 de mayo de 2009, diez días antes de la fecha estipulada; que la segunda entrega fue el 4 de junio de 2009 y la tercera el 25 de junio del mismo año; en tanto que la entrega final se realizó el 10 de junio de 2009, lo cual evidencia la buena coordinación en el trabajo y plena sujeción de ZZ, así como de XX, al menos hasta este momento, a los

términos del contrato; que tras la cuarta etapa el Servicio realizó nuevas observaciones que constituirían mayores exigencias o no tenían ninguna relación con las observaciones que se habían efectuado precedentemente o, simplemente, correspondían a nuevas obras que se requerían por parte del Servicio, exigencias que debían haberse formulado con anterioridad por su parte tras la segunda etapa para la aprobación final y no después de la cuarta y última etapa de entrega, supuesto que hubieren sido parte del contrato, agregando que muchas no lo eran; que estos mayores y nuevos requerimientos excedían los términos de la licitación adjudicada a ZZ, pues correspondían a nuevas exigencias u obras impuestas arbitrariamente por el Servicio, que no se plasmaron en ninguna modificación del contrato o addendum del mismo contemplando aumentos de plazo; que lo anterior es un hecho o circunstancia no imputable a negligencia de ZZ en la ejecución del contrato con XX, como ésta pretende, sino un hecho imprevisible e imposible de resistir; que ZZ interpuso una demanda de cumplimiento forzado de contrato en contra del Servicio, en tramitación en el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM, Rol de 2010; a continuación, señala los hitos más importantes en cada una de las áreas de arquitectura y especialidades de la etapa de diseño, de los cuales se infiere que los requerimientos del Servicio fueron extemporáneos; que lo anterior importó que la etapa de diseño se prolongara más allá del plazo inicial contratado, finalizando el 15 de enero de 2010, fecha en que se dio por concluida tal etapa según certificado emitido por don R.O., I.T.P./I.T.O. de la obra, de lo que se informó a ZZ al día siguiente mediante notificación en el Libro de Obras, de modo que sólo a partir del 24 de febrero ZZ tomó conocimiento de haberse puesto término a la etapa de diseño; que el Servicio jamás cursó una multa a ZZ por atrasos en esta etapa, lo que dice es reconocimiento manifiesto de que la mayor extensión de la misma no era imputable a ZZ, sino consecuencia de las nuevas y adicionales exigencias impuestas por el Servicio; y que, en consonancia con lo anterior, considerando la diligencia demostrada por la demandante hasta tal momento, ZZ tampoco cursó multa alguna a XX (fs. 156 vuelta y siguientes).

- En relación a las “obras preliminares de la etapa de construcción”, expresa que según el contrato celebrado por ZZ con el Servicio debía iniciarse el 25 de junio de 2009 con la entrega del terreno por parte del segundo, fase que debía desarrollarse en el plazo máximo de 167 días, para finalizar el 9 de diciembre de 2009, plazo que fue conferido al subcontratista XX; que no se dio inicio a esta segunda etapa porque los documentos y planos elaborados en la etapa de diseño constituían el insumo principal para dar inicio a la etapa de ejecución de la obra, los que sólo fueron aprobados el 15 de enero de 2010; que en la medida que el Servicio realizó nuevas exigencias y dio por terminada esta fase el 15 de enero de 2010, la etapa de construcción sólo podía iniciarse en esa fecha; que el Servicio no contaba con los permisos de construcción correspondientes en la fecha programada y sólo el 8 de julio de 2009 ingresó el expediente para obtener el permiso de edificación por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad; que, al efecto, era necesario contar con el informe favorable del Revisor de Cálculo que, según contrato suscrito por ZZ con el Servicio, debía estar disponible a más tardar el 10 de junio de 2009, pero que sólo el 14 de julio de 2009 se formalizó por parte del Servicio la contratación de este profesional; que ZZ decidió solicitar un permiso de edificación para obra menor a fin de ir avanzando en la ejecución de las obras en tanto el Servicio obtenía el permiso definitivo; que ZZ y XX sólo pudieron ingresar a las obras el 27 de julio de 2009, después que el viernes 24 se obtuvo el permiso de obra menor tramitado por ZZ; que este atraso de 32 días es imputable única y exclusivamente al Servicio; que la etapa de construcción no podía comenzar sin el informe favorable del Revisor de Cálculo y que sólo el 14 de julio de 2009 se formalizó por parte del Servicio su contratación; y que, así las cosas, si la etapa de construcción se inició mucho después de lo proyectado, fue producto única y exclusivamente de la negligencia o atraso injustificado del Servicio, aunque durante la etapa de construcción se presentaron, además, diversos problemas que dificultaron el correcto desarrollo del proyecto (fs. 159 vuelta y siguientes).

- Respecto a los restantes retrasos en la ejecución de la etapa de construcción que son atribuibles a hechos de fuerza mayor y a conductas negligentes de XX, profundiza respecto de la intervención del Revisor de Cálculo que, si bien debía entregar su informe el 10 de junio de 2009, atendida su tardía contratación por parte del Servicio sólo lo hizo el 29 de julio de 2009, siendo recepcionado por la Dirección de Obras el 4 de agosto de 2009; que el Revisor de Cálculo pretendió que ZZ introdujera una serie de observaciones a los planos que correspondían a la etapa de diseño, lo que conllevaba su modificación y, por lo mismo, del proyecto; que pese a que ZZ cuestionó este actuar, con el propósito de no retrasar aún más las obras, accedió a ello, lo que se tradujo, además de nuevos atrasos y postergaciones, en modificaciones a las obras; incorpora un cuadro en que se recogen los hitos referentes a la revisión de estructuras por parte del Revisor de Cálculo y que permite apreciar el retraso que implicaron las observaciones extemporáneamente efectuadas; que los cambios introducidos por el Revisor de Cálculo después de haberse otorgado el informe favorable, significaron importantes modificaciones al proyecto, principalmente en cuanto a las fundaciones, lo que se tradujo en la

paralización de las obras por varias semanas; que, al iniciarse las excavaciones, se detectó la afloración de roca en el terreno, lo que constituía un evento no previsto en las Bases Técnicas y Administrativas; que tras comunicar esta situación al Servicio, ZZ solicitó que el profesional que elaboró la mecánica de suelo por encargo del Servicio revisara el terreno e hiciera las modificaciones del caso, profesional que jamás se presentó en la obra, permaneciendo el Servicio inmóvil; y que ZZ decidió solicitar la autorización respectiva para contratar a una persona externa que pudiera hacer las evaluaciones y modificaciones a fin de continuar adelante, las que sólo fueron aprobadas por el Servicio el 27 de agosto de 2009 (fs. 161 vuelta y siguiente).

- Que por lo expuesto y atendido el evidente cambio en las condiciones contratadas, el 13 de noviembre de 2009 XX, a requerimiento de ZZ, presentó un programa de desarrollo de la obra, formulando un nuevo cálculo de plazos y proyectando el término de las faenas para el 15 de marzo de 2010; que ZZ propició una mesa de trabajo con participación de todos los actores involucrados, particularmente de XX y que, como resultado de ello, ésta aceptó libremente los requerimientos del Servicio sin formular reparos, y presentó un nuevo programa mediante Carta Gantt de 25 de noviembre de 2009, fijando como fecha de término de las obras el 4 de marzo de 2010; que la nueva fecha de término consideraba expresamente los trabajos extraordinarios a realizar con motivo de los imprevistos suscitados a la fecha, incluida la afloración de roca; que habiéndose acordado un nuevo plazo para el término de la obra ZZ, comenzó una negociación con el Servicio a fin de determinar la mejor forma de justificar el tiempo y costos invertidos en la planificación y ejecución de las obras que debieron realizarse en razón de la constatación del tipo de terreno real sobre el cual se construía el CAE; que acogiendo la petición formulada por XX, ZZ pidió al Servicio que se aprobara un aumento de plazo por 85 días, así como el pago de los mayores costos que implicó la realización de las obras extraordinarias por la suma de \$ 104.960.553, pero que desafortunadamente el Servicio sólo aprobó un aumento por 70 días corridos y mayores costos por \$ 79.385.453, exigiendo a ZZ la suscripción de un protocolo de acuerdo por el cual reconocía un atraso de 15 días, a pesar de que ello no era efectivo, para así llegar al 4 de marzo, que era la fecha entregada por XX, exigencia que ZZ aceptó con el único propósito de superar el conflicto y existiendo un acuerdo verbal entre ZZ y XX en el sentido de no traspasarle el valor de la multa asociada al "atraso" en cuestión, en la medida que XX cumpliera con el término de las obras fijado para el 4 de marzo de 2010 y, de no hacerlo, la multa le sería cursada; que, por lo expresado, no es efectivo que ZZ se haya limitado a rechazar el nuevo presupuesto y solicitud de aumento de plazo impetrado por XX; que a lo anterior se suma el incumplimiento por parte de la demandante al infringir los nuevos plazos que ella misma proyectó para el término de la obra; que, para sorpresa de ZZ, el 18 de febrero de 2010, es decir, a 14 días de la fecha programada para el término de la obra, XX solicitó un aumento por 266 días a fin de completar los trabajos pendientes sin siquiera entregar una nueva Carta Gantt, lo que fue rechazado por ZZ el 19 de febrero del mismo año; que el plazo solicitado era incluso mayor al plazo total contemplado en el contrato para la ejecución total de las obras de diseño y construcción; que a lo anterior se suma el terremoto de 27 de febrero de 2010, que acarreó una paralización asociada a la menor disponibilidad de mano de obra y problemas de abastecimiento de material; que, por lo anterior, ZZ solicitó al Servicio un aumento de plazo por 107 días, pero que éste sólo otorgó 47 días corridos, fijando como nueva fecha de término del proyecto el 11 de abril de 2010; que, asimismo basándose en los argumentos y documentación entregada por el actor y sus proveedores, ZZ solicitó un segundo aumento de plazo asociado al terremoto por 94 días, derivado especialmente de la escasez de cristales, pero que el Servicio rechazó esta solicitud; que el 8 de abril de 2010 XX nuevamente demostró su incapacidad de dar cumplimiento al contrato, pues informó que las obras estarían listas el 22 de mayo, importando un atraso de más de un mes respecto de la fecha inicialmente fijada por las partes, a saber, el 4 de marzo de 2010; que, posteriormente, XX rectificó esta fecha fijando unilateralmente el 28 de mayo de 2010 como plazo final, el que tampoco cumplió; que al ser evidente el atraso en la obra, el 4 de mayo de 2010, a requerimiento del Servicio, ZZ solicitó a XX que entregara una fecha real de término de las obras, ocasión en que volvió a postergarlas hasta el 22 de julio de 2010; que la actora solicitó un nuevo aumento de plazo por 146 días intentando sustentarlo una vez más en el terremoto, solicitud que no obstante haber sido planteada por ZZ al Servicio, éste rechazó con justa razón; que a junio de 2010 las obras se encontraban en su etapa final, pero no se contaba con la potencia eléctrica proyectada, lo que lógicamente impedía realizar las pruebas funcionales de las especialidades de climatización, sanitarias y ascensores, y así iniciar el período de marcha blanca que estipula el contrato; que era el Servicio quien debía efectuar las acciones necesarias para el empalme eléctrico definitivo de la obra, pero no lo cumplió, por lo que ante el atraso asociado XX asumió el trabajo que era de cargo de la empresa eléctrica TR4, contratada por el Servicio, produciéndose la conexión de la línea eléctrica de media tensión al transformador el día 17 de junio de 2010; que todo ello se tradujo en nuevos atrasos, de los que es responsable únicamente el Servicio, motivo por el cual se pidió un aumento de 60 días, no aceptado; que ya en la fase terminal del proyecto y a fin de solicitar la recepción final, el Revisor de

Arquitectura contratado por el Servicio sugirió reemplazar los planos de arquitectura ingresados para obtener el permiso de edificación, pues éstos habían sufrido diversas modificaciones como consecuencia de las observaciones que durante la etapa de diseño efectuó el Servicio, así como de manera posterior al término de dicha fase a través de 21 fichas con cambio de distribución interna de tabiques e instalaciones; que, si bien esta sugerencia tenía por objeto facilitar la recepción final, el hecho que no coincidieran los planos entregados con el proyecto ejecutado, no era una situación imputable a ZZ; y que atendido lo anterior ZZ solicitó un aumento de plazo de 39 días y \$ 159.838.353, pero que el Servicio sólo reconoció 6 días y pagó la cantidad de \$ 97.533.096, todo lo cual fue íntegramente traspasado a XX (fs. 163 vta. y siguientes).

- En cuanto al término de la obra y la entrega y recepción de la misma, destaca que el 2 de julio de 2010 ZZ informó al Servicio que las obras se encontraban terminadas de acuerdo a los documentos y planos aprobados en la etapa de diseño y solicitó la confirmación de la Comisión Revisora del Servicio a fin de que se efectuare la recepción provisoria de la obra; que el I.T.O. realizó diversas observaciones que incluían faenas que debían haber sido realizadas por XX y que se encontraban pendientes o mal ejecutadas; que resulta importante hacer presente que la obra encargada a ZZ era parte de una renovación mayor del Hospital TR2, cuya licitación fracasó, motivo por el cual dejó ser una prioridad para el Servicio el proyecto del Consultorio que se encontraba ejecutando ZZ, lo que influyó en la ejecución del contrato; y que, así las cosas, las obras sólo fueron recibidas el 29 de septiembre de 2010, produciéndose la recepción provisoria con esa fecha y levantándose un acta por parte del Servicio de 6 de octubre de 2010, no suscrita por ZZ (fs. 167 vuelta y siguiente).

b) En el Capítulo II “El Derecho”, ZZ expresa:

- Fue un contratante que empleó la máxima diligencia en el desarrollo del contrato y que las mayores exigencias e incumplimientos por parte del Servicio constituyen caso fortuito o fuerza mayor, por lo que no se le puede imputar responsabilidad alguna por estos hechos, señalando que en la demanda XX le imputa haber sido un contratante poco diligente y un actor pasivo frente al Servicio, lo que niega, pues siempre actuó con suma diligencia, solicitando y obteniendo un permiso de obra menor que permitió el ingreso efectivo al terreno e instalación de la faena; informó sobre la afloración de roca y contrató un profesional externo que evaluó y modificó la mecánica de suelo; que en diversas oportunidades gestionó ante el Servicio la obtención de aumentos de plazos según las necesidades del proyecto; y que asumió, por imposición del Servicio, 15 días de supuesto atraso (fs. 168).

- El representante de ZZ ante el Servicio, durante toda la ejecución del proyecto, fue el empleado de XX don A.E., de modo que parece absurdo sostener que un propio funcionario de la demandante intentaría perjudicar a XX y adoptar una actitud pasiva en su calidad de representante ante el Servicio; que los hechos referidos por el actor no constituyen un evento producido por acción u omisión de ZZ, ni menos imputable a la misma, sino fuerza mayor o caso fortuito, a saber, los atrasos en la entrega de los permisos necesarios para el ingreso a las obras, la afloración de roca, las observaciones formuladas por el Revisor de Cálculo, la falta de potencia eléctrica y, en general, el proceder abusivo y contrario a derecho por parte del Servicio; y que malamente se puede pretender que los actos del Servicio constituyen incumplimiento contractual imputable a ZZ (fs. 168 y siguientes).

- En subsidio, atendidos los sucesivos y numerosos incumplimientos en que incurrió XX, cualquier eventual incumplimiento por parte de ZZ se encuentra comprendido dentro de la excepción de contrato no cumplido que opone en este acto y que, en cualquier caso, le exime de responsabilidad, citando el Artículo 1552 del Código Civil, y señalando que XX incurrió en múltiples y graves incumplimientos del contrato que redundaron en la aplicación de multas por parte del Servicio a ZZ; y que la demandante ha incumplido a lo menos las obligaciones relativas a los plazos de ejecución del contrato, errores en la ejecución de las obras, no utilización del Libro de Obras, lentitud de respuesta y falta de destinación de recursos para terminar las obras (fs. 169 vuelta y siguientes).

- En subsidio, atendidos los incumplimientos de XX que le hicieron acreedora de las multas pactadas en el contrato, opone la excepción de compensación, señalando que sin perjuicio de negar que exista algún concepto que ZZ se encuentre obligada a pagar a la demandante, con carácter subsidiario y sólo para el evento que todas o algunas de sus alegaciones, excepciones y defensas sean desestimadas, opone la excepción de compensación respecto de cualquiera cantidad que el Árbitro determine como obligación de pago por parte de ZZ en favor de XX, a cuyo efecto alude al régimen de multas contenido en el contrato, que corresponderían a un total de \$1.613.742.289, según cuadro que incluye, pero atendido lo que estipula el contrato en cuanto a un tope de 5% del valor total adjudicado, el monto debe entenderse reducido a \$ 120.070.111, considerando un valor total adjudicado del contrato por \$ 2.401.402.216, que corresponde a la suma total consignada en el contrato más los adicionales por las obras efectivamente ejecutadas, agregando que se cumplen todos los requisitos de la compensación en los términos del Artículo 1655 del Código Civil (fs. 172 vuelta y siguiente).

c) En el Capítulo III “En relación con las sumas que se demandan”, expresa que XX omite señalar por qué concepto reclama la cantidad que pretende, pues no señala si está ejerciendo una acción de cumplimiento de contrato o de indemnización de perjuicios, o simplemente confundiendo los conceptos para arribar a una suma única; que la demanda es inepta en la medida que la actora se ha limitado a señalar someramente el concepto y el monto que demanda; que esta falta de claridad, tanto en cuanto a la naturaleza jurídica como a sus fundamentos, no sólo impide a la demandada ejecutar una adecuada defensa, sino que hace inepta la pretensión esgrimida en la demanda, lo que debiera conducir a su rechazo, tanto si se demanda el cumplimiento del contrato como perjuicios, no existiendo incumplimiento contractual por parte de ZZ, ya sea porque ha actuado con diligencia, constituyendo a su respecto caso fortuito, las actuaciones del Servicio, o porque provienen del solo incumplimiento de XX, no siendo exigible a ZZ el cumplimiento de obligaciones que para ella emanaban del contrato ni existe ni puede existir suma alguna que se encuentre obligada a pagar; que la demandante no puede hablar de perjuicios, en circunstancias que ha sido ella quien ha perjudicado a ZZ incumpliendo reiteradamente obligaciones del contrato, lo que acarreó la imposición a ZZ de multas por parte del Servicio; que refuta que adeude algo a ZZ; que no existen obras debidamente ejecutadas por XX pendientes de pago, no siendo efectivo que se le hayan requerido obras nuevas y que las mismas hayan quedado pendiente de pago; y que, finalmente, es absurdo pretender, como parte del contrato o como perjuicio, que ZZ debe soportar gastos en que XX haya podido incurrir para solventar un contrato en que voluntariamente decidió participar y en que si bien ocurrieron circunstancias excepcionales, tuvo injerencia directa en los mayores plazos (fs. 173 y siguientes).

7. LA RÉPLICA:

Por resolución que rola a fs. 176 se tuvo por contestada la demanda y, en ejercicio de la facultad otorgada por el acta de procedimiento (acápito 4.1.c), el Árbitro confirió traslado para replicar, escrito que la demandante incorporó a fs. 180 y siguientes:

a) Destaca que ZZ se presenta como fiel cumplidora de sus obligaciones, sosteniendo que las dificultades y demoras fueron en gran parte imputables exclusivamente al Servicio, a fuerza mayor o al incumplimiento de XX, pero que demostrará que ZZ, tras la apariencia de un desarrollo lógico, en verdad hace un ejercicio que omite, oculta o distorsiona el curso real de los hechos para eludir su responsabilidad contractual, al tiempo que enunciará las consideraciones de derecho en relación con la demanda y antecedentes expuestos (fs. 180).

b) En el Capítulo I alude a “Los hechos en relación con la contestación de la demanda”, reiterando y complementando lo expuesto en tal escrito, siendo de destacar:

- La etapa de diseño se prolongó más allá del plazo inicial contratado, finalizando el 15 de enero de 2010, pero ZZ fue notificada el 24 de febrero de 2010, de modo que sólo a partir de esa fecha tomó conocimiento del hecho de haberse puesto término a la etapa de diseño (fs. 182).

- El plazo total para el desarrollo del diseño y construcción era de 210 días corridos, correspondiendo los primeros 43 a la etapa de diseño (fs. 183).

- Era de responsabilidad de ZZ el desarrollo de los proyectos de arquitectura, cálculo estructural y clima, al tiempo que los proyectos de especialidades, de responsabilidad de XX, no podían efectuarse sin los proyectos a cargo de ZZ, debidamente aprobados; que XX presentó oportunamente a ZZ los proyectos de especialidades para las revisiones y observaciones; que ZZ no puede invocar las modificaciones de los proyectos de su responsabilidad como fuerza mayor, limitándose simplemente a traspasar el problema a XX; el Revisor Externo rechazó en varias oportunidades el proyecto de cálculo de ZZ porque no cumplía con la normativa de cálculo para edificaciones de salud pública y términos de referencia entregados por MINSAL (Ministerio de Salud) en la licitación; que el Revisor de Cálculo generó una certificación parcial para que pudiese ser obtenido en el Municipio el permiso de edificación, aunque el proyecto de cálculo no estaba completo ni recibido; que XX recibió parte del proyecto de cálculo en agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 2009, enero de 2010 y los últimos los entregó ZZ en febrero y marzo de 2010, plazo que sobrepasa la finalización de la etapa de diseño fijada para el 15 de enero de 2010; que el Revisor Externo observó el proyecto de arquitectura de ZZ por incumplimiento de normas, generándose nuevas modificaciones; que ZZ reconoce que los proyectos de arquitectura y cálculo eran de su responsabilidad, pero que el presupuesto vinculado al contrato corresponde a un diseño de ingeniería entregado por ZZ para el estudio de la propuesta que fue modificado posteriormente, después de la licitación, luego de la firma del contrato, durante el transcurso de la obra y antes de la entrega de terreno y de la primera revisión por parte del Servicio, en la etapa de diseño que ZZ refiere en la contestación; que la entrega anticipada de terreno de 27 de julio de 2009 se presentó con un legajo de planos de estructura no aptos para construcción, es decir, ni siquiera estaba aprobado el diseño de

ingeniería por sus propios especialistas y que algo similar ocurrió con el diseño de arquitectura, pues a la fecha de entrega de terreno anticipada tampoco estaba aprobado el proyecto de arquitectura en versión 0 “para construcción” (fs. 183 y siguientes).

- En cuanto a la “Etapa de construcción”, refiere que su inicio suponía necesariamente la entrega de los planos de arquitectura y de cálculo a los revisores independientes contratados por el Servicio, la emisión del acta por los revisores externos de los proyectos de arquitectura y cálculo estructural, la entrega de los proyectos de arquitectura y cálculo estructural a XX para el desarrollo de las especialidades a su cargo, la aprobación por el Servicio de los documentos y planos de todos los proyectos encomendados de especialidades, la obtención del permiso de edificación, antes del inicio de ésta, y la entrega del acta de recepción de la etapa de diseño, no correspondiendo iniciar la etapa de construcción sin estos insumos básicos, lo que ZZ no cumplió cabalmente, pero que en lo formal, ZZ fue parte de la “entrega anticipada” de 27 de julio de 2009, no pudiendo ZZ pretender que se llevara adelante la construcción con prescindencia real de las revisiones de cálculo y, por ende, a costa de los defectos observados, con las eventuales consecuencias posteriores; en cuanto a la alegación de ZZ en el sentido que los cambios introducidos por el Revisor de Cálculos, después de haberse otorgado el informe favorable, significaron importantes modificaciones al proyecto, principalmente a las fundaciones, y que esto se tradujo en la paralización de las obras por varias semanas, no es así porque no se trata de “cambios introducidos por el Revisor”, sino de observaciones al proyecto de cálculo de responsabilidad de ZZ; que no podía continuarse conforme a un proyecto defectuoso nada menos que en las fundaciones, y que es evidente que los mayores costos por concepto de instalación de faenas, enfierraduras, moldajes, gastos generales, hormigón, personal sin trabajar, etc. redundaron en quien debía construir, o sea, XX; refiere la historia en cuanto a la afloración de roca y como XX debió cargar con los mayores gastos por concepto de instalación, gastos generales, pagos al personal, etc.; acto seguido, alude a los plazos supuestamente infringidos por XX, ampliando lo referido en su escrito de demanda e imputando a ZZ haber seguido “la lógica” del Servicio y presionado en este sentido al subcontratista XX, para luego agregar que ZZ en su escrito de contestación, y muy en especial en la demanda que presentó contra el Servicio ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de la ciudad de MM, sostiene que cumplió todas sus obligaciones; que el diseño finalizó el 15 de enero de 2010, y no antes; que, a partir de esa fecha y no antes, deben contarse los 167 días corridos para realizar la construcción de la obra más las ampliaciones de plazo que obtuvo, a saber, 70 días corridos por la afloración de roca en terreno, 47 días por el terremoto de 27 de febrero de 2010, y 6 días por los cambios en planos y proyectos de arquitectura, concluyendo que el plazo vencía el 2 de noviembre de 2010 y que las obras fueron recibidas el 29 de septiembre de 2010, de modo que ZZ jamás incurrió o pudo incurrir en atraso alguno imputable a un hecho suyo en la construcción referida, pero agregando que ZZ debió haber precisado que quien ejecutó la obra de principio a fin fue XX, con toda la carga y dificultades señaladas en la demanda y en la réplica, y que también podría haber añadido que el señor R.F. de ZZ, Administrador del Contrato, estuvo ausente de la obra desde el 13 hasta el 30 de mayo de 2010 y sólo volvió en 3 o 4 ocasiones, habiendo ZZ desaparecido de la obra, la que fue concluida por XX y a quien el Servicio pagó directamente, según dirá y demostrará oportunamente, para luego referir otras circunstancias de hecho abundando en lo expresado en la demanda (fs. 186 y siguientes).

c) En el Capítulo II “El Derecho”, señala:

- XX cumplió con sus obligaciones relativas al diseño de especialidades y construcción del CAE y, por contraste, hubo incumplimiento de ZZ en cuanto a la entrega oportuna y completa de los proyectos a su cargo, y las constantes modificaciones a los mismos por defectos que contravenían las normas; su renuncia a ejercer las reclamaciones y recursos administrativos contra el Servicio; su evidente mala gestión frente al mismo Servicio y al subcontratista; y, en fin, deficiencias en el orden constructivo en la parte que era de su responsabilidad (fs. 204).

- No hay causal alguna de caso fortuito o fuerza mayor eximente de responsabilidad de ZZ frente a XX, no pudiendo tampoco admitir la excepción subsidiaria de contrato no cumplido ni la de compensación (fs. 205).

- El incumplimiento de las obligaciones pecuniarias de la demandante ha causado menoscabo y detrimento patrimonial (perjuicios) a XX, que vuelve a desglosar, a saber:

- Obligaciones insolutas con origen en el contrato original, \$ 399.712.584, pues del valor total del contrato original por \$ 2.670.733.610 IVA incluido, ZZ sólo ha pagado \$ 2.271.021.026, de donde resulta la diferencia expresada, destacándose que dentro de la suma total pagada por ZZ se han incluido las cantidades pagadas directamente por el Servicio al subcontratista XX. Añade que esta suma constituye el daño emergente sufrido por XX, con excepción –dentro de ella– de la suma de \$ 34.307.148, que corresponde a utilidades que XX ha dejado de percibir conforme al contrato y con motivo del incumplimiento de la demandada, esto es, lucro cesante.

- Por concepto de obras nuevas o extraordinarias, \$ 564.778.050, que incluye \$211.444.961 por concepto de gastos generales en que XX debió incurrir, y \$ 30.326.417 de utilidades también dejadas de percibir por XX, constitutivas de lucro cesante.
- \$ 160.000.000 por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero, concretamente en el Banco BO1, recursos íntegramente aplicados a la correcta ejecución de las obras por parte de XX, siendo un costo asumido por XX que no incluye utilidades y que bien podría sumarse u homologarse a obras nuevas o extraordinarias, pero que tiene una especialidad en cuanto se vincula a una operación de crédito de dinero que devenga los intereses correspondientes de acuerdo a la ley, insertando un cuadro en que indica las oportunidades en que la deuda fue adquirida, a saber, \$ 110.000.000 el 30 de diciembre de 2009 y \$ 50.000.000 el 22 de abril de 2010 (fs. 205 y siguientes).
- Concluye que en todos los casos se trata de obligaciones de dinero, en que propiamente no existe una indemnización compensatoria que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación y que es éste el que se demanda, más intereses y reajustes calculados desde la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles (fs. 208).

8. LA DÚPLICA:

Por resolución de fs. 211, el Árbitro tuvo por evacuada la réplica y confirió traslado para duplicar, escrito que la demandada ingresó a fs. 212 y siguientes, ratificando lo expuesto en la contestación y de la cual cabe destacar:

a) En el Capítulo I controvierte los hechos afirmados por la demandante en su escrito de réplica, expresando que XX ha intentado mejorar su posición con afirmaciones que carecen de asidero, justificar sus incumplimientos con situaciones que no tienen relación con los hechos materia del juicio y que se refieren exclusivamente a la relación contractual existente entre ZZ y el Servicio, que no afectaron el plan de construcción y, por lo tanto, no eximían a XX de su deber de ejecutar las obras que tenía a su cargo, de manera correcta y dentro de los plazos que se había comprometido (fs. 212 vuelta), aludiendo a los siguientes aspectos específicos.

- En relación a la etapa de diseño, destaca que ZZ no ha realizado ningún reproche a la actuación de XX ni existen multas que hayan tenido su origen en esta etapa; que no es efectivo que los proyectos de cargo de la demandante no se podían ejecutar paralelamente al desarrollo de los proyectos de cargo de la demandada; que los proyectos de especialidades entregados por XX siempre fueron objeto de observaciones por parte del Servicio, lo que impedía su aprobación; que no es efectivo que hayan existido modificaciones que repercutieron directamente en los proyectos de especialidades a cargo de XX, que ZZ nunca haya reclamado ante el Servicio, ni ejercido los recursos legales, sino que, tal como ZZ ha indicado, interpuso demanda en contra del Servicio; niega que el revisor externo haya rechazado en varias oportunidades el proyecto de cálculo de ZZ, sino que el retraso en la aprobación tuvo su origen en las mayores exigencias realizadas por el Revisor Externo del Servicio que en ningún caso influyó en la obra de XX, puesto que la demandante sólo empezó a construir cuando recibió los planos aptos para construcción, a partir del 24 de julio de 2009, mediante una carta de compromiso de ZZ a XX de iniciar las faenas con el permiso de obra menor sin que comenzaran a correr los plazos del contrato, con los cuales podía iniciar las faenas de excavación e instalación de faena; que no es efectivo que hayan existido observaciones del Revisor Externo al proyecto de arquitectura revisado por ZZ y que ello habría generado nuevas modificaciones, sino que se trató de nuevas exigencias a partir de requerimientos realizados por el Servicio, pero que no alteraron el costo ni el plazo de las obras de XX; y refuta las afirmaciones de la demandante con las cuales pretendería justificar sus propios incumplimientos (fs. 212 vuelta y siguientes).

- Respecto de la etapa de construcción, señala que XX reconoce la responsabilidad del Servicio en los problemas que se presentaron durante la ejecución del contrato, pero que ello no excluye la responsabilidad de la propia demandante en lo que se refiere a sus propias actuaciones; que no es efectivo que ZZ no cumplió cabalmente su obligación de entregar en forma completa todos los proyectos requeridos que eran de su responsabilidad y que, gracias a las gestiones de ZZ, incluso se obtuvo un permiso de obra menor que permitió el inicio de las obras; que si bien ZZ no desconoce que existieron problemas en el desarrollo del contrato entre el Servicio y ZZ, dichos problemas no afectaron de manera alguna a XX; que no es efectivo que se hayan formulado observaciones al proyecto de cálculo de responsabilidad de ZZ fundadas en el incumplimiento de la Norma Chilena N° 433, sino que sólo existieron discrepancias sobre su aplicación después de aprobado el proyecto de revisión de cálculo, discrepancias que en nada afectaron a XX; que a XX correspondía detectar problemas como la afloración de roca, cuyo sobrecosto y mayores plazos que conllevaron fueron reconocidos y pagados; que XX se detiene largamente en los plazos que estarían infringidos por la misma, destacando en cuanto al plazo 15 de marzo de 2010 (posteriormente 4 de marzo de 2010), que XX reconoce haber entregado un programa de trabajo sabiendo que no

lo cumpliría, pese que tanto en el contrato como al entregar el programa en cuestión se comprometió con un plazo determinado; que no existieron modificaciones que alteraran el plan de construcción de XX en la medida que se le entregaron “planos aptos para construcción”, no existiendo cambio de diseño de ingeniería; que todas las situaciones extraordinarias a que alude XX habían sido consideradas en el programa de trabajo entregado en noviembre de 2009, en el que se fijó como fecha de término el 4 de marzo de 2009, por lo que no correspondía ni resultaba justificado volver a considerarlo en la solicitud efectuada en el mes de febrero de 2010; que todo el sobre costo en que incurrió XX fue pagado, en términos tales que la diferencia que reclama corresponde a los distintos precios fijados en el contrato de ZZ con el Servicio y de la misma con XX; si bien no niega que el señor R.F. se ausentó de la obra, refuta que haya sido el Administrador del Contrato con el Servicio, pues fue tal un dependiente de XX; que la Carta Gantt entregada en el mes de noviembre de 2009 consideraba todos los antecedentes necesarios para llevar a cabo el término de las obras, especialmente las que fueron contempladas en el proyecto de arquitectura, cálculo y clima, que eran de responsabilidad de ZZ y que fueron entregados oportunamente; y que en cuanto a los pagos efectuados por el Servicio a XX a que se alude en la réplica, lo único que existió fue un endoso de un instrumento de pago en favor de XX, a saber, un cheque girado en favor de ZZ (fs. 215 y siguientes).

b) En el Capítulo II “Los Hechos tal como ocurrieron”, conjuntamente con ratificar lo expuesto en la contestación de demanda, ZZ enuncia una síntesis de los antecedentes fácticos más relevantes que debieran ser considerados, relativos a los retrasos en la ejecución de la etapa de diseño y obras preliminares de la etapa de construcción que no son atribuibles a ZZ, distinguiendo la etapa de diseño y las obras preliminares de la etapa de construcción, los restantes retrasos en la ejecución de la etapa de construcción que son atribuibles a hechos de fuerza mayor y a conductas negligentes de XX, y en cuanto al término de la obra y recepción de la misma, deteniéndose en los hitos cronológicos ya referidos en su contestación de demanda (fs. 219 y siguientes).

c) En el Capítulo III “El Derecho”, reitera las excepciones opuestas en la contestación, a saber:

- ZZ fue un contratante que empleó la máxima diligencia en el desarrollo del contrato. Las mayores exigencias e incumplimientos por parte del Servicio constituyen un caso fortuito o fuerza mayor, por lo que no se le puede imputar responsabilidad alguna por estos hechos.
- En subsidio, opone la excepción de contrato no cumplido, distinguiendo los plazos de ejecución del contrato, los errores en la ejecución de la obras, la no utilización del Libro de Obras, la lentitud de respuesta y la falta de destinación de recursos para terminar las obras, y
- En subsidio, atendidos los incumplimientos de XX que le hicieron acreedora de las multas pactadas en el contrato, se opone la excepción de compensación, todo en consonancia con lo expuesto en el escrito de contestación.

d) En el Capítulo IV “En relación con las sumas que se demandan”, reitera lo expresado en la contestación y agrega que ahora XX pretende aclarar cuál sería la naturaleza jurídica de lo que se demanda, frente a la omisión denunciada en la contestación y que importa la ineptitud del libelo; que en las páginas 26 a 28 de la contestación identifica algunas partidas, aunque no todas, con daño emergente y lucro cesante, pero que en la página 29, en el punto 4, señala que lo que exige es el cumplimiento íntegro de la obligación, de modo que o requiere el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios, no pudiendo otorgar, al mismo tiempo, diversa naturaleza jurídica a una misma suma de dinero; refuta que pudiese constituir obligación el pago de una deuda adquirida en el sistema financiero sin que haya existido un compromiso de ZZ; y que, no existiendo incumplimiento contractual por parte de ZZ, no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones que para ella emanaban del contrato y no existe ni puede existir suma alguna que se encuentre obligada a pagar, por ningún concepto (fs. 226).

9. EL PERÍODO DE CONCILIACIÓN:

a) Por resolución de fs. 228 se tuvo por evacuada la réplica, y por resolución de fs. 229 se citó a las partes a una audiencia de conciliación.

b) El 8 de junio de 2011 se celebró tal audiencia, solicitándose y decretándose que ella continuare el 14 de junio de 2011 (fs. 230).

c) El 14 de junio de 2011 las partes acordaron suspender el período de conciliación, en términos tales que si no comunicaban al Árbitro, a más tardar el 29 de junio de 2011, su voluntad de perseverar en tal período, la conciliación se entendería fracasada y el Árbitro daría curso progresivo al proceso (fs. 231).

d) Se hace constar que las audiencias de conciliación se pospusieron por cuanto la parte de ZZ señaló que llevaría a cabo gestiones ante el Servicio a fin de eventualmente concretar una solución con éste que, a su vez, posibilitare una eventual conciliación en estos autos, de lo cual es expresión el correo electrónico que sigue.

e) Por correo electrónico dirigido al Árbitro el 29 de junio de 2011 por parte de ZZ, ésta manifestó que “lamentablemente, las gestiones realizadas por mi parte ante el Servicio de Salud TR3 han sido infructuosas, sin que hasta la fecha hayamos podido concertar una reunión con ellos”.

“Comunico lo anterior, atendido que hoy es el último día del plazo otorgado para efectos de lograr una conciliación entre las partes” (fs. 233).

10. LA INTERLOCUTORIA DE PRUEBA:

Por resolución de 4 de julio de 2011 (fs. 234), se recibió la causa a prueba fijando como hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes los que siguen:

- “1. Contrato entre las partes. Hechos y circunstancias en torno a su ejecución y cumplimiento.
2. Prestaciones que se adeudarían entre las partes”.

11. LA PRUEBA:

11.1. En cuanto al término probatorio:

a) Según el acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes (acápite 4.2. b)), el término probatorio en principio era de 20 días.

b) Por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 360), haciendo uso de la facultad que al Árbitro otorga el acápite 4 del acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes, en el sentido de dictar normas procesales que complementen las que contiene tal acta con el fin de asegurar una correcta y eficiente conducción del procedimiento bajo la condición de respetar las normas del debido proceso, declaró –desde luego- prorrogado el término de prueba a partir del 8 de agosto de 2011 (teniendo presente que venció el 5 de agosto de 2011), a fin que se pudieran llevar a cabo las diligencias probatorias solicitadas dentro del probatorio y que no se alcanzaron a rendir dentro de él, agregando que el vencimiento de esta prórroga sería fijado por el Árbitro una vez que proveyera derechamente la petición contenida en el otrosí de la presentación de fs. 313, es decir, aquella en que la parte de XX solicitó que se designare un Perito.

c) Por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 361), se proveyeron derechamente las peticiones formuladas por ZZ (fs. 321) en cuanto a la exhibición de documentos por parte del tercero Servicio de Salud TR3, dando lugar a ellas.

d) Por resolución de 5 de septiembre de 2011 (fs. 377), el Árbitro, de oficio y en ejercicio de las facultades que le otorga el acápite 4 del acta de procedimiento de fs. 63, dispuso que, dentro de tercero día, ZZ informare sobre el estado de diligenciamiento del exhorto derivado de la exhibición de documentos antes mencionada.

e) Por escrito ingresado el 8 de septiembre de 2011 (fs. 378), ZZ dio cuenta del estado de diligenciamiento del exhorto.

f) Por resolución de 7 de septiembre de 2011 (fs. 379), sin perjuicio de dar curso a la petición de XX en lo que concierne al informe pericial, el Árbitro agregó que, en cuanto al vencimiento de la prórroga del término de prueba, aún no era posible determinarla, por cuanto se hacía necesario conocer el plazo dentro del cual se evacuaría el informe pericial y que, por lo mismo, por ahora se mantenía sin fecha de vencimiento la prórroga del término probatorio.

- g)** Por resolución de 27 de septiembre de 2011 (fs. 394), siempre en ejercicio de las mismas facultades oficiosas ya referidas, teniendo presente la necesidad de agotar el arbitraje dentro del plazo correspondiente y la circunstancia que la exhibición de documentos por parte del Servicio sólo decía relación con determinados folios de los Libros de Obra N°s. 11 y 12 y con el contrato celebrado por ZZ con el Servicio, como asimismo teniendo presente que el progreso y agotamiento del arbitraje no podía quedar indefinidamente subordinado a lo que aconteciere con tal diligencia, el Árbitro dejó constancia que oportunamente fijaría un plazo perentorio y final dentro del cual debía agotarse lo concerniente a la referida exhibición de documentos, cualesquiera fuere su resultado, sin perjuicio que ZZ acompañare aquellos antecedentes con los que expresaba contar respecto de los mencionados Libros de Obra N°s. 11 y 12 y su contrato con el Servicio.
- h)** Por resolución de 19 de diciembre de 2011 (fs. 414), el Árbitro nuevamente dispuso que la parte de ZZ informare respecto del estado de diligenciamiento del mencionado exhorto vinculado con la exhibición de documentos por parte del Servicio.
- i)** Por escrito de 3 de enero de 2012 (fs. 422), ZZ informó que el Tribunal exhortado había acogido un incidente de nulidad por falta de emplazamiento promovido por el Servicio y que, habiéndose producido la notificación ficta en los términos del Artículo 55 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, el 27 de diciembre de 2011 había solicitado la fijación de nuevo día y hora para la exhibición de documentos.
- j)** Por resolución de 27 de enero de 2012 (fs. 433), conjuntamente con dar lugar a la inspección personal del Tribunal solicitada por XX, el Árbitro dejó constancia que si bien el plazo de 20 días a que alude el acta de fs. 63 y siguientes (acápite 4.2 a)) estaba largamente vencido, oportunamente había prorrogado el término probatorio a partir del 8 de agosto de 2011 a fin que se pudieren llevar a cabo las diligencias solicitadas dentro del probatorio y que no se alcanzaron a rendir dentro de él, sin que hasta la fecha se hubiere fijado la fecha de vencimiento del probatorio, a la vez que consignó que la diligencia de inspección personal del Tribunal estaba íntimamente relacionada con el informe pericial, medio probatorio solicitado dentro del término probatorio base de 20 días, a la vez que manifestó que no se había fijado la fecha de vencimiento del término probatorio, por cuanto aún no se conocía lo ocurrido en definitiva con la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio solicitada por ZZ.
- k)** Por presentación de 8 de marzo de 2012 (fs. 438), solicitando intervenir como tercero, el Servicio interpuso un recurso de reposición en contra de la resolución que había decretado la exhibición de documentos por su parte.
- l)** Por resolución de 13 de marzo de 2012 (fs. 447), el Árbitro no dio lugar a la intervención como tercero por parte del Servicio y, en consecuencia, desestimó el recurso de reposición interpuesto por su parte, en todo caso extemporáneo.
- m)** Al 3 de abril de 2012 se había agregado a los autos el informe pericial oportunamente decretado, del cual se infiere que la exhibición de documentos por parte del Servicio no era imprescindible.
- n)** En tales términos, el Árbitro, en su deber de dar curso progresivo a los autos a fin de quedar en condiciones de oportunamente citar a las partes a oír sentencia y en ejercicio de su facultad de adoptar decisiones de orden procesal que complementen las normas oportunamente acordadas por las partes, estimó que cabía dejar sin efecto, por no ser relevante, la diligencia de exhibición de documentos por parte del tercero Servicio de Salud TR3 y declarar vencido el término de prueba, debiendo conferirse traslado a las partes para que, según dispone el acápite 4.3. del acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes, presentaren en el plazo de 8 días sus escritos de observaciones a la prueba, vencido el cual, háyanse o no formulado, correspondía citarles a oír sentencia.
- o)** En mérito de lo anterior, por resolución de 3 de abril de 2012 (fs. 456 y siguientes), sin perjuicio de tener por evacuado el informe pericial y conferir traslado por 8 días para que las partes pudieren formular sus observaciones a la prueba, el Árbitro dejó sin efecto la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio y declaró vencido, con esa fecha, el término probatorio.

11.2. En cuanto a los medios probatorios:

11.2.1. En cuanto a la prueba testimonial:

Demandante XX:

Presentó su lista de testigos a fs. 239 y siguiente, la que fue proveída a fs. 241. En definitiva, depusieron los siguientes testigos, respecto de los hechos que se indican:

- Don F.G., al hecho controvertido N° 1 (fs. 268 a 270).
- Don J.A., al hecho controvertido N° 1 (fs. 271 a 273).
- Don P.N., a los hechos controvertidos N°s. 1 y 2 (fs. 274 a 280).
- Don A.E., al hecho controvertido N° 2 (fs. 281 a 283).
- Don C.R., al hecho controvertido N° 1 (fs. 284 a 287).

Demandada ZZ:

Presentó su lista de testigos a fs. 238, la que también fue proveída a fs. 241, solicitando a fs. 244 la remisión de exhorto a los Juzgados competentes de las ciudades de LL y MM a fin que depusieren allí los testigos R.M., M.T. y P.F., habiendo el Árbitro ordenado exhortar por resolución de 27 de julio de 2011 (fs. 245) en los términos de los exhortos que rolan a fs. 246 y 247, remitidos a los Juzgados de Letras en lo Civil de las ciudades de LL y MM. Sin embargo, en definitiva, los testigos de esta parte depusieron ante el Árbitro exhortante (el exhorto fue devuelto sin diligenciar y se ordenó agregar a los autos por resolución de 20 de enero de 2012: fs. 423 a 431). Fueron los siguientes:

- Don F.G., al hecho controvertido N° 1 (fs. 268 a 270).
- Don C.G., al hecho controvertido N° 1 (fs. 293 a 295).
- Don R.A., al hecho controvertido N° 1 (fs. 296 a 299).
- Don R.F., al hecho controvertido N° 1 (fs. 300 a 308).
- Don J.N., a los hechos controvertidos N°s. 1 y 2 (fs. 309 a 312).

11.2.2. En cuanto a la prueba documental:

a) Espontánea:

Demandante XX:

- En primer término, produjo aquella de que da cuenta lo principal de su escrito de fs. 313, la que presentó distribuida en cinco carpetas:

- **Carpeta N° 1:** En relación con el Anexo N° 1 del escrito de réplica y los cuadros en él indicados:
 - Anexo 1 acompañado a la réplica.
 - Estados de pago del diseño.
 - Estados de pago de la etapa de construcción, acompañando además cuatro cheques pagados directamente por el Servicio a XX.
 - Gastos generales y diferencia de obra gruesa.
 - Cuadro de obras extraordinarias.
- **Carpeta N° 2:** Documentos esenciales o básicos a través de los cuales se muestra la trazabilidad del conflicto y su fisonomía principal:
 - Antecedentes de arquitectura y cálculo de licitación, incluyendo el presupuesto de la licitación de XX a ZZ.
 - Cartas Gantt.
 - Instrumentos relacionados con la revisión de cálculo estructural por Revisor Externo.
 - Instrumentos referidos a defectos del prefabricado de ZZ.
 - Instrumentos referidos a modificaciones de cálculo.
 - Fichas del TR3 (21).
 - Instrumentos relacionados con el sismo de 27 de febrero de 2010.
 - Instrumentos sobre empalme de media tensión (TR4).
 - Instrumentos sobre permiso de edificación y recepciones.
 - Copia de la demanda civil de cumplimiento forzado de contrato con indemnización de perjuicios, deducida por ZZ en contra del Servicio, radicada en el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM, ingresada el 10 de enero de 2011.

- **Carpeta N° 3:** Planimetría:
 - Proyecto inicial de la licitación, Arquitectura y Cálculo.
 - Cálculo (proyectos de cálculo y sus variaciones). en 8 juegos de planos que comprenden 73 láminas descriptivas del proyecto de cálculo y sus modificaciones.
 - Arquitectura y sus variaciones, en 8 juegos de planos que comprenden 93 láminas descriptivas del proyecto de arquitectura y sus modificaciones.
 - Planos de instalaciones sanitarias, agua potable y alcantarillado, alarmas e incendio, electricidad, corrientes débiles y cuadro de cargas de clima, plano de detalle estacionamientos corregidos para recepción de la obra y programa médico arquitectónico.
 - Especificaciones técnicas de arquitectura y de instalaciones.
- **Carpeta N° 4:** Etapa de diseño:
 - Acta de la etapa de diseño.
 - Actas de recepción del diseño.
- **Carpeta N° 5:** Etapa de construcción:
 - Libro de Obras entre ZZ y XX, incluyendo documentos aclaratorios anexos.
 - Actas de reunión de obras (45) entre TR3 y ZZ.
 - Set de fotografías y CD sobre ejecución de la obra.

Se destaca que todos los antecedentes técnicos y documentación precedentemente acompañada estarán a disposición del Perito que se nombre según lo solicitado por tal parte, en formato digital, lo último con el propósito de facilitar los cálculos de cubicación y medición en escalas reales.

Por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 360), el Tribunal tuvo por acompañada con citación la documentación referida y, por escrito ingresado el 18 de agosto de 2011 (fs. 369), la parte de ZZ formuló observaciones respecto de la documentación acompañada por XX, las que el Árbitro tuvo presente por resolución de 23 de agosto de 2011 (fs. 373).

- Escrito ingresado el 22 de diciembre de 2011 (fs. 415), mientras corría el plazo para que el Perito evacue su informe, en relación con la prueba pericial y a fin de facilitar el examen de los antecedentes ya entregados, acompañó un CD con la siguiente información digital:

- Cuadro de cubicaciones de la obra CAE.
- Planimetría digital, a ser relacionada con el cuadro recién indicado y los planos que acompaña más adelante.
- Archivos obras extra.
- Planos de cálculo o estructura definitiva
- Carpeta denominada "Doc.Rec.Mun".
- Entrega de pilares con ventanas descuadradas.

Por resolución de 26 de diciembre de 2011 (fs. 420), el Árbitro tuvo por acompañado, con citación, el referido CD (fs. 419), dejándose constancia que, según correo electrónico de 22 de diciembre de 2011 enviado por la parte de XX, el cual se ordenó agregar a los antecedentes, con idéntica citación (rola a fs. 421), se había dejado copia para la parte de ZZ y para el Perito (fs. 420).

Demandada ZZ:

- Por escrito ingresado el 29 de julio de 2011 (fs. 248 y siguientes), produjo prueba documental consistente en los folios de los Libros de Obra ZZ-Servicio Nos. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011 y determinados folios Libro de Obras ZZ-XX.

Por resolución de 2 de agosto de 2011 (fs. 292), por no ser legible parte de esta documentación, como asimismo teniendo presente que determinados folios no habían sido acompañados, el Árbitro dispuso que se acompañara copia legible de la totalidad de la documentación.

ZZ dio cumplimiento a lo ordenado por escrito que ingresó el 5 de agosto de 2011 (fs. 340).

Por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 366), el Árbitro tuvo por cumplido lo ordenado y por acompañados los documentos, con citación.

- Por escrito ingresado el 5 de agosto de 2011 (fs. 324), acompaña diversos correos electrónicos intercambiados entre las partes, los que el Árbitro tiene por acompañados, con citación, por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 363).

- Por escrito ingresado también el 5 de agosto de 2011 (fs. 327), acompaña documentación relacionada con el contrato suscrito entre el Servicio y ZZ; respecto de la afloración de roca y aumento de obra a consecuencias de este hecho; comunicaciones intercambiadas con el Servicio a propósito de los adicionales de Arquitectura y Eléctrico exigidos y que sólo fueron pagados parcialmente; comunicaciones intercambiadas con el Servicio a propósito de los plazos adicionales solicitados como consecuencia del terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010; comunicaciones intercambiadas con el Servicio a propósito del empalme eléctrico que debía realizar TR4; comunicaciones intercambiadas con el Servicio a propósito del empalme eléctrico que debía realizar TR4; comunicaciones intercambiadas con el Servicio a propósito de la falta de cristales a consecuencia del terremoto; y no conformidades registradas, documentación que el Árbitro tuvo por acompañada, con citación, por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 364).
- Finalmente, por escrito asimismo ingresado el 5 de agosto de 2011 (fs. 334), acompaña diversos documentos relativos al contrato celebrado; facturas y estado de pago entre XX y ZZ; facturas y estados de pago entre ZZ y el Servicio; y documentos relativos a incumplimientos de XX, documentación que el Árbitro tuvo por acompañada, con citación, por resolución de 10 de agosto (fs. 365).

b) Provocada:

Por el Árbitro:

- Atendido lo expresado durante el periodo de discusión, en la misma resolución en que se recibió la causa a prueba, el Árbitro, en ejercicio de la facultad que le otorga el acápite 4.2 e) del acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes, dispuso que la parte de ZZ acompañare copia íntegra del contrato suscrito con el Servicio y del proceso iniciado en contra del mismo Servicio en el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM, incluida la medida prejudicial a que aludió durante la fase de conciliación.
- Por escrito ingresado el 5 de agosto de 2011 (fs. 323), ZZ dio cumplimiento a lo ordenado acompañando copia del referido proceso, la que el Árbitro tuvo por acompañada por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 362), con citación.
- Sin perjuicio de lo anterior, por escrito de 4 de noviembre de 2011 (fs. 408 y siguientes), ZZ, también en cumplimiento de lo ordenado por el Árbitro, agregó aquellas piezas del proceso seguido en contra del Servicio no acompañadas previamente, y que corresponden a los escritos de contestación de la demanda, réplica y contestación de demanda reconvenicional, dúplica y réplica de demanda reconvenicional, y dúplica reconvenicional.

Por resolución de 8 de noviembre de 2011 que rola a fs. 409, el Árbitro tuvo por acompañados los documentos, con citación, y ordenó agregarlos al cuaderno separado de documentos que ordenó formar por resolución de fs. 367.

Por ZZ:

Respecto del Servicio:

- En lo principal de escrito ingresado el 5 de agosto de 2011 (fs. 321), recabó la exhibición por parte del Servicio del Libro de Obras N° 11 y 12 y del contrato original suscrito entre las partes, solicitando que la diligencia tuviere lugar en la ciudad de MM y, al efecto solicitó el envío del correspondiente exhorto.
- Por resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 361), el Árbitro dio lugar a la exhibición de documentos solicitada y dispuso que se practicare ante el competente Juzgado de Letras en lo Civil de turno de la ciudad de MM, exhortándose al efecto, exhorto cuya copia rola a fs. 368.
- Por resolución de 5 de septiembre de 2011 (fs. 377), el Árbitro decretó que la parte de ZZ informara sobre el estado de diligenciamiento del referido exhorto, lo que ZZ cumplió por escrito ingresado el 8 de septiembre de 2011 (fs. 378).
- Por escrito ingresado el 23 de septiembre de 2011 (fs. 384), ZZ vuelve a dar cuenta del estado de diligenciamiento del referido exhorto y acompaña presentaciones del Servicio en el proceso seguido en su contra en el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM (fs. 385 a 390).
- Por resolución de 27 de septiembre de 2011 (fs. 394), el Árbitro ordena que ZZ acompañe aquellos antecedentes con que expresaba contar respecto de los mencionados Libros de Obra Nos. 11 y 12, y su contrato con el Servicio.
- Por resolución de 19 de diciembre de 2011 (fs. 414), el Árbitro nuevamente dispone que ZZ informe respecto del estado de diligenciamiento del referido exhorto, a lo que ZZ da cumplimiento por escrito ingresado el 3 de enero de 2012 (fs. 422).

- Con la referida resolución de 3 de abril de 2012 (fs. 456 y siguientes), en que el Árbitro tuvo por evacuado el informe pericial y confirió traslado a las partes para formular observaciones a la prueba, dejó sin efecto la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio, declarando vencido el término probatorio.
- Por escrito ingresado el 9 de abril de 2012 (fs. 460 y siguientes), ZZ solicitó reposición de la referida resolución sólo en cuanto dejó sin efecto la diligencia de exhibición de documentos, destacando que ella debía llevarse a cabo dos días después (11 de abril de 2012), recurso que fue acogido por resolución de 10 de abril de 2012 (fs. 462), dejando sin efecto la resolución recurrida sólo en cuanto, a su vez, dejó sin efecto la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio, con declaración que lo anterior era sin perjuicio de lo que la resolución ya referida manifestó en cuanto a la relevancia de la documentación a ser exhibida por el tercero, pero a su vez sin perjuicio de lo que las partes pudieran argumentar a su respecto al momento de observar la prueba.
- Siempre respecto de esta diligencia, por escrito ingresado el 8 de marzo de 2012 (fs. 438 y siguientes), el Servicio, representado por don R.S., interpuso recurso de reposición en contra de la resolución que había dado lugar a la exhibición de documentos a su respecto, solicitando la suspensión de la diligencia probatoria en tanto no se resolviera el recurso de reposición.
- Por resolución de 13 de marzo de 2012 (fs. 447 y siguientes), el Árbitro no hizo lugar a la intervención como tercero del Servicio y, en consecuencia, desestimó el recurso de reposición interpuesto.

Respecto de XX:

- En el tercer otrosí de su escrito ingresado el 5 de agosto de 2011 (fs. 321), ZZ solicitó que XX exhibiera los Libros de Obra que existieren en su poder, diligencia a la que el Árbitro dio lugar por resolución de 10 de agosto de 2011 que rola a fs. 361.
- Por escrito ingresado el 19 de agosto de 2011 (fs. 372), XX hizo presente al Árbitro que el documento consistente en los Libros de Obra había sido acompañado íntegramente con su escrito de fs. 313 y siguientes, lo que el Árbitro tuvo presente por resolución de 23 de agosto de 2011 (fs. 373).

c) Cuaderno separado de documentos:

- Por resolución de 11 de agosto de 2011 (fs. 367), complementando las resoluciones de 10 de agosto de 2011 que disponían tener por acompañados diversos documentos, el Árbitro dispuso la formación de cuaderno separado de documentos, ordenando que a él debían agregarse los documentos que eventualmente se exhibieren según lo ya ordenado y los demás que en lo sucesivo se pudieren acompañar.
- En mérito de lo anterior, por resolución de 8 de noviembre de 2011 (fs. 409), el Árbitro dispuso agregar al cuaderno separado de documentos los acompañados por ZZ con el escrito ingresado el 4 de noviembre de 2011 (fs. 408), ya referido.
- Otro tanto dispuso por resolución de 3 de abril de 2012 (fs. 456), en lo que concierne al informe pericial.

d) Carpetas formadas por el señor Perito:

Con ocasión del peritaje a que se aludirá a continuación, el Perito señor PE ordenó la documental producida en doce carpetas, a saber:

- **Carpeta N° 1:** Corresponde a la Carpeta N° 1 presentada por XX, identificada en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 313).
- **Carpeta N° 2:** Corresponde a la Carpeta N° 2 presentada por XX, identificada en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 314).
- **Carpeta N° 3 – Planimetría:** Corresponde a la Carpeta N° 3 presentada por XX, identificada en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 317).
- **Carpeta N° 4 – Etapa de Diseño:** Corresponde a la Carpeta N° 4 presentada por XX, identificada en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 318).
- **Carpeta N° 5 – Etapa de Construcción:** Corresponde a la Carpeta N° 5 presentada por XX, identificada en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 318).
- **Carpeta N° 6 – Carpeta N° 5 Anexo:** Corresponde a la Carpeta N° 6 presentada por XX, que contiene el resto de los documentos identificados en su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 318). Esta Carpeta N° 6 está titulada como Carpeta N° 5-Anexo.
- **Carpeta N° 7:** Corresponde al material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 323).

- **Carpeta N° 8:** Corresponde al material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 324 y siguientes).
- **Carpeta N° 9:** Corresponde al material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 327 y siguientes).
- **Carpeta N° 10:** Corresponde al material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 334-339).
- **Carpeta N° 11:** Corresponde al material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 340-359).
- **Carpeta N° 12:** Corresponde a la segunda parte del material acompañado por ZZ con su escrito de 5 de agosto de 2011 (fs. 340-359).

11.2.3. En cuanto a la prueba pericial:

a) Antecedentes:

- Fue solicitada por la parte de XX en el primer otrosí de su escrito de fs. 313.
- Por providencia de 10 de agosto de 2011 (fs. 360), el Árbitro dispuso que la resolvería una vez producida la totalidad de la prueba documental.
- Por resolución de 7 de septiembre de 2011 (fs. 379), siempre haciendo uso de las facultades otorgadas al Árbitro en el acta de procedimiento de fs. 63 (acápito 4), se dejó sin efecto la referida resolución de 10 de agosto de 2011 (fs. 360), en cuanto a que se pronunciaría sobre la solicitud una vez producida la totalidad de la prueba documental y, en consecuencia, citó a las partes a la correspondiente audiencia para los efectos que dispone el Artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, con constancia que en lo concerniente a los costos del peritaje, debían ser soportados por las partes por mitades.
- Por escrito ingresado el 15 de septiembre de 2011 (fs. 381), ZZ interpuso recurso de reposición en contra de la resolución que antecede, a fin que se dejare sin efecto la designación del Perito por no haberse señalado específicamente las materias sobre las que debía versar el peritaje y, en subsidio, que de manera previa debían señalarse los hechos que debían ser objeto de informe pericial, como asimismo que el costo debía ser soportado por la parte que solicitó la diligencia (XX), sin perjuicio de lo que se resolviera sobre costas en la sentencia definitiva.
- Por resolución de 26 de septiembre de 2011 (fs. 391 y siguientes), el Árbitro desestimó el recurso de reposición, en todas sus partes.
- El 28 de septiembre de 2011 tuvo lugar la audiencia decretada (fs. 395 y siguientes), en que se acordó designar un solo Perito, que la designación recayera en la persona de don PE, y que los puntos materia del informe fueren: a) proyecto inicial vinculado al presupuesto de la licitación y proyecto ejecutado; b) etapa de diseño y su desarrollo; proyectos de cálculo, arquitectura y especialidades. Observaciones y modificaciones a los mismos; c) recepción de la etapa de diseño, en relación con el cumplimiento de sus requisitos y/o presupuestos; d) etapa de construcción. Requisitos básicos para su inicio. Cartas Gantt o cronogramas para la conclusión de la obra, contexto y eventos o circunstancias posteriores o asociadas a su desarrollo. No conformidades. Permisos, conclusión, entrega y recepción de la obra; y e) existencia de variaciones de volúmenes y/o superficie (cualitativas y cuantitativas) producidas en el desarrollo de la obra, por cambios en el cálculo debido a las observaciones del revisor externo (incumplimiento de normas), exigencias del Servicio de Salud TR3 u otras razones. Valores (precios acordados y pagos efectuados) conforme al presupuesto, en relación al contrato original y existencia de variaciones en los mismos.

El Árbitro prestó su aprobación a lo acordado por las partes.

- El 5 de octubre de 2011 el ingeniero civil señor PE aceptó y juró el cargo, fijando el 3 de noviembre de 2011 para el reconocimiento (fs. 397).
- Por carta de 5 de octubre de 2011 (fs. 398 y siguientes), el Perito presentó su propuesta.
- Por resolución de 6 de octubre de 2011 (fs. 401), el Árbitro tuvo por aceptado y jurado el cargo por parte del Perito, presente la fecha fijada para el reconocimiento, y también presente la carta del Perito de 5 de octubre de 2011, ordenando ponerla en conocimiento de las partes.
- Por escrito ingresado el 13 de octubre de 2011 (fs. 402 y siguiente), ZZ objetó los honorarios propuestos por el Perito y, por resolución de 14 de octubre de 2011 (fs. 404) el Árbitro confirmó el correspondiente traslado, que XX evacuó por escrito ingresado el 20 de octubre de 2011 (fs. 405). En definitiva, ZZ no perseveró en esta objeción, según se infiere del acta de reconocimiento a que se alude a continuación.
- El 3 de noviembre de 2011 (fs. 406 y siguiente) tuvo lugar el reconocimiento.

- El 23 de noviembre de 2011 (fs. 412), el Árbitro hizo entrega al señor Perito de la documentación de que da cuenta tal acta, a saber, toda la acompañada con los escritos de fs. 313, 323, 324, 327, 334 y 340, la que el Árbitro dispuso agregar a los autos por resolución de 23 de noviembre de 2011 (fs. 413).

b) Informe pericial:

Por carta de 30 de marzo de 2012 (fs. 455), el Perito señor PE hizo entrega del informe pericial, acompañando cuatro ejemplares originales, uno para el Árbitro, uno para cada parte y el cuarto para el expediente, que el Árbitro tuvo por evacuado por la tantas veces citada resolución de 3 de abril de 2012 (fs. 456 y siguientes), ordenando que se agregara al documento cuaderno separado de documentos a que aluden las resoluciones de fs. 367 y 409, y que se hiciera entrega a cada una de las partes de copia del mismo, lo que se cumplió según se infiere de la notificación de fs. 459 vuelta.

11.2.4. En cuanto a la inspección personal del Tribunal:

- Mientras transcurría el término para evacuar el informe pericial, a fs. 432 XX solicitó que se dispusiere la inspección personal del Tribunal al Consultorio TR2 de la ciudad de MM, concurriendo las partes con sus abogados y el Perito señor PE, expresando que la diligencia se fundaba en la necesidad que el Árbitro y el Perito efectuaren un reconocimiento de la obra ejecutada, pudiendo observar directamente sus características y estructura, así como, en términos generales, la superficie construida, volumen y aspectos básicos asociados, como aumento de la superficie proyectada, volúmenes de obra, secuencia constructiva, relación de proyectos –en especial de cálculo– con lo construido, sin perjuicio de las observaciones que pudieren formular las partes.
- Por resolución de 27 de enero de 2012 (fs. 433) –previa consulta al señor Perito efectuada directamente por el Árbitro en el sentido de estar de acuerdo con la diligencia solicitada, teniendo además presente que el término probatorio base estaba prorrogado sin que a ese momento se hubiere fijado la fecha de su vencimiento, como asimismo que la diligencia de inspección personal estaba íntimamente relacionada con el informe pericial, medio probatorio solicitado durante el término probatorio base y cuyo plazo aún se encontraba en curso, como asimismo teniendo presente que no se había fijado el vencimiento del término probatorio por cuanto aún no se conocía en definitiva lo acontecido con la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio solicitada por ZZ, como también, a mayor abundamiento, que el Árbitro estaba facultado para prorrogar el término probatorio y fijar términos especiales de prueba para rendir otras pruebas que estime necesarias, sin perjuicio de su facultad para ordenar de oficio, iniciado el probatorio, las diligencias que juzgue convenientes– el Árbitro hizo lugar a la solicitud de inspección de personal del Tribunal y adoptó las medidas necesarias al efecto.
- La inspección personal tuvo lugar el 16 de marzo de 2012, con asistencia del señor Perito y de representantes de ambas partes, rolando su acta a fs. 450 y siguiente.

12. OBSERVACIONES A LA PRUEBA:

- a) Por la tantas veces citada resolución de 3 de abril de 2012 (fs. 456 y siguientes) en que se tuvo por evacuado el informe pericial, se dejó sin efecto la diligencia de exhibición de documentos por parte del Servicio, se declaró vencido el término probatorio y se confirió traslado a las partes para que pudieren formular observaciones a la prueba.
- b) XX presentó su escrito de observaciones a la prueba el 19 de abril de 2012 (fs. 466 y siguientes).
- c) ZZ hizo otro tanto por escrito ingresado con la misma fecha (fs. 477 y siguientes).

13. MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER:

- a) Por resolución de 24 de abril de 2012 (fs. 500), conjuntamente con ordenar la agregación a los autos de las observaciones a la prueba de ambas partes, atendido lo expresado por la parte de ZZ, como medida para mejor resolver, el Árbitro dispuso poner en conocimiento del Perito señor PE el escrito de observaciones a la prueba de ZZ, conjuntamente con el homónimo de XX, a fin que hiciere llegar sus comentarios en cuanto a lo que, respecto del informe pericial, la parte de ZZ expresaba en su escrito de observaciones a la prueba.
- b) Por carta de 4 de mayo de 2012, el Perito señor PE dio cumplimiento a lo ordenado (fs. 501 y siguientes).

14. CITACIÓN PARA OÍR SENTENCIA:

Por resolución de 9 de mayo de 2012 (fs. 508), conjuntamente con tener por cumplida la medida para mejor resolver, el Árbitro citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

1. EN CUANTO A LA NATURALEZA Y DEBERES DEL ARBITRO:

a) Según se ha dejado constancia en la parte expositiva (N° 1), conforme al contrato celebrado por las partes, el Árbitro inviste la calidad de arbitrador o amigable componedor (fs. 36 y 51).

b) Conforme a los Artículos 223 del Código Orgánico de Tribunales y 636 del Código de Procedimiento Civil, un Árbitro de tal naturaleza debe fallar obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

c) Como expresa don **Patricio Aylwin Azócar** (“**El Juicio Arbitral**”, quinta edición actualizada y complementada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 115, páginas 152 y siguientes), *“el Arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender (efectúa cita jurisprudencial), conforme a la verdad sabida y buena fe guardada (efectúa cita doctrinaria), y mientras el Árbitro de Derecho, según dijimos, declara y actúa en su sentencia la voluntad de la ley, el amigable componedor en la suya declara y actúa la voluntad de la justicia natural, según los dictados de su propia conciencia. Se dice por esto que falla ex aequo et bono...”*.

“Su diferencia con los demás jueces está en la libertad que tiene para desentenderse de los mandatos de la ley en esta declaración suya decisoria del pleito y fundarla únicamente en las razones que su conciencia estime más prudentes y equitativas, pero bien puede el arbitrador sujetarse a los preceptos legales en el fallo del juicio, si encuentra en ellos la más estricta prudencia y justicia; su calidad no lo obliga a despreciar las normas de derecho” (efectúa cita doctrinaria).

d) Como expresa otro autor (**Pizarro Wilson, Carlos**: “**Notas sobre Arbitraje, Equidad y Justicia Contractual**”, Gaceta Jurídica, año 2011, N° 370, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, páginas 7 y siguientes), *“los Árbitros (en equidad) deben procurar cumplir con los principios de prudencia y equidad. Por eso no pueden ignorar los hechos, las circunstancias sobrevinientes, el proceso de negociación, el acuerdo inicial pactado y, muy especialmente, el precio original del contrato. Todos estos antecedentes son insoslayables para la solución del conflicto, aún tratándose de un juez de equidad. Además, los Árbitros Arbitradores están obligados a justificar de qué manera sus decisiones se fundan en la equidad; no basta una frase retórica para entender que la justificación de la sentencia se basa en la equidad, sino que debe explicarse la relación entre la decisión y esta facultad reconocida por las partes o por la ley”*.

“Ahora, tratándose de conflictos contractuales, la equidad que funda las resoluciones de los Árbitros Arbitradores debe conformarse al derecho dispositivo contractual y a la teoría general del contrato, reflejo de la justo y equitativo en el pleno ejercicio de la libertad contractual: quien dice contrato dice justo. Lo equitativo no puede ignorar el derecho dispositivo propuesto por el legislador o las previsiones realizadas por las mismas partes, pues en lo primero está reflejado lo que el legislador cree más apropiado para la solución de conflictos entre particulares y en lo segundo aparece la autonomía de las partes...”.

“El equilibrio contractual representa un concepto y una noción. En cuanto a concepto sirve de instrumento para la comprensión del contrato y su evolución; permitiendo resaltar el intercambio de prestaciones organizado por el contrato (efectúa cita doctrinaria). Por su parte, la noción de equilibrio contractual sirve para completar el concepto enriqueciendo no sólo la teoría del contrato, sino el derecho positivo. A su turno, dos criterios permiten revestir de contenido al “equilibrio contractual”; por una parte la equivalencia de las prestaciones y, por otra, el óptimo de creación de riqueza. Estas herramientas permiten evitar un conflicto desequilibrado que no genera ventajas ni a las partes ni tampoco a terceros. Por esta razón, el derecho debe erigirse en un mecanismo que excluya los desequilibrios exorbitantes aún en la fase de ejecución del contrato...”.

“Un objetivo primordial de la justicia arbitral en materia contractual consiste justamente en propender a no desnaturalizar el contrato vaciándolo del equilibrio que le es propio al considerar la utilidad y reciprocidad en las prestaciones...”

“El juez de equidad debe dar razón del fundamento de su sentencia para atribuir responsabilidad a una de las partes. En otros términos, el Árbitro Arbitrador debe explicar las razones que justifican a la luz de la equidad y la prudencia la solución de la controversia...”

“Ahora, la obligatoriedad del contrato no debe entenderse sólo como la exigencia para cumplir el contrato, sino que modela también las consecuencias del incumplimiento...”

“La justicia contractual requiere un cierto equilibrio entre las prestaciones, inspirada en la noción de causa y de obligatoriedad del contrato. Un contrato cuya ejecución desencadena un desequilibrio no resulta justo ni equitativo debiendo intervenir el juez para moderar la desproporción”.

“En el mismo sentido es posible tomar en cuenta los dichos de Pothier, para quien “la equidad o la equivalencia de las prestaciones representa uno de los principios mayores del derecho del contrato. Es una regla de la equidad que debe reinar en todos los contratos, que una de las partes que no tuvo la intención de hacer donación a la otra, sólo puede ser obligada a donarle el equivalente de lo que la otra, por su parte, le dio, o se obligó a darle”.

“Por su parte, el principio de coherencia justifica también la intervención judicial para corregir una manifiesta contradicción en la solución de la controversia. La coherencia puede definirse como una armonía lógica, ausencia de contradicciones entre los diversos elementos de un conjunto de ideas o de hechos. En base a este principio se establece como exigencia del derecho que una conducta elegida no puede cambiarse con perjuicio de la contraparte. Se trata de una exigencia de comportamiento a partir de la cual los contratantes deben adoptar actitudes no contradictorias en detrimento del otro. Una manifestación de este principio es la teoría de los actos propios: nadie puede defraudar su conducta precedente sin infringir el deber de comportamiento legal y de buena fe. Este principio de coherencia debe cumplirse también en las sentencias”.

e) Establecido lo anterior, cabe agregar que más allá de lo indicado en la demanda, por ejemplo a qué título pretende se produzca la condena, por ejemplo, por responsabilidad contractual o extracontractual, o a título de daño emergente o de lucro cesante, “por el principio *iura novit curia*, son los Tribunales los encargados de decir el derecho a los hechos planteados por las partes (Gaceta Jurídica, año 2011, N° 371, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, páginas 224 y siguientes, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de mayo de 2011).

2. LA SUBCONTRATACIÓN:

a) En la parte expositiva (N° 3) se ha dado cuenta del contrato celebrado entre el Servicio y ZZ, como asimismo (N° 4) del contrato celebrado entre ZZ y XX, todo en concordancia con las Bases Administrativas a que se ha aludido en el N° 2 de la parte expositiva.

b) El Artículo 66° de las Bases Administrativas, ya referido en la parte expositiva, precisamente denominado “Subcontratos”, dispone que “con autorización del Mandante, el Contratista podrá subcontratar parte de la obra, en cuyo caso subsistirán integralmente las garantías constituidas por el Contratista respecto de los trabajos subcontratados, como asimismo su responsabilidad frente al mandante por la ejecución de la totalidad de los trabajos encomendados, incluida la parte subcontratada. El Mandante se reserva el derecho de aceptar o rechazar subcontratistas previa evaluación” (fs. 123 y 124).

Lo mismo expresa el contrato celebrado entre el Servicio y ZZ (Séptimo).

c) El contrato celebrado entre XX y ZZ es manifiestamente un subcontrato, o lo que es igual, ZZ ha revestido el carácter de contratista frente al Servicio y XX idéntico carácter frente a ZZ.

d) En lo que sigue, se enunciarán algunas consideraciones doctrinarias que se estiman relevantes para la decisión del asunto controvertido fundándonos en la obra “La Contratación. Contratación Tipo, de Adhesión y Dirigida. Autocontratación y Subcontratación” de que es autor el Árbitro (Edeval, Valparaíso, 1984, páginas 129 y siguientes) y, por lo mismo, en las notas o citas contenidas en ella:

- *“Dada una relación jurídico-contractual es posible que uno de los contratantes, en vez de ejecutar en forma personal y directa el derecho de que han pasado a ser titulares o de cumplir en idéntica forma la obligación que han asumido, opten por contratar con un tercero, para que éste disfrute del derecho o cumpla la obligación en todo o parte de su extensión, pero en términos tales que no se produzca la extinción del primer contrato y, por ende, el acreedor o deudor a que hemos aludido quede vinculado tanto en el primer contrato como en el segundo”* (página 129).

- Desde el punto de vista de la obligación, *“la parte obligada a la prestación puede, en principio, optar por una de estas tres vías a seguir: 1) En primer lugar, cabe que la parte obligada no cumpla o cumpla defectuosa o extemporáneamente sus obligaciones dimanantes del contrato, dando lugar así al correspondiente supuesto de incumplimiento o cumplimiento moroso. 2) Cabe también que el obligado cumpla personalmente la obligación asumida, en forma adecuada y correcta. 3) Es posible, en fin, que esa persona, sobre la que pesa el deber de prestación, utilice y se sirva de terceras personas, ajenas inicialmente a la relación, para llevar a cabo y ejecutar la prestación de que se trata. Esta tercera posibilidad es variada y compleja, ya que los terceros que acceden o se incorporan de algún modo a la relación contractual ya existente, pueden hacerlo, a su vez, de distintas maneras, a saber: a) Puede el citado tercero excluir de forma total y excluyente al originario sujeto obligado, pasando a subrogarse en su posición contractual en la relación correspondiente. b) Puede suceder, en cambio, que esa parte que decide servirse de personas ajenas a la susodicha relación jurídica no abdique de su posición en el contrato base y opte simplemente por servirse de auxiliares y subordinados, que en nada alteran la estructura de aquélla. c) En fin, cabe también que la parte obligada a la prestación se decida a contratar, a su vez, con esa persona ajena a la primitiva relación, la ejecución total o parcial del primer contrato, dando lugar al nacimiento de uno nuevo, dentro siempre de las facultades conferidas a aquélla en el contrato originario del que sigue siendo parte (efectúa cita doctrinaria). En el primer supuesto, habrá una asunción de la deuda o cesión de contrato; en el segundo, actuación de personas junto al obligado principal (auxiliares) u ocupando su puesto (sustitutos), pero no partes contractuales independientes en un contrato derivado de otro principal y básico; y, en el último, subcontrato”* (página 130).

- *“En otras palabras, en el fenómeno de la subcontratación, factible tanto en lo que concierne a la obligación como al crédito, aunque probablemente más habitual en lo que concierne a la deuda, el contratante se ve sustituido total o parcialmente en el cumplimiento de la obligación o en el ejercicio del crédito, pero bajo la muy peculiar circunstancia de que el contrato base no se ve extinguido y el tercero se ve ligado con una de las partes del primer contrato en virtud de un nuevo contrato (subcontrato), derivado o coexistente con el primero. Lo dicho encierra una radical diferencia con la asunción de deuda y la cesión de contrato, en lo que concierne a la obligación, porque en virtud de ellas el primitivo deudor se ve enteramente liberado...”* (página 131).

- *“Por consiguiente, la subcontratación envuelve dos contratos sucesivos y coexistentes: el primero, que Messineo, parodiando la filiación, denomina “contrato padre”, es aquel del que emanará el derecho o la obligación que constituirán el objeto del subcontrato; y el segundo, que el autor citado denomina “contrato hijo”, es el que deriva de la circunstancia de que uno de los contratantes del contrato base contrate con un tercero la realización de las obligaciones por él asumidas o el traspaso de los beneficios por él obtenidos del contrato padre. Estos dos contratos coexisten, o sea, el contrato padre no desaparece por el hecho de que haya surgido el contrato hijo; por el contrario, veremos que es indispensable que permanezca, porque de lo contrario se extinguirá el contrato hijo; por otro lado, nacen de manera sucesiva, lo que es perfectamente comprensible, si tenemos presente que para hablar de subcontrato ha de existir una obligación o crédito preexistente derivada del contrato padre y deben ser esencialmente iguales o tener identidad típica, identidad que viene dada por las cosas de la esencia del contrato y no así por las de su naturaleza ni por las accidentales. Por el contrario, si no media tal identidad, no estaremos propiamente en presencia de subcontratación (subcontratación propia), sino de lo que la doctrina denomina subcontratación impropia, como si un arrendatario celebra un contrato de comodato con un tercero. En otras palabras, para que haya propiamente subcontratación debe reiterarse el objeto y la causa del contrato padre en el contrato hijo, total o parcialmente, mientras que en la subcontratación impropia sólo se reitera el objeto, pero no así la causa”* (páginas 132 y 133).

- *“La subcontratación es un caso más de contratos ligados, no el único, en que se vinculan contrato base y contrato derivado por un nexo objetivo, no subjetivo, desde el momento que los derechos u obligaciones del contrato base en virtud del subcontrato pasan a desempeñarse o cumplirse por un tercero, con lo que queda probado que el nexo no es puramente subjetivo en el sentido de que no viene dado por la intención expresa ni tácita de las partes, sino por la naturaleza misma de la subcontratación. Esta unión es necesaria, en el sentido de que sin contrato padre no se concibe el contrato hijo, desde el momento que nadie puede adquirir más derechos u obligaciones que los que tenía el causante y acarrea una dependencia unilateral del contrato derivado respecto del contrato base, a tal grado que la existencia o nulidad del primero acarrea la del segundo. Masnatta, citando a López Vilas (efectúa cita doctrinaria) señala que la unión de contratos en la subcontratación se debe a la naturaleza y*

función de los contratos (unión objetiva necesaria); se orienta en una sola dirección (unión jurídica unilateral); la conexión e influencia del contrato básico se mantiene durante toda la vida de la relación (unión jurídica funcional) y no meramente en la formación del contrato” (página 136).

- *“El subcontrato es un caso de adquisición o sucesión constitutiva porque los derechos u obligaciones que integran el contrato derivado tienen su base en el contrato original, el que sigue vigente, en términos que la posición del contratante intermediario en el primero pasa a un tercero que es parte en el contrato derivado, ya sea desde el punto de vista activo, pasivo o ambos. La relación jurídica base subsiste, pero el tercero que subcontrata adquiere derechos u obligaciones del contratante intermediario sin sustituirle, creándose un derecho u obligación nuevo a expensas del derecho u obligación originario” (página 139).*

- *“El Profesor Masnatta define al subcontrato como “un nuevo contrato, dependiente y derivado de otro previo, llamado básico u originario y con su mismo contenido en todo o parte. Por el mismo, una persona originariamente extraña a la relación contractual asume las facultades que atañen a la disposición de una de las partes por vía de sucesión constitutiva sin que se extinga la primitiva relación” (efectúa cita doctrinaria) (página 145).*

- *“Por su parte, López Vilas señala que por subcontrato se entiende “aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide contratar con un tercero la realización de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte” (efectúa cita doctrinaria) (página 145).*

- *“Doña María del Pilar Baeza critica ambas definiciones, porque sólo aluden al traspaso del rol activo (la primera) o del pasivo (la segunda), en circunstancias que se pueden subcontratar tanto respecto de derechos como de obligaciones. Por ello define el subcontrato como “aquel contrato en virtud del cual una parte transfiere a otra, por vía de una sucesión constitutiva, derechos u obligaciones que han nacido para ella de una relación contractual previa, sin que esta última relación se extinga” (páginas 145 y 146).*

- *Por lo que concierne a la cuestión terminológica, “Messineo prefiere la denominación “contrato derivado”, o sea, “aquel que da lugar a una figura análoga a la filiación de un derecho respecto de otro derecho (derecho-hijo o sub-derecho), o sucesión constitutiva, o sea, al nacimiento de un contrato de contenido igual (contrato-hijo) al de otro contrato ya constituido y que puede llamarse contrato-padre o contrato-base” (efectúa cita doctrinaria). López Vilas prefiere hablar de subcontrato” (página 146).*

- *En lo que se refiere a las partes en la subcontratación, se puede hablar de un primer y segundo contratantes y de un subcontratante; de un primer contratante, un contratante intermediario y un tercer subcontratante; o de un primer contratante, un intermediario y un tercero subcontratante (páginas 147 y 148).*

- *En cuanto a los elementos del subcontrato, concretamente por lo que concierne al objeto, “Masnatta (efectúa cita doctrinaria) dice que “el contrato derivado debe tener el mismo objeto del contrato básico. Los derechos y las obligaciones de éste pueden ser modificadas cuantitativamente -sin exceder sus límites- pero no pueden transformarse cualitativamente”. López Vilas (efectúa cita doctrinaria) expresa que “para precisar el objeto del subcontrato habrá que atender a la prestación del sujeto obligado en virtud de los derechos resultantes del subcontrato mismo. Y tal examen pone de relieve que el objeto del subcontrato así entendido coincide con el objeto del contrato principal, en cuanto que la prestación debida en el subcontrato es la misma que la del contrato principal.... aunque pueda variar en su extensión en el caso de la subcontratación parcial en la que, por definición, no se llegue a abarcar todo el contenido de la relación primera y básica” (páginas 149 y 150).*

- *Por lo que concierne a los efectos, “sabemos que los efectos de un contrato están constituidos por los derechos y obligaciones que de él emanan, concepto que es plenamente aplicable no sólo al contrato derivado sino también al contrato base, de manera que uno y otro producirán los efectos que les son propios y en su respectivo ámbito. Sin embargo, sabemos que si bien el subcontrato es autónomo, se encuentra unido al contrato padre por una dependencia objetiva, funcional y unilateral que determina, entre otras consecuencias, (el) que el contrato derivado no puede tener un contenido más amplio que el contrato padre...” (página 163).*

- *“Por lo que se refiere a los efectos entre quienes son parte en el contrato base ninguna relevancia tiene, en principio, la subcontratación, desde el momento que ésta no modifica de manera alguna los efectos de aquél. El tercero que subcontrata será un tercero ajeno a la relación base, sin perjuicio de los derechos que pueda tener contra el contratante del contrato base que subcontrató con él y de que en un procedimiento judicial entre los dos contratantes originales pudiere intervenir como tercero. Por su parte, en el subcontrato, los efectos se producirán entre quienes son partes en él, también conforme a las reglas generales, pero con la limitación de que tales efectos no podrán exceder en extensión y contenido del marco determinado por el contrato base” (página 164).*

- *“Lo dicho hasta aquí podría ser omitido porque es simple aplicación de principios generales, pero se ha expresado porque es la base en que debe sentarse lo que sigue, pues pueden sobrevenir algunos efectos que de una u otra manera alteren los principios generales. Tales efectos son: el problema de la responsabilidad del*

contratante intermediario por lo hecho por el subcontratante y la posibilidad de acción directa del primer contratante contra el tercero (efectúa cita doctrinaria), agregando doña María del Pilar Baeza la posibilidad de acción directa en el sentido inverso, es decir, del subcontratante contra la parte del contrato base que no ha subcontratado" (página 164).

- Por lo que concierne a la responsabilidad del contratante intermediario por el subcontratante, "López Vilas (efectúa cita doctrinaria) distingue las siguientes hipótesis: 1) Subcontrato concluido por el intermediario contra la prohibición expresa o presunta del primer contratante.... 2) Subcontrato constituido en contra del carácter personal de la obligación... 3) Subcontrato concluido libremente por el intermediario, sin mediar prohibición ni tampoco autorización alguna... 4) Subcontrato concluido con autorización genérica para subcontratar, es decir, en que el primer contratante se ha limitado a autorizar la celebración de un nuevo contrato para la ejecución total o parcial de la prestación que integra la primera relación. Estima que no es suficiente para eximir al intermediario de su responsabilidad frente al primer contratante. Luego compara este supuesto de subcontratación con (la) autorización genérica y los diversos casos de cesión, señalando que en ésta el cedente queda libre de toda responsabilidad, salvo culpa "in eligendo" o "in vigilando" en que el cedente responderá de la gestión del cesionario, mientras que en la subcontratación se mantiene en toda su extensión la responsabilidad del contratante intermediario, dado que no se ha desligado en la relación base, a diferencia de lo que acontece al cedente" (páginas 165 y 166).

- Por lo que se refiere la extinción del subcontrato, cabe distinguir entre aquella que se produce por vía principal, es decir, el subcontrato se extinguirá como cualquier otro, y por vía consecencial, en que "la extinción del contrato originario, cualquiera sea la causa, acarreará la extinción del contrato derivado constituido por el subcontrato, desde el momento que éste quedará sin base. En efecto, siendo la subcontratación un caso de unión funcional unilateral de contratos, resulta que el contrato influyente no sólo opera en el nacimiento del contrato derivado, sino también sobre su vida y extinción, en términos que la extinción del contrato base acarreará la del derivado, sin perjuicio de que quienes son partes exclusivas del subcontrato mantengan determinadas relaciones jurídicas y puedan ejercitar las acciones de repetición y resarcimiento que deriven del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el subcontrato y de que la extinción del contrato base haga irrealizable la ejecución del subcontrato por imposibilidad sobrevinida de cumplir la prestación, dado que las prestaciones de ambos contratos se concretan en un bien o servicio común" (página 169).

- Por último, más allá de los supuestos de subcontratación que se puedan advertir en otras ramas del derecho, manifiesto es decir que son posibles en el terreno del derecho público, porque "las necesidades de aceleración del desarrollo y la conveniencia de las grandes empresas públicas han visto en el mecanismo del subcontrato un cauce ideal para conseguir sus fines, cual sucede con las grandes obras públicas, como carreteras, autopistas, obras hidráulicas, complejos nucleares, etc., que son especialmente propicias para una subcontratación racional y controlada dado su especial volumen y complejidad" (páginas 174 a 176).

e) En fin, ZZ incorporó a XX al cumplimiento de sus obligaciones para con el Servicio, por más independientes que puedan ser el contrato base y el contrato derivado en lo que a sus efectos concierne, pues lo cierto es que la subcontratación es un supuesto clarísimo de contratación vinculada y, por ello, el contratante intermediario ZZ debe ser responsable por el subcontratante (XX), máxime si el subcontrato (ZZ/XX) ha sido concluido con una autorización genérica para subcontratar, la cual está contenida en el contrato Servicio/ZZ, y en las Bases Administrativas.

En este supuesto, el contratante intermediario (ZZ) no se puede eximir de responsabilidad aduciendo el hecho del subcontratante (XX), sino que se mantiene en toda su extensión precisamente porque no se ha desligado en la relación base, a diferencia de lo que ocurre en la asunción de deuda o en la cesión de contrato.

Pues bien, si el contratante intermediario (ZZ) manifiesta al primer contratante (Servicio) que ha cumplido cabalmente sus obligaciones, este Árbitro estima que no puede a la vez sostener, en su vinculación con el subcontratante (XX) que éste no ha cumplido para con él (ZZ), sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en cuanto a la doctrina de los actos propios y aún la confesión extrajudicial, fuera que existiría una contradicción que la simple lógica rechaza.

Mutatis mutandi este Árbitro entiende, también como un efecto propio de la subcontratación, que el contratante intermediario (ZZ) no puede desligarse del cumplimiento de sus obligaciones para con el subcontratante (XX) porque el primer contratante (Servicio) no ha cumplido con sus obligaciones para con el contratante intermediario (ZZ), más aún si en términos generales ZZ imputa al Servicio lo que le imputa XX, fundamentalmente en lo que a plazos, pagos con cargo al contrato original y mayores obras concierne.

3. ACTOS PROPIOS. CONGRUENCIA. COHERENCIA:

3.1. Doctrina:

a) María Fernanda Ekdahl Escobar (“La Doctrina de los Actos Propios. El Deber Jurídico de no contrariar Conductas Propias Pasadas”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989), manifiesta que *“a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, lo que concierne al principio que impide las conductas contradictorias y que se plasma en la máxima venire contra factum proprium non valet”* (página 25); y que *“como una tendencia casi generalizada, la doctrina enlaza o vincula el tema de los propios actos con el principio general de la buena fe, encontrando en él su más perfecto y último fundamento”* (página 59).

En cuanto a los requisitos para la aplicación de los actos propios enuncia los siguientes:

- A. *“Es imprescindible la conducta anterior de un sujeto, la que debe reunir ciertas condiciones: ser válida, eficaz y relevante. Será esta conducta la que genere una situación determinada, susceptible de influir en la conducta de terceros.*
- B. *El sujeto que realizó la conducta debe formular una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo, que ha de ser contradictorio con el sentido objetivo que de la conducta anterior se deriva.*
- C. *La contradicción ha de causar grave perjuicio a los terceros que, confiando en el sentido objetivo que de la conducta vinculante se infiere, han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica.*
- D. *Por último, la conducta anterior y la pretensión posterior deben ser ambas atribuidas a una misma persona, es decir, se requiere identidad de sujetos”* (páginas 38 y 39), requisitos o presupuestos que reitera en las páginas 144 y 145.

Aludiendo al planteamiento procesal, luego de referirse a la posibilidad que la doctrina se haga valer por vía de excepción o por vía de acción, se pregunta si el órgano jurisdiccional está facultado para destacar de oficio el carácter contradictorio de la pretensión, erigiéndola como uno de los fundamentos de su resolución. Contesta: *“nuestro parecer es enteramente favorable a la opinión que sustenta el profesor Diez Picazo (efectúa cita doctrinaria), la cual defendemos; nos parece indispensable para la pronta divulgación, correcta aplicación del principio y para la obtención de una íntegra y verdadera protección a los terceros afectados con la arbitraria rectificación de una conducta ajena en la cual han confiado que se le asigne al juez “la prorrogativa de poder valorar de oficio la conducta de las partes, y establecer el carácter contradictorio de la pretensión”*” (efectúa cita doctrinaria) (páginas 119 y 120).

b) **Fernando Fueyo Laneri** (“Instituciones de Derecho Civil Moderno”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, VII La Doctrina de los Actos Propios (“*venire cum factum proprium non valet*”) (no puede irse válidamente contra los actos propios), señala que *“queda abierta la posibilidad de que las partes en la litis promuevan la alegación de existir una conducta contradictoria, sea proveniente de ciertos actos o declaraciones de voluntad extra litis, sea en el planteamiento del pleito, produciéndose tal contradicción con motivo de los escritos fundamentales”* (página 307).

La define como *“un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente”* (página 310).

En cuanto a los caracteres del acto propio y concretamente su prueba, señala que la apreciación *“debe realizarse preferencialmente a través de los medios que representen valores indeterminados, y, por tanto, jugarán, de modo especial, la apreciación discrecional, o en conciencia, o conforme a la sana crítica o con conocimiento de causa y, en todo caso, para formarse el juez, libremente, la convicción de que está realmente frente a un acto propio. Lo dicho no descarta, de modo alguno, la apreciación de la prueba rendida conforme a las reglas que da la ley para la prueba legal o tasada”* (páginas 311 y 312).

c) En la publicación *“Venire contra factum proprium”*. Escritos sobre la Fundamentación, Alcance y Límites de la Doctrina de los Actos Propios”, Andros Impresores, Santiago, 2010, hallamos diversos Artículos vinculados con esta doctrina:

- Alejandro Borda, en el Artículo *“La Teoría de los Actos Propios. Un Análisis para la Doctrina Argentina”* (páginas 35 y siguientes), a propósito de los presupuestos de la teoría y concretamente los requisitos o condiciones

de aplicabilidad, expresa que *“la teoría de los propios actos requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada, a saber:*

- 1º) *Una conducta anterior relevante y eficaz.*
- 2º) *El ejercicio de una facultad o un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe– existente entre ambas conductas.*
- 3º) *La identidad del sujeto que se vinculan en ambas conductas”.*
 - A su turno, **Juan Ignacio Contardo González** en su Artículo “La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia Civil Chilena” (páginas 81 y siguientes), aludiendo al concepto, precisa que *“la jurisprudencia de los Tribunales no es enteramente uniforme en definir la doctrina de los actos propios”.*

“Tres son los criterios que han utilizado los Tribunales para definirla. En primer lugar se ha definido como aquella que consiste en la “existencia de una conducta que induce de una manera directa y razonable a la creencia cierta de que en contra de ella no se hará valer una pretensión contraria” (cita diversa jurisprudencia). Otros fallos la han definido como aquella en virtud de la cual “nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio a un tercero” (cita diversa jurisprudencia). También se ha definido como aquella doctrina “de acuerdo a la cual nadie puede legítimamente contrariar los actos propios”” (cita jurisprudencia).

“Si bien todos los fallos aluden a que una persona contraría sus propias acciones, las diferencias se presentan, principalmente, en el carácter que se les da a ellas. En la primera de las definiciones citadas el criterio distintivo de la doctrina de los actos propios estará dado por un convencimiento que se produce en la parte contraria de que no se cambiará de parecer en la pretensión que se le exigirá (similar a la doctrina de las apariencias); en la segunda de las definiciones su elemento distintivo estará constituido por el perjuicio que se le causa al tercero por contrariar una conducta propia anterior; y en el tercero de los casos está determinado por un cambio no legítimo del actuar del agente, y que pareciere señalarnos que sería equivalente a lo no permitido por el ordenamiento jurídico”.

En cuanto a los requisitos, expresa que *“la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los requisitos que deben presentarse para que la teoría de los actos propios se configure como tal. Aunque no muchas sentencias analizan el particular, los tres fallos que se detienen en ella reproducen exactamente los mismos requisitos: “a) Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y c) Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica”.*

Concluye que *“los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte (cita jurisprudencia). Esta repetida frase en las sentencias del Tribunal máximo resume el criterio ocupado por nuestros Tribunales en la aplicación de la doctrina de los actos propios”.*

- **Hernán Corral Talciani** en su Artículo “La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho de Familia Chileno” (página 103 y siguientes), precisa que *“se trata de una consecuencia básicamente procesal: el sujeto no puede ejercer el derecho y desconocer lo actuado sin que importe una legitimación o convalidación o regularización de la situación jurídica del tercero, que podrá ser atacada o impugnada por otros legitimados para ello. En general, procederá como excepción o defensa del demandado, pero la doctrina admite que pueda ser aplicada de oficio” (efectúa cita doctrinaria).*

- d) La doctrina de los actos propios, como se reconoce unánimemente, es de amplia aplicación en el campo del derecho y, por ejemplo, incluso se le estima aplicable en el campo del derecho tributario.

Así, **Rafael Martínez Cohen** (“La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Tributario Chileno”, Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, N° 12, Octubre-Diciembre 2007, Legis Información & Soluciones, páginas 51 y siguientes) expresa que *“particular relevancia tiene el tema en cuestión, por cuanto se intentará develar si el contribuyente, o el Servicio de Impuestos Internos, son prisioneros de sus respectivos actos propios, que ya han surtido efectos, o bien pueden revocarlos unilateralmente en desmedro de otros”. Agrega que “aunque tenga su mayor aplicación práctica en los contratos, la verdad es que ella se inspira en un principio que impregna todo lo jurídico y que se traduce en que se debe mantener en derecho una conducta leal y honesta” (efectúa cita doctrinaria) (páginas 51 y 52).*

“Los requisitos de su aplicación son los siguientes: a) Una situación jurídica preexistente, b) Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro. c) Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto” (página 52).

“Esta teoría sólo rige en aquellos casos que no están regulados directamente por el derecho positivo” (página 52).

“No sólo está reservada la doctrina de los actos propios a disputas entre particulares, sino que también se extiende a la Administración Pública. En efecto, en la medida que la Administración Pública, pueda generar expectativas justificadas en los ciudadanos y defraudarlas, éstos pueden quedar sometidos a esta regla, como lo analizaremos más adelante” (página 52).

“La Corte Suprema chilena, se ha referido en diversas ocasiones sobre el tema, el que se extracta de la siguiente sentencia... De acuerdo a dicha doctrina, nadie puede legítimamente contrariar los actos propios, esto es, “se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho o una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues conforme a ese principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero” (página 53).

...“Los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, en forma que no pueden pretender que cuando han reclamado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan negarse a que también se aplique a favor de su contraparte” (página 53).

e) Por último, a fin de no abundar en citas doctrinarias, cabe destacar el Artículo de **Jorge López Santa María** “Intereses Devengados por Indemnización Contractual de Perjuicios. Doctrina de los Actos Propios o Estoppel” (Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Obligaciones, Tomo II, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, Editorial Jurídica de Chile, Thompson Reuters, Puntotex, Santiago, 2009, páginas 136 y siguientes), que corresponde a un informe en derecho en los autos ordinarios del Segundo Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Polla Chilena de Beneficencia con Banco de Chile”.

Luego de expresar que la búsqueda en el derecho comparado de elementos normativos que permitan resolver en equidad si los intereses de la indemnización de perjuicios deben calcularse lineal o acumulativamente no puede cerrarse sin aludir a la llamada doctrina de los actos propios o Estoppel”, agrega que “la doctrina presupone el despliegue de cierta conducta, que induce a la creencia de que no se hará después valer una pretensión contraria con tal conducta. En la especie, no pretenderá el Banco BO2 que se liquiden linealmente los intereses que adeuda, en circunstancia que su comportamiento habitual es cobrar intereses sobre intereses, incluso sin pacto expreso, en el servicio de las deudas. Si la conducta del Banco BO2 es cobrar interés compuesto, ahora va contra sus propios actos al pretender pagar con el mero interés simple su deuda de \$ 49.530.000”.

Expresa que “siguiendo a una de las primerísimas figuras mundiales en el ámbito del Derecho Comparado, el jurisconsulto catalán don José Puig Brutau en su trabajo “La Doctrina de los Actos Propios” (publicado en Estudios de Derecho Comparado, Ed. Ariel, Barcelona, 1951), doctrina poco conocida en Chile, pero de muy frecuente innovación y aplicación en países extranjeros v.gr. España, Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, Puerto Rico, etc., podemos destacar lo siguiente: La prohibición de contrariar los hechos propios no se funda, como la renuncia de derechos, en una declaración de voluntad de abandono de un derecho subjetivo o de una posición jurídica ventajosa, sino que en el principio normativo, que rige al margen de la voluntad e incluso contra la voluntad del afectado, según la cual no se admite la conducta contradictoria o incoherente: “muy gráficamente los jurisconsultos anglosajones afirman que alguien está Estoppel, es decir, impedido de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar”.

“La doctrina del Estoppel es la regla del derecho anglosajón que, por virtud de una presunción iure et de iure (que no admite prueba en contrario), impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho, una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho, por el mismo, con perjuicio de un tercero”.

“La anterior doctrina del Estoppel coincide con la doctrina española de los actos propios...”.

Más adelante da cuenta de la obra de Luis Díez Picazo “La Doctrina de los Actos Propios” (Ed. Bosch, Barcelona, 1963), señalando que examina atentamente en su obra, transcribiéndonos cronológica y sistemáticamente, 238 fallos del Supremo Tribunal de España que son directamente pertinentes a la doctrina de los actos propios. “*Luego de cerner todo este abundante material jurisprudencial, ubica entre los grupos típicos de actuación de la doctrina aquellos actos de ejercicio de un derecho incompatible con la conducta anterior. Dice que se trata de un grupo muy numeroso de casos, en el cual distingue: “a) Va contra sus actos propios quien ejercita o trata de ejercitar un derecho que anteriormente ha renunciado. b) Va contra sus actos propios quien ejercita tardíamente un derecho, en forma contradictoria con una situación que tácitamente ha admitido. c) Va contra sus actos propios quien ejercita contradictoriamente derechos ostentados por diversos títulos, por ejemplo, quien, como heredero de una persona entrega bienes a un legatario y como heredero de otra, los reivindica. d) Va contra sus actos propios, quien ejercita un derecho con un alcance mayor o diverso del determinado con su conducta anterior; por ejemplo, quien reclama, en vía civil, una indemnización superior a la pretendida en vía penal. e) Va contra sus actos propios quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta anterior”.*

“Para nuestra jurisprudencia (la española, se entiende) la aplicación de la regla que impide venir contra los propios actos, presupone siempre una situación procesal. Es en el proceso donde no puede venirse contra los actos propios... Nadie puede ir en juicio contra sus propios actos. Lo que se veda es que un litigante adopte, en el proceso, una actitud que le ponga en contradicción con su anterior conducta, es la contradicción entre la conducta procesal y la conducta pre-procesal o extraprocesal lo que resulta inadmisibles y condenables.... Hay pues dos maneras de venir contra los propios actos: una, entablar una demanda que contradiga la conducta anterior del demandante; otra, formular una oposición que contradiga la conducta anterior del oponente.... Para situar debidamente el alcance de la idea y comprender su juego y mecánica, hay que situarse en la perspectiva realista de un proceso. Cuando a un litigante se le dice que no puede ir contra sus propios actos, lo que se dice es que no puede sostener, en el proceso, una afirmación distinta de la que en el mundo sostuvo con su conducta, porque, y esto es también muy importante, esta conducta anterior de la persona no se toma en su alcance jurídico sustantivo, como acto creador de derechos u obligaciones, sino en lo que ha tenido de afirmación, de un definirse la persona respecto a la situación jurídica”.

3.2. Jurisprudencia:

Como se ha venido expresando, nuestra jurisprudencia ha recogido de manera amplia la doctrina de los actos propios, siendo más o menos restrictiva en cuanto a sus requisitos o presupuestos de aplicación.

Aludiremos a algunas sentencias:

a) Gaceta Jurídica, año 2011, N° 372, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, páginas 415 y siguientes, Corte de Apelaciones de Talca, 1 de junio de 2011: “*La Teoría de los Actos Propios es aquel principio general del derecho fundado en la buena fe que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. Tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el Artículo 1.546 del Código Civil. El referido principio tiene como requisitos de procedencia: a) una conducta anterior que revele una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar la teoría de los actos propios; b) una conducta posterior de parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona en que incide el acto propio perjudique a la contraparte jurídica” (Doctrina).*

b) Gaceta Jurídica, año 2011, N° 370, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, páginas 163 y siguientes, Corte Suprema, 28 de agosto de 2009 (en el mismo sentido, Gaceta Jurídica, año 2012, N° 379, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile (páginas 371 y siguientes, Corte Suprema 4 de abril de 2011):

“Noveno: Que viene al caso tener presente que la doctrina de los actos propios reconoce sus primeros orígenes en el derecho romano donde, pese a no haberse estructurado con los perfiles de homogeneidad y generalidad, propios de una norma jurídica, vertida inicialmente en la máxima “venire contra factura (factum) proprium non valet”, se recogió más tarde en sus líneas esenciales por la codificación de Justiniano, en la que se intentó consagrarla como criterio de aplicación general, según se evidencia en el Digesto, que establece una regla, de acuerdo con la cual, nadie puede cambiar su voluntad en perjuicio de otro”.

“Divulgada por los glosadores, perfeccionó, enseguida, su formulación como doctrina en la obra de los comentaristas medievales, instalándose posteriormente en los diversos ordenamientos jurídicos”.

“Nuestro sistema normativo no establece una regulación específica en relación con la teoría de los actos propios, la cual, sin embargo, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe –concebida ésta en su faz objetiva– a la que se refiere el Artículo 1.546 inciso 3° (en realidad, 1.546) del Código Civil cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por consiguiente, obligan no sólo 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”.

“Décimo:

...

“Es que debe exigirse a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a tales actos anteriores– se ha suscitado en otro sujeto. Ello es así, por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos y no puede –por tanto– ejercer una conducta incompatible con la anteriormente asumida (Alejandro Borda. “La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”. *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18*, Universidad de Los Andes; páginas 36 y 35)”.

“Undécimo: Que, siempre en referencia a la buena fe, considerada como principio inspirador de la regla de los actos propios, se ha dicho por la doctrina de los autores, principal fuente de elaboración conceptual de dicho instituto, ante la ausencia de regulación normativa sobre el tema: “Si se observan los casos en que los autores y los Tribunales han afirmado la vigencia del “*venire contra factum proprium*”, se puede advertir que en todos ellos está en juego la protección de la buena fe objetiva, es decir, del deber de no defraudar deslealmente la confianza que un tercero ha podido legítimamente depositar en un determinado estado de hecho provocado voluntariamente por las palabras o las actuaciones de una persona. Es la lesión injustificada de la buena fe la que proporciona una razón suficientemente fuerte para poner de cargo del que se contradice el riesgo de su inconsistencia (Hernán Corral Talciani. “La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia Chileno”. *Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18*, Universidad de Los Andes; páginas 105 y 106)”.

“La conducta contraria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla, según la cual, nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe las relaciones jurídicas (Luis Diez Picazo. “La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Citado por María Fernanda Ekdahl Escobar en “La doctrina de los actos propios”. Editorial Jurídica de Chile, páginas 72 y 73)”.

Duodécimo: “Que, debe apuntarse que, en general, se entiende que la aplicación de la doctrina en análisis requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- a.- Una conducta jurídicamente relevante y eficaz por parte del sujeto, manifestada con anterioridad a aquella que, luego, pretende contradecir;
- b.- Una pretensión antagónica con el comportamiento precedente, exteriorizada mediante el ejercicio, por el mismo sujeto, de un derecho subjetivo, originándose con ello una situación litigiosa, debido a la contradicción de ambas conductas, con afectación del principio de la buena fe;
- c.- Perjuicio grave para terceros que han ajustado su proceder a la conducta anterior y que resultan afectados por el cambio posterior de ésta, y
- d.- Identidad entre el sujeto que desarrolló la conducta original y el que, con posterioridad, pretende desconocerla, desplegando un comportamiento en sentido contrario”.

c) Corte Suprema 22 de junio de 2011, Rol 9430-2009 (identificador Legal Publishing):

“Undécimo: Que, finalmente, cabe recordar que a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias Excma. Corte Suprema Rol 4.689-05, 2349-05, 127-05, 3.437.04, entre otras)”.

“Esta doctrina conocida como “de los actos propios”, ha sido recogida en diversas disposiciones de nuestro Código Civil, como los Artículos 1.683, 1.481, 1.546 y, en su forma de expresión conocida como buena fe, informa en carácter de principio general todo el referido cuerpo de leyes. Ella permite al sentenciador ponderar la actitud lógica del actor o de su contraparte, que puede incidir en la acción misma o en un simple incidente (Raúl Díez Duarte: “El contrato: Estructura civil y procesal”, Editorial Jurídica ConoSur, 1994, pág. 365 y siguientes)”.

“Así, se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero. De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no pueden pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte”.

d) Corte Suprema 29 de abril de 2008, Rol 1960-06 (según Newsletter de Aida-Chile de 13 de mayo de 2008): En este caso se dedujo demanda ejecutiva en contra de un Banco, con el objeto de obtener el pago de los gastos comunes de un inmueble adquirido por el demandado. El ejecutado había enviado una carta solicitando la condonación de los gastos comunes. El demandado opuso la excepción de prescripción y de no empecerle el título, habiendo el Tribunal acogido la excepción de prescripción de la acción ejecutiva según fallo de primera instancia confirmado por el de segunda.

En contra de lo fallado por el Tribunal de segunda instancia la demandante interpuso recurso de casación en el fondo fundado en que la carta enviada a la demandante solicitando la condonación de la deuda, que fue enviada a la actora con posterioridad al vencimiento del plazo de prescripción, constituye un reconocimiento expreso de la misma y tuvo el efecto de interrumpir naturalmente la prescripción o la renuncia de la misma.

La Corte Suprema, sin perjuicio de confirmar lo anterior, agregó que a nadie es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica, lo que se conoce como doctrina de los actos propios.

e) Por ejemplificar otra situación, que también tuvo expresión jurisprudencial, podemos referir un caso marítimo relacionado con la M/N “CC” que, con arreglo al respectivo contrato de fletamento, debía recalar en el puerto de SS. La nave se negó a recalar sosteniendo que éste no era un puerto seguro y los fletantes, a quienes patrocinó y representó este Árbitro, obtuvieron su arraigo a fin que se constituyere la correspondiente garantía con el propósito de responder de las consecuencias de una conducta que consideraban no ajustada a derecho. Rendida la garantía, el Tribunal alzó el arraigo.

Ahora bien, como es sabido, quien ha obtenido una medida prejudicial precautoria está obligado a perseverar en los términos del Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil (aplicable en el caso en virtud del Artículo 1.239 del Código de Comercio), es decir, interponer oportunamente su demanda solicitando en ella que se mantenga la medida cautelar, al tiempo que el Tribunal, al resolver, debe mantenerla, so pena que el actuar procesal derivado de la medida cautelar se presuma de derecho doloso y haya responsabilidad por los correspondientes perjuicios.

Pues bien, es del caso que en el mencionado contrato de fletamento existía una cláusula arbitral para ante Árbitro en Londres, de modo que el cumplimiento literal del Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil no parecía posible, a saber, interponer la demanda ante el mismo Tribunal chileno que había decretado la medida cautelar solicitando su mantención y que el Tribunal, al resolver, la mantuviere. Con motivo de tal problema, el fletante que había obtenido el arraigo, dentro del plazo del Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil que, conforme al mismo precepto, había sido extendido al máximo de 30 días, inició el procedimiento arbitral londinense y lo acreditó, dentro de tal plazo, ante el Tribunal chileno que había decretado la medida cautelar.

Durante todo el tiempo posterior a la obtención de la medida cautelar y hasta el vencimiento del referido plazo de 30 días, el fletador sostuvo que lo que el fletante debía precisamente hacer era iniciar el procedimiento arbitral londinense,

pero, una vez vencido tal plazo, sostuvo todo lo contrario, a saber, que no se había dado cumplimiento al Artículo 280 del Código de Procedimiento Civil demandando ante el Tribunal chileno, en los términos ya referidos.

Lo cierto es que el Tribunal de primera instancia alzó la medida cautelar, lo que motivó la interposición de un recurso de queja (antes de su modificación por la Ley 19.374, de 18 de febrero de 1995) por parte del fletante y la obtención de una orden de no innovar, de manera que la caución permaneciere mientras se resolvía el recurso.

En definitiva, la Corte de Apelaciones de la ciudad de UU revocó la resolución que había ordenado el alzamiento de la medida cautelar y el argumento esgrimido por el fletante fue precisamente la doctrina de los actos propios, a saber, la conducta procesal contradictoria observada por el fletador.

Por último, mientras la cuestión se ventilaba en Chile, lo que tardó bastante tiempo, el fletador agotó el procedimiento arbitral londinense obteniéndose una sentencia condenatoria del fletador y, más aún, gestionó el exequátur de la sentencia arbitral extranjera, de modo que en cuanto la cuestión quedó resuelta, inició el procedimiento ejecutivo ante Tribunal chileno e hizo efectivo su crédito sobre la garantía sustitutiva de la nave que se había constituido en el referido procedimiento sobre arraigo.

3.3. El juicio iniciado por ZZ en contra del Servicio de Salud TR3, de que conoce el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM:

Como se ha referido en la parte expositiva, la referencia a este juicio surgió durante el período de discusión y, en mérito de ello, el Árbitro dispuso que la parte de ZZ acompañare tales antecedentes, en definitiva, todos aquellos que integran el período de discusión.

En lo que sigue se referirá el actuar procesal de ZZ en contra del Servicio, a fin de contrastarlo con su actuar procesal en la causa de que conoce este Árbitro:

- a) El 29 de noviembre de 2010 ZZ solicitó ante el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM que, como medida prejudicial precautoria, se decretare prohibición en contra del Servicio y, en consecuencia, en contra del Banco BO3, de cobro y pago respectivamente, de la boleta bancaria de garantía que había tomado ZZ en tal Banco a favor del Servicio el 25 de agosto de 2010, con vencimiento al 30 de noviembre de 2010, en lo que concierne al contrato entre ZZ y el Servicio, del cual se da cuenta en los antecedentes de hecho, comenzando por la resolución que aprobó las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Términos de Referencia y que dispuso el inicio del correspondiente proceso de licitación pública, conducente a la suscripción por las referidas partes del Contrato de Diseño y Construcción N° 1/2009, cuyos aspectos fundamentales se refieren en el escrito y, en particular, lo relativo a las multas (no se conoce la foliación, por lo que atenderemos a la numeración de las páginas).

Expresa ZZ que “la ejecución del contrato materia de autos no estuvo exenta de dificultades y demoras (páginas 7 y 8), toda vez que:

- “El Servicio de Salud TR3 sólo aprobó y dio por finalizada la fase de diseño correspondiente al proyecto definitivo de construcción del Consultorio TR2, con fecha 15 de enero de 2010, lo que consta del certificado emitido por TR3 con fecha 23 de febrero de 2010, una vez subsanadas dentro de plazo las observaciones al último estado de avance presentado por mi representada, correspondiente al informe final o carpeta del proyecto definitivo” (página 8).
- “Con ocasión de la ejecución de la etapa de construcción del Consultorio TR2 antes individualizado, se verificó por mi representada la afloración de roca en el terreno, lo que constituía un evento no previsto en las Bases Técnicas y Administrativas que regularon la licitación pública del proyecto y que obligó a realizar obras extraordinarias, con el consecuente aumento de plazos, los que fueron definidos de común acuerdo con TR3 en un total de 76 días corridos; y producto del terremoto que afectó la zona centro-sur de nuestro país el pasado 27 de febrero de 2010, las obras de construcción sufrieron una paralización asociada a la menor disponibilidad de mano de obra y serios problemas de abastecimiento de material, lo que originó un retraso justificado de 47 días corridos” (página 8).
- En razón de estos hechos, ninguno de los cuales resulta imputable a atrasos injustificados de ZZ, la construcción de las obras encomendadas por la futura demandada concluyó el 29 de septiembre de 2010, procediéndose a la recepción provisoria de las mismas con esa misma fecha y levantándose acta de dicha actuación el día 06 de octubre del mismo año” (página 8).

- “Sin embargo, S.S., en un hecho que ocasionó absoluta extrañeza a esta parte, el Acta de Recepción Provisoria suscrita por los miembros de la comisión de profesionales a cargo de la recepción y pertenecientes al Servicio de Salud TR3, consignó en forma errónea y arbitraria que existían 171 días de atrasos injustificados o imputables a mi representada en la ejecución del contrato, debiendo aplicarse a esta última, a juicio de TR3, una multa total por dicho concepto ascendente a \$ 2.013.228.451 (dos mil trece millones doscientos veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y un pesos). Sin perjuicio que el atraso atribuible a mi representada carece de sustento, desde ya valga consignar SS que se determinó la aplicación de una multa que supera el 5% del valor del contrato, que como se ha dicho bordea los \$ 3.000.000, vulnerando expresamente la cláusula contractual que reguló esta materia” (página 9).
- “Consecuencialmente, y sobre la base de tal arbitrario e ilegal actuar –que supera los límites del acuerdo entre las partes– la futura demandada hoy pretende el cobro de la boleta bancaria de garantía otorgada por ZZ, cuya fecha de vencimiento es el próximo 30 de noviembre de 2010” (página 9).
- “Finalmente, y como si lo anterior no fuera ya suficientemente atentatorio en contra de la ley del contrato, TR3 informó a mi representada por medio de carta de 23 de noviembre de 2010, que decidió retener del pago de los estados de pago pendientes a la fecha, el importe de la exorbitante multa infundadamente cursada” (página 9).
- “En la práctica S.S., esto último se traduciría derechamente no sólo en el no pago a ZZ de los estados de pago pendientes, sino que además –aunque resulte difícil de creer– en un saldo negativo que reportaría una supuesta deuda respecto del Servicio de Salud TR3 de más \$ 1.000.000.000” (página 9).

Más adelante, a propósito de la concurrencia del *fumus boni iuris*, en cuanto a la cuestión relativa a los plazos, reitera que sólo con fecha 15 de enero de 2010 el Servicio aprobó y dio por finalizada la etapa de diseño; que el contrato dispone que el contratista dispone de un plazo de 167 días corridos para realizar la construcción de la obra contado desde la entrega del terreno por parte del Servicio, lo que ocurrió el 25 de junio de 2009; que la aprobación de los planos y documentos con los cuales se concluye la fase de diseño, es esencial y requisito habilitante para dar inicio a la etapa de construcción; que la entrega del terreno está supeditada a la aprobación previa del diseño y designa a dicha entrega como una mera formalización del inicio de la etapa de construcción; que sólo a partir del 16 de enero de 2010 debía contabilizarse el plazo de 167 días corridos; que a fin de computar correctamente el plazo máximo para llevar a cabo la fase de construcción, al plazo original de 167 días corridos deben adicionarse los días de aumento aprobados por el Servicio producto de los retrasos no imputables a ZZ ocasionados por la afloración de roca en el terreno (76 días corridos) y por el terremoto (47 días corridos), además de sumar el plazo de 19 días corridos que el Servicio concedió a ZZ para subsanar las observaciones formuladas a las obras de construcción; que, conforme a ello, al plazo de 167 días corridos deben sumarse otros 142 días corridos, haciendo un total de 309 días corridos y, si se efectúa el cómputo correcto del plazo, cabe concluir que ZZ jamás incurrió en atraso alguno imputable a un hecho suyo en la construcción referida, toda vez que el plazo de 309 días corridos contados desde el 16 de enero de 2010 recién concluía el 20 de noviembre de 2010 y las obras fueron finalizadas el pasado 29 de septiembre de 2010; y que, por ello, el intento de cobrar una multa por parte del Servicio no tiene sustento, sin perjuicio que también destaca que las multas no pueden exceder del 5% del valor total adjudicado (páginas 10 a 14).

Como comprobantes que hacen presumir gravemente el derecho invocado en los términos del Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, destaca el Contrato de Diseño y Construcción N° 01/2009, las Bases Administrativas, el Certificado de Aprobación de la Etapa de Diseño, y el Acta de Recepción Provisoria (página 16).

Anuncia que presentará una demanda en contra del Servicio a fin que se declare el incumplimiento contractual en que éste ha incurrido y se le condene al cumplimiento forzado de sus obligaciones contractuales, más la correspondiente indemnización de perjuicios (página 17).

En el primer otrosí acompaña el referido Contrato de Diseño y Construcción, la copia de la toma de razón del contrato por parte de la Contraloría General de la República, las Bases Administrativas, las Bases Técnicas, el Certificado de Aprobación Etapa de Diseño emitido el 23 de febrero de 2010, el Informe Técnico del Servicio que se pronuncia sobre la solicitud de aumento de plazo efectuada por ZZ con motivo de la afloración de roca, el Acta y Ficha Técnica de Recepción Provisoria de 6 de octubre de 2010, sin perjuicio de carta enviada por el Servicio el 23 de noviembre de 2010, y la boleta de garantía (páginas 18 a 20).

- b) Por escrito ingresado el 1° de diciembre de 2010, ZZ rectificó la solicitud de medida prejudicial precautoria reiterando, en lo que al plazo concierne, que “ZZ jamás incurrió en atraso alguno imputable a un hecho suyo en la

construcción referida, toda vez que el plazo de 309 días corridos contados desde el 16 de enero de 2010, recién concluía el 20 de noviembre de 2010 y las obras fueron finalizadas el pasado 29 de septiembre de 2010.

c) Por resolución de 2 de diciembre de 2010, el Tribunal hizo lugar a la medida prejudicial precautoria en el sentido de prohibir al Servicio cobrar o exigir, así como al Banco BO3 pagar, la referida boleta de garantía (fs. 25).

d) El 10 de enero de 2011 ZZ interpuso su demanda en contra del Servicio, reiterando lo expuesto en la solicitud de medida prejudicial precautoria en cuanto a las cláusulas contractuales más relevante y la multa, como asimismo en lo que concierne al proceso de licitación (páginas 1 a 10).

A continuación, en lo que concierne a los retrasos en la etapa de diseño y obras preliminares de la etapa de construcción, afirma que no le son atribuibles, efectuando un relato análogo al contenido en la contestación a la demanda de XX, a que se ha aludido en la parte expositiva de esta sentencia, N° 6 (páginas 10 a 29).

En lo que sigue de su escrito afirma que los atrasos reseñados no pueden ser atribuidos bajo ningún respecto a ZZ (página 29), señalando que: “de acuerdo al reconocimiento de la propia demandada, el plazo para entregar las obras vencía el 2 de noviembre del año 2010, en consecuencia, habiéndose recibido las obras el día 29 de septiembre de 2009 (entiéndase 2010), ZZ jamás incurrió o pudo incurrir en atraso alguno imputable a un hecho suyo en la construcción referida...” (página 34).

“Por el contrario, ha sido el Servicio quien ha incurrido en diversos incumplimientos del contrato, exigiendo la realización de nuevas obras, estudios y proyectos no contemplados en el contrato, omitiendo realizar las gestiones a las que se encontraba obligada (obligado) trasladando la carga de las mismas indebidamente a mi representada, dejando de pagar el último estado de pago y finalmente pretendiendo cobrar una multa absolutamente improcedente, tanto en su justificación como en su cuantía, junto con una boleta de garantía cuyo cobro resulta igualmente improcedente” (página 34).

“A todo ello, se suma la intransigente postura en orden a denegar las ampliaciones de plazo que fueron requeridas de parte de mi representada sobre la base de imponderables (uno de ellos el terremoto) o bien de conductas indebidas y fuera del marco del contrato por parte de la demandada, lo que da cuenta de una evidente posición de mala fe en la ejecución del contrato; posición que derivó en la necesidad de invertir un enorme esfuerzo (humano y técnico) e incurrir en gravosos costos, a fin de proveer de una construcción que era requerida por la comunidad” (páginas 34 y 35).

“Finalmente, y como consecuencia de los atrasos, aumentos de obra y no pago de mayores costos, ZZ se ha visto impedida de cumplir sus obligaciones con terceros, especialmente con XX, lo que se ha traducido en el inicio de acciones judiciales por parte de esta última, que han llevado a mi parte a enfrentar una contingencia de varios cientos de millones de pesos” (página 35).

En cuanto al derecho, refiere que el Servicio incurrió en una serie de incumplimientos de diversas obligaciones impuestas por el contrato, por lo que le imputa responsabilidad contractual, agregando la transgresión del principio de la buena fe y el proceder abusivo y contrario a los actos propios en que dicho ente incurrió (páginas 35 a 40).

Por lo que concierne a los perjuicios que se han ocasionado a ZZ, alega daño emergente consistente en el no pago de estados de pago, concretamente los dos últimos por las obras efectivamente realizadas por ZZ de acuerdo al contrato, pretendiendo, indebidamente, compensarlos con una multa absoluta y totalmente improcedente (página 41).

“En mérito de lo anterior, se adeuda el Estado de Pago N° 9 por \$ 259.226.569 (IVA incluido), que fue presentado el 10 de junio de 2010, así como el Estado de Pago N° 19 (?), por la cantidad de \$ 77.023.326 (IVA incluido) que fue presentado el 30 de septiembre del mismo año”, sin perjuicio que en los estados de pago Nos. 6 y 8 el Servicio sólo realizó un pago parcial. Por este capítulo, expresa que el Servicio adeuda \$ 632.161.197 (IVA incluido) (página 41).

También alega daño emergente consistente en los mayores costos en que debió incurrir ZZ por un total de \$ 666.247.816 (IVA incluido), que desglosa en diferencia roca y relleno, diferencia no cubierta por adicionales obra arquitectura-especialidades, gastos generales, diferencia obra gruesa, gastos incurridos por oficina de arquitectura y modificaciones y observaciones (páginas 42 y 43).

A continuación, alega lucro cesante consistente en la ganancia que dejó de percibir con motivo del incumplimiento del Servicio, concretamente \$ 523.386.150 (página 44).

Finalmente, reclama las sumas que se vea obligada a pagar ZZ en virtud de las acciones judiciales que se entablen en su contra expresando que “como señalamos, la sociedad XX ha iniciado ya los trámites para demandar a mi representada, por los hechos derivados del presente contrato, en el cual dicha empresa tuvo participación como contratista de ZZ; por este concepto, demandamos la suma de \$ 162.000.000 (página 45).

Resume los montos demandados y señala que el total asciende a \$ 1.983.795.163 (página 45).

Termina interponiendo demanda de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios (páginas 45 y 46).

- e) El Servicio contestó la demanda, sin perjuicio de interponer demanda reconvenzional, por escrito ingresado el 11 de agosto de 2011, del cual destacamos:
- “El contratista ZZ no ha acreditado el pago de las deudas que mantiene con su subcontratista la empresa XX, elemento indispensable para proceder a la recepción provisoria de la obra, como se acreditará en la etapa procesal correspondiente” (fs. 416).
 - Respecto de los pagos a XX, a cuyo respecto ZZ solicita \$ 162.000.000 por una demanda que habría entablado la primera, señala que el Servicio no debe monto alguno por este concepto, puesto que la relación contractual y jurídica que liga a las dos empresas le es inoponible (fs. 417).
 - En mérito de todo ello, opone la excepción de contrato no cumplido (fs. 417 vuelta).
 - En el otrosí interpone demanda reconvenzional de resolución del contrato con indemnización de perjuicios, en la cual refiere las multas por retraso (fs. 418 y siguientes).
- f) El 25 de agosto de 2011 ZZ replicó y contestó la demanda reconvenzional, de la cual destacamos:
- La aplicación de la multa es improcedente porque “los atrasos en que se incurrió fueron de responsabilidad directa del Servicio (como la afloración de roca, mayores exigencias, etc.) o a causa de hechos que constituyen fuerza mayor (el terremoto y posterior desabastecimiento), por lo que malamente podrían ser imputables a ZZ y mucho menos podría dar lugar a la aplicación de una multa” (fs. 433 vuelta y 434).
 - “También constituye un perjuicio que debe ser resarcido por la contraria aquellas sumas a las que ZZ se vea obligada a pagar en virtud de las acciones judiciales que se entablen en su contra, especialmente en virtud de la demanda interpuesta por el subcontratista XX, perjuicio que valoramos y demandamos por la suma de \$ 162.000.000” (fs. 437).
 - “Desde ya hacemos presente a S.S. lo absurdo que resulta la argumentación de la contraria sobre la supuesta inoponibilidad de este acápite, por cuanto se deriva de las propias negligentes actuaciones del Servicio. Por otro lado, al señalar los supuestos incumplimientos de ZZ invoca la deuda que se mantendría con XX, lo que lleva a que esta parte se pregunte razonablemente cuál es, finalmente, la posición que el Servicio sustenta sobre este aspecto o si esta contradicción no es más que la única forma de fundar sus indebidas pretensiones” (fs. 437 y su vuelta).
 - “ZZ no ha incurrido en ningún incumplimiento, sino que ha sido el Servicio quien ha incumplido reiteradamente el contrato de autos” (fs. 437 vuelta).
 - “El retraso en las obras no es de responsabilidad de ZZ, según hemos expuesto ampliamente en el cuerpo de esta presentación” (fs. 438).
 - “Al contestar la reconvección afirma que “no ha existido ningún retraso en la entrega de las obras que sea imputable a ZZ, por cuanto cualquier atraso tiene su origen o en los propios incumplimientos del Servicio o en actuaciones atribuibles a circunstancias fortuitas, que configuran una causal de exclusión de responsabilidad” (fs. 441 vuelta).
 - “En definitiva, ZZ no ha incurrido en ningún incumplimiento contractual que le sea imputable, y mucho menos en un “incumplimiento doloso”” (fs. 442 vuelta).
- g) El 6 de septiembre de 2011 el Servicio duplicó respecto de la demanda principal y replicó en cuanto a la demanda reconvenzional, escrito del cual destacamos:
- “Es dable señalar que ZZ de manera voluntaria participó en un proceso licitatorio abierto, al que no se encontraba obligado y aceptó de manera libre, consciente y espontánea las condiciones contractuales requeridas y ofertadas por este Servicio, pretendiendo hoy ir contra sus propios actos, e indicar que se ha visto obligada a realizar ciertas actuaciones contra su voluntad, lo que es absolutamente falso, lo que deja de manifiesto que la demandante busca desconocer por su propia conducta infractora (y) su voluntad manifestada

y pretende trasladar su responsabilidad en una supuesta imposición abusiva por parte del Servicio de Salud” (fs. 448).

- Del mismo modo, la contraria pretende ir contra sus propios actos al decir livianamente, que durante la etapa de diseño nunca se habría hecho referencia a algún retraso en el desarrollo de esa etapa, desconociendo la aceptación de 15 días de atraso atribuible a dicho contratista....” (fs. 449).
- Respecto de la indemnización por pagos a XX, manifiesta que, “esta parte sólo desea adicionar a los argumentos ya entregados al momento de contestar la demanda, que en la reclamación de este rubro existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la demandante ZZ, toda vez que pretende trasladar el cobro de las sumas adeudadas a la empresa subcontratista XX, como sumas que debiera cumplir el Servicio de Salud. En efecto, no existe norma contractual alguna que obligue a este Servicio a pagar monto alguno a la subcontratista antes señalada (fs. 451 vuelta).

“Adicionalmente a lo anterior, la demandante pretende sumar como un rubro a indemnizar, el pago que supuestamente se adeuda a XX, desconociendo el hecho de que los pagos que debe efectuar ZZ a sus contratistas son de su exclusiva responsabilidad y han sido considerados como costo al momento de efectuar la oferta económica para postular a la licitación que originó el presente contrato” (fs. 452).

h) Finalmente, el 15 de septiembre de 2011 ZZ duplicó respecto de la demanda reconventional, escrito del cual destacamos:

- “Negamos que exista algún incumplimiento que sea imputable a ZZ” (fs. 463).
- “El mayor plazo no es atribuible a negligencias de ZZ, por lo que no ha existido ningún incumplimiento por este concepto” (fs. 463).
- “ZZ no ha incurrido en ningún incumplimiento contractual que le sea imputable...ya que en todo momento ha efectuado las prestaciones que eran de su responsabilidad, en la forma y el tiempo debido, estando siempre a disposición del Servicio para cumplir con sus obligaciones. Por el contrario, es el Servicio quien incumplió reiteradamente el contrato de autos” (fs. 464 y su vuelta).
- Si bien existió un retraso en la entrega de las obras el mismo no resulta ser imputable a ZZ (fs. 465 vuelta).
- Las circunstancias que determinaron un plazo mayor para las obras o bien constituyen fuerza mayor o, en último caso, provienen de las propias actuaciones del Servicio, quien debe responsabilizarse por las mismas, no pudiendo traspasar su responsabilidad a mi parte, como indebidamente ha pretendido” (fs. 466).
- “La obligación principal (construcción de un edificio) fue totalmente cumplida” (fs. 467 vuelta).

3.4. El actuar contradictorio de ZZ:

a) Si contrastamos lo argumentado por ZZ en el presente juicio con lo que acontece en el juicio que sigue en contra del Servicio de Salud TR3, lo primero según lo reseñado en la parte expositiva y lo segundo acorde a lo referido en la letra que antecede, el Árbitro concluye que existe una contradicción que hace incongruente e incoherente su posición jurídica.

En efecto, en pocas palabras en el juicio que sigue en su contra XX, sin perjuicio de afirmar que algunas circunstancias son atribuibles al Servicio, imputa incumplimiento a XX, particularmente en lo que a plazos concierne, aunque también en cuanto a su desempeño mismo, lo cual le lleva a negar toda pretensión por parte de XX, ya sea de cumplimiento del contrato en naturaleza o por equivalencia, afirmando que ZZ empleó la máxima diligencia en la ejecución del contrato y que las mayores exigencias e incumplimientos por parte del Servicio constituyen un caso fortuito; en subsidio, que atendido los sucesivos y numerosos incumplimientos de XX, cualquier incumplimiento por parte de ZZ se encuentra comprendido dentro de la excepción de contrato no cumplido; y, también en subsidio, que XX ha incurrido en multas y, en concordancia con ello, en el supuesto que ZZ fuere condenada a pagarle alguna cantidad, ésta debe compensarse con lo que XX le adeuda por concepto de multa.

Lo anterior aún para el evento que se pudiere estimar que ZZ no ha incurrido en una conducta contradictoria que haya sido causa de determinado actuar por parte de XX, es decir, que no fuere aplicable la doctrina de los actos propios, pues si bien este Árbitro estima que a su respecto cabe una concepción amplia que incluya situaciones como lo que nos ocupa, manifiestamente el actuar procesal de ZZ, en uno y otro procedimiento, no es congruente ni coherente, a tal grado que, como se dirá, incluso el señor Perito lo califica como carente de lógica.

b) Con todo, estimamos que a lo menos dos aspectos deben ser destacados en este sentido, cuales son la cuestión cronológica derivada de ambos procedimientos judiciales y el aspecto conceptual que involucran uno y otro, a saber, lo que los demandantes en cada juicio pretenden, análisis que lleva a este Árbitro a concluir que el actuar procesal de XX contra ZZ ha estado determinado, en mayor o menor medida, por el actuar extraprocesal y procesal de ZZ en contra del Servicio.

En este sentido, el Árbitro estima que, en términos generales, la prueba testimonial también es demostrativa de que XX, en mayor o menor medida, estaba al tanto de lo que iba aconteciendo en el desarrollo del contrato entre el Servicio y ZZ, de lo cual son clara expresión los respectivos Libros de Obra.

Al respecto, el Árbitro también tiene presente los dichos del testigo don R.F. (fs. 305), por más que la mesa de trabajo entre XX y ZZ a que alude, tendiente a discutir temas de aumento de plazos, aumento de obras y multas, con participación de ambas partes y sus abogados, la sitúa en noviembre o diciembre del año 2010, agregando que no resultó posible comparar el proyecto licitado versus el proyecto definitivo.

El aspecto cronológico: De lo ya expresado se infiere:

- **En cuanto al presente arbitraje:**
 - 20.10.10: Carta certificada del CAM a ZZ comunicando la designación del Árbitro.
 - 14.11.10: Notificación de la primera resolución del Árbitro.
 - 28.12.10: ZZ presenta patrocinio y poder.
 - 28.12.10: Primer comparendo.
 - 19.01.11: Presentación de la demanda de XX.
 - 20.01.11: Rectificación de la demanda de XX.
 - 27.01.11: Notificación de la demanda por correo electrónico.
 - 17.03.11: Contestación de la demanda por ZZ.

- **En cuanto al procedimiento iniciado por ZZ en contra del Servicio:**
 - 29.11.10: Se inicia la gestión sobre medida prejudicial precautoria por parte de ZZ a fin que el Servicio no haga efectiva la boleta de garantía.
 - 01.12.10: ZZ rectifica su petición.
 - 10.01.11: ZZ interpone su demanda contra el Servicio.

- **Conclusiones que son relevantes en función a la doctrina de los actos propios y/o al actuar de ZZ:**
 - Cuando ZZ interpuso su demanda contra el Servicio (10.01.11) ya había asistido al primer comparendo en el arbitraje (28.12.10).
 - Cuando ZZ contestó la demanda de XX imputando a ésta incumplimiento (aunque también lo imputa al Servicio y alega caso fortuito) (17.03.11), ya había interpuesto su demanda contra el Servicio (10.01.11), refiriendo la contratación con XX; sin atribuir incumplimiento a ésta; reconociendo que se ha encontrado impedida de cumplir obligaciones con XX; admitiendo que XX ha iniciado acciones judiciales en su contra; y aún provisionando una cantidad (\$ 162.000.000) por su exposición respecto de XX en el presente arbitraje.
 - Al margen del conocimiento que XX pueda haber tenido, al momento de demandar a ZZ (19.01.11), de la demanda interpuesta por ZZ contra el Servicio (10.01.11, o sea, anterior, sin perjuicio que la medida prejudicial precautoria fue solicitada aún con mayor anterioridad, a saber, el 29.11.10), manifiesto es que durante el desarrollo del contrato entre ZZ y el Servicio, XX estuvo informada de los requerimientos que ZZ formulaba al Servicio, tanto en lo que concierne a mayor plazo cuanto a pagos adicionales, no obstante los plazos y pagos a que el Servicio pueda o no haber accedido, de modo que al accionar XX en contra de ZZ, al margen de la cuestión cuantitativa, por capítulos semejantes a los que ZZ incorpora en su demanda contra el Servicio, bien puede presumirse que lo ha hecho considerando la conducta extraprocesal de ZZ frente al Servicio.
 - En fin, el actuar de ZZ no parece compatible con los principios de congruencia y coherencia a que se ha aludido en el N° 3 de esta parte considerativa, en el sentido que es exigencia del derecho que la conducta elegida no puede cambiarse con perjuicio de la contraparte, pues se trata de una exigencia de comportamiento a partir de la cual los contratantes deben adoptar actitudes no contradictorias en

detrimento del otro, siendo manifestación de este principio la teoría de los actos propios, principio de coherencia que también debe cumplirse en la sentencia, inclusive o con mayor razón de un arbitrador.

El aspecto conceptual: De lo expresado en esta sentencia también se infiere:

- Desde el punto de vista cuantitativo, más adelante se destacará que el señor Perito, refiriéndose al resumen de presupuestos originales y con partidas adicionales, concluye que en la relación de ZZ con el Servicio se trata \$ 4.231.339.868 IVA incluido, al tiempo que en la relación de XX con ZZ de \$ 3.235.511.658 también IVA incluido, apreciándose que el presupuesto inicial vinculado a la licitación, según contrato de ZZ con el Servicio, sufrió aumentos por dos conceptos: obras adicionales y gastos generales, que es lo que ha formulado ZZ en su demanda contra el Servicio, a saber, que el proyecto inicial vinculado al proceso de licitación ascendió a \$ 3.388.173.503, al tiempo que el proyecto ejecutado ascendió a \$ 4.231.339.868.

Añade que, por su parte, XX también ha aumentado los costos asociados a su contrato con ZZ por los mismos dos conceptos: obras adicionales y gastos generales, a saber, el proyecto inicial vinculado al presupuesto de la licitación ascendió a \$ 2.670.733.610, mientras que el proyecto ejecutado a \$ 3.235.511.658.

De este modo, la participación inicial de XX en el monto contratado por ZZ con el Servicio era de un 79%, al tiempo que con los aumentos propuestos por una y otra parte esta participación se modifica a un 76%.

Concluye el señor Perito que “en resumen se aprecia una correspondencia bastante lógica entre lo pretendido por ZZ ante el Servicio y lo que reclama XX ante ZZ” (páginas 45 y siguiente del informe pericial, Tópico N° 1).

- En este mismo sentido, cabe destacar que ZZ, al demandar al Servicio, reconoce expresamente que se ha visto impedida de cumplir sus obligaciones con terceros, especialmente con XX, lo que se ha traducido en el inicio en su contra de acciones judiciales por parte de XX, que le han llevado a enfrentar una contingencia de varios cientos de millones de pesos, al margen de que luego cuantifica en sólo \$ 162.000.000 la suma que se pueda ver obligada a pagar en virtud de las acciones judiciales entabladas en su contra por XX, cantidad que cabe comparar con los \$ 160.000.000 que XX pretende le sea pagada por ZZ por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero, pero bien puede presumirse que lo que XX demanda contra ZZ por concepto de obligaciones insolutas que tienen su origen en el contrato original y por concepto de nuevas obras o extraordinarias (incluyendo gastos generales), debe entenderse incluido en idénticos capítulos que ZZ reclama le sean pagados por el Servicio a título de no pago de estados de pago (\$ 632.161.197) y mayores costos (incluyendo gastos generales), a saber, \$ 666.247.816 IVA incluido, siendo también de presumir que la diferencia con las cantidades pretendidas por XX contra ZZ correspondería a la utilidad por parte de ZZ en su relación contractual con el Servicio.

3.5. Confesión extrajudicial por parte de ZZ:

- Al margen de la cuestión cuantitativa, el Árbitro estima que el actuar de ZZ en su litigio contra el Servicio, bien puede interpretarse como una confesión extrajudicial en favor de XX en lo que concierne al presente arbitraje.
- En efecto, se ha reiterado que, en el primer litigio, ZZ sostiene haber cumplido cabalmente sus obligaciones y que hay incumplimiento por parte del Servicio, a tal grado que demanda cumplimiento forzado del contrato. En cambio, en el presente arbitraje iniciado en su contra por XX, sin perjuicio de alegar caso fortuito e incumplimiento por parte del Servicio, imputa incumplimiento a XX.
- Ahora bien, repetimos al margen de la cuestión cuantitativa a que se aludirá más adelante, sabido es que la confesión, entre otras clasificaciones, puede ser judicial y extrajudicial, siendo la primera aquella que se presta dentro del juicio en el cual se le invoca, y la segunda aquella que se presta en juicio diverso, o bien fuera de juicio, cual sería el caso, sin perjuicio que la confesión a que estamos aludiendo sería además espontánea, expresa, escrita y aún simple, confesión extrajudicial que por haberse prestado en otro juicio diverso debe estimarse como presunción grave para acreditar los hechos confesados (Artículos 398 y 426 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil).
- Al respecto, reiteremos que ZZ, en su procedimiento en contra del Servicio, más allá de la cuestión cuantitativa, reconoce no haber cumplido cabalmente sus obligaciones en el contrato con XX y aún intenta ponerse a cubierto, presume este Árbitro en la parte que no sería financiada por la condena del Servicio a instancias de ZZ, de las consecuencias de una sentencia condenatoria en el presente arbitraje iniciado por XX en contra de ZZ.

4.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA:

Este Árbitro se ha formulado la pregunta en cuanto a qué ocurriría si, en definitiva, como lo afirma ZZ e indirectamente lo avala XX al accionar contra ZZ en términos análogos a lo que ZZ hace en contra del Servicio, éste fuere condenado a pagar a ZZ las cantidades que ésta reclama del Servicio y, en cambio, se desestimare la demanda interpuesta en el presente arbitraje por parte de XX en contra de ZZ.

Por cierto, la pregunta cabe formulársela planteando una simple hipótesis, por cuanto manifiesto es que la presente sentencia definitiva se está dictando con anterioridad al afinamiento del juicio seguido ante Tribunal ordinario por parte de ZZ en contra del Servicio.

Por aplicación de los dos contratos vinculados que inciden en el presente arbitraje, este Árbitro entiende que en lo que ZZ reclama del Servicio por concepto de estados de pago no solucionados y de mayores costos en que debió incurrir con motivo de las exigencias adicionales del Servicio que no formaban parte del contrato, está incluida aquella proporción que ZZ debe participar a XX, de modo que si la acción de ZZ contra el Servicio prosperare y, en cambio, se desestimare la demanda arbitral de XX en contra de ZZ, ésta conservaría la totalidad de lo que obtenga.

Esta proporción que ZZ no pagaría a XX, habiéndola obtenido del Servicio, acarrearía un enriquecimiento sin causa por parte de ZZ, y el correlativo empobrecimiento por parte de XX, siendo del caso reiterar que el Árbitro es arbitrador, especialmente llamado a mantener el equilibrio contractual propio de la utilidad y reciprocidad de las prestaciones en un contrato bilateral y oneroso conmutativo como el que nos ocupa.

Cierto es que para que este orden de cosas acontezca la demanda de ZZ contra el Servicio debiera prosperar, pero esta es la única hipótesis en que este Árbitro entiende puede colocarse, no sólo al momento de enunciar este fundamento de su decisión, sino porque tal es la tesis que implícitamente postula XX en su demanda contra ZZ y ésta explícitamente en su demanda contra el Servicio.

Por lo demás, si volvemos al fenómeno de la subcontratación a que se ha aludido en el N° 2 de esta parte considerativa, así como el contratante intermediario ZZ es responsable ante el primer contratante (Servicio) por el subcontratante (XX), *mutatis mutandi* este Árbitro estima que el contratante intermediario ZZ es responsable ante el subcontratante (XX) por el primer contratante (Servicio), atendida precisamente la vinculación existente entre el contrato base y el contrato derivado y por más que cada uno de éstos constituya un contrato independiente.

No parece prudente ni equitativo que el contratante intermediario ZZ, que en buena parte ha llevado adelante el cumplimiento de sus obligaciones para con el primer contratante (Servicio) valiéndose del subcontratante (XX), intente hacer recaer sobre éste las consecuencias del incumplimiento del primer contratante (Servicio), lo cual a la luz de los antecedentes agregados a los autos no parece ser el caso, pues así como se concluirá en el presente arbitraje que hay pagos pendientes por parte de ZZ a favor de XX, con cargo al contrato original y por mayores obras, *mutatis mutandi* cabe presumir que debiera concluirse lo mismo en el juicio de ZZ en contra del Servicio.

5.- EL INFORME PERICIAL Y SUS TÓPICOS:

En la parte expositiva (N° 11.2.3) se aludió a este medio probatorio y se le vinculó con la inspección personal del Tribunal a que se alude en idéntica parte en el acápite 11.2.4, informe del cual las partes se hicieron cargo en sus escritos de observaciones a la prueba a que se ha aludido en el N° 12 de la parte expositiva.

En esta oportunidad, se dará cuenta del contenido del referido informe, que el señor Perito desarrolló acorde a los puntos materia del informe de que da cuenta el acta de fs. 395 y que es el mismo que se seguirá en esta parte de la sentencia destacando las conclusiones que, a propósito de cada uno de ellos, alcanza el señor Perito:

a) **Tópico pericial N° 1:** Proyecto inicial vinculado al presupuesto de la licitación y proyecto ejecutado (páginas 14 a 46):

- El señor Perito presenta un resumen de los presupuestos que se han producido en el desarrollo del contrato, incluyendo los presupuestos originales y las partidas adicionales, en los siguientes términos:

Partida	ZZ con TR3 IVA Inc. \$	XX con ZZ IVA Inc. \$
Contrato original		
Contrato inicial por construcción de obras	3.305.453.636	2.651.634.110
Contrato inicial Diseño Arquitectura y Espec.	81.719.863	19.099.500
CONTRATO INICIAL ZZ XX	3.388.173.500	2.670.733.610
Partidas adicionales		
Obras adicionales	511.271.334	353.333.087
Gastos Generales Adicionales	331.895.031	211.444.961
TOTAL PARTIDAS ADICIONALES	843.166.365	564.778.048
PRESUPUESTO TOTAL	4.231.339.865	3.235.511.658

- Expresa el señor Perito que se aprecia que el presupuesto inicial vinculado a la licitación, según contrato de ZZ con el Servicio, sufrió aumentos por dos conceptos: obras adicionales y gastos generales, agregando que esto es lo que ha formulado ZZ en la demanda contra el Servicio:
 - "Proyecto inicial vinculado al presupuesto de la licitación: \$ 3.388.173.503.
 - Proyecto ejecutado: \$ 4.231.339.868".
- Agrega que XX también ha aumentado los costos asociados a su contrato con ZZ, por los mismos conceptos obras adicionales y gastos generales, en términos que el proyecto inicial vinculado al presupuesto de la licitación por \$2.670.733.610 debe compararse con el proyecto ejecutado por \$3.235.511.658.
- Añade que la participación inicial de XX en el monto contratado por ZZ con el Servicio era de 79%, pero que con los aumentos propuestos por una y otra parte se modifica a un 76%.
- A continuación, presenta un cuadro en que se grafican los aumentos porcentuales formulados por cada empresa.

Partida	ZZ	XX
Obras Adicionales/Contrato inicial	15%	13%
GG Adicionales/Contrato Inicial	10%	8%
Total Partidas Adicionales/Contrato Inicial	25%	21%
Presupuesto Total/Contrato Inicial	125%	121%

- Concluye: "en resumen, se aprecia una correspondencia bastante lógica entre lo pretendido por ZZ ante TR3 y lo que reclama XX ante ZZ".

b) Tópico Pericial N° 2: Etapa de diseño y su desarrollo. Proyectos de cálculo, arquitectura y especialidades. Observaciones y modificaciones a los mismos (páginas 47 a 79):

En sus conclusiones, el señor Perito afirma:

- "El desarrollo del proyecto de arquitectura, ingeniería y especialidades llevado a cabo por ZZ y su subcontratista XX para TR3, corresponde a un trabajo de *fast track*, en que el diseño era parte del contrato de construcción", no obstante que lo "habitual es que los diseños se ejecuten en una fase anterior al contrato de construcción", pero en la especie la etapa de diseño estaba incluida en el contrato de construcción y, por ello, debía desarrollarse como una primera fase y allí precisarse la arquitectura de detalles, el cálculo estructural y el diseño de las especialidades, lo que supone riesgos para las dos partes, pues generalmente conduce a aumentos de obra, pero los mandantes optan por este camino a fin de ejecutar todo en un plazo lo más breve posible. "Por el esquema adoptado se deduce que TR3 tenía como primera prioridad el menor plazo posible para la construcción de las obras".

En cuanto a la naturaleza del contrato celebrado entre ZZ y XX y los problemas a que ella puede conducir, el Árbitro destaca los dichos del testigo, de ambas partes, arquitecto don F.G., en el sentido que “este tipo de contrato normalmente cae en una complicación con definiciones en el proyecto”, sin perjuicio de lo demás que expresa (fs. 268).

- “El desarrollo del contrato de ZZ con TR3 tenía cuatro avances previstos, con fechas definidas para los tres primeros, las que se cumplieron con la tercera entrega a los 43 días, plazo de la Etapa de Diseño. Sin embargo, el cuarto avance no contaba con una fecha entrega fija. Sólo se remitía a cumplir el plazo total del contrato de 210 días corridos”, de lo cual infiere que “se preveía la posibilidad de ir haciendo ajustes a los diseños después de recibido el tercer avance, como de hecho ocurrió”.
- “El desarrollo de la Etapa de Diseño del contrato de TR3 con ZZ y, por lo tanto, del contrato de ZZ con XX, presenta una serie de factores que extienden los plazos más allá de lo que parece razonable, si se tiene en cuenta que a partir de los 43 días disponibles para los tres primeros avances se llega a un total de 247 días de duración de la Etapa de Diseño hasta su aprobación (15.01.2010), es decir, se utilizaron 204 días para ajustar el diseño”.
- “Uno de los principales factores corresponde al exiguo plazo de 43 días para el desarrollo de un proyecto de arquitectura, ingeniería y especialidades de un edificio como el CAE. No parece razonable suponer que en un plazo tan breve se debía hacer todos los diseños y someterlos a los revisores externos. Así convinieron las partes en sus respectivos contratos y cumplieron, pero en tan breve plazo la coordinación de todas las disciplinas, la interacción con el mandante, la maduración del proyecto, la refinación de los detalles, resultan prácticamente imposibles o, por lo menos, insuficientes”.
- “En la práctica la obra se separa en tres edificaciones: Edificio Principal, Edificio Ejes 5-5C y Edificio Trasero”, correspondiendo destacar que el Edificio Trasero es una estructura que se agregó durante el desarrollo del proyecto, pues no aparece en los planos generales de licitación en superficie y dado que no estaba incorporado en la primera solicitud de permiso de edificación, fue necesario pedir un segundo permiso para incluirlo”.
- “Respecto de los proyectos de especialidades, éstos se fueron desarrollando con los mismos plazos iniciales de la etapa de diseño, pero debido a los cambios, tanto en los proyectos de arquitectura y cálculo como por efecto de las observaciones formuladas por el Servicio, se fueron dilatando sus entregas. Los proyectos de especiales deben estar acorde a la última versión de los planos de arquitectura, por tanto, cada vez que hay cambios en los segundos se deben modificar los primeros”.
- La etapa de diseño se dio por concluida el 15 de enero de 2010.
- “Una vez iniciados los trabajos, el desarrollo del contrato en la Etapa de Diseño quedó marcado por los siguientes hechos principales:
 - a. Cambios significativos en el diseño estructural del Edificio Principal por ZZ con respecto a lo previsto en la etapa de licitación.
 - b. Afloramiento de roca no considerado en estudio de Mecánica de Suelos entregado por TR3. Esto produce un retraso general al inicio de los trabajos de excavaciones que obligó a aumentar el volumen de las excavaciones y rellenos y acarreó modificaciones en el diseño de las fundaciones de las obras.
 - c. Sucesivos ajustes a planos de diseño debido a observaciones del Revisor Estructural. El proyecto presentado por ZZ para el Edificio Principal se basó en elementos prefabricados, con algunas estructuras construidas *in situ*. Surgen de la revisión una serie de observaciones tendientes a mejorar el comportamiento sísmico, a juicio del revisor.
 - d. Respecto de la actuación de XX en la Etapa de Diseño, se vio afectada directamente por los cambios en el proyecto de arquitectura y de cálculo, no siendo responsable de estos dos aspectos. Los proyectos estructurales definitivos de los Edificios Eje 5-5C y Trasero los recibe en fechas posteriores al cierre de la Etapa de Diseño para TR3 (15.01.10). Además, después del impulso inicial en que todas las partes se enfocaron en el diseño, pasan a una segunda etapa en que el énfasis de todos los esfuerzos está dirigido a iniciar la construcción, los diseños empiezan a dilatarse en una serie de revisiones, correcciones y modificaciones que involucran a todas las especialidades”.
- “Respecto de los plazos que tomó la Etapa de Diseño, según plantea ZZ en su demanda a TR3, el Avance 4° del contrato no tenía plazo específico, sino que se debía enmarcar en el plazo total del contrato, de 210 días; y agrega que luego de la entrega de este avance TR3 realizó nuevas observaciones que constituían mayores exigencias o no tenían ninguna relación con las observaciones que se habían efectuado precedentemente o, simplemente, correspondían a nuevas obras que se requerían por parte del Servicio. Así las cosas, estos efectos explicarían las extensiones que tuvo la Etapa de Diseño para ZZ y, consecuentemente, también para XX”.

c) **Tópico pericial N° 3:** Recepción de la etapa de diseño, en relación con el cumplimiento de sus requisitos y/o presupuestos (páginas 80 y siguientes):

El señor Perito concluye:

- “La Etapa de Diseño fue aprobada por TR3 con fecha 15 de enero de 2010, con lo cual da por cumplido todos los requisitos de la misma.

No se encuentra una recepción de esta etapa por parte de ZZ a su subcontratista XX, las partes actuaron como si la aprobación de TR3 a ZZ fuera también la aprobación de ZZ a XX.

- En relación con los presupuestos, los montos previstos para esta etapa están pagados por TR3 a ZZ y por ésta a su subcontratista XX. No se advierten cargos entre demandante y demandada por este concepto”.

d) **Tópico pericial N° 4:** Etapa de construcción. Requisitos básicos para su inicio. Cartas Gantt o cronogramas para la conclusión de la obra, contexto y eventos o circunstancias posteriores o asociadas a su desarrollo. No conformidades. Permisos, conclusión, entrega y recepción de la obra (páginas 85 y siguientes).

El señor Perito concluye:

- “Requisitos básicos para el inicio de la etapa de construcción:
 - De acuerdo al contrato entre ZZ y XX, la aprobación de documentos y planos enunciados en el Artículo 59° de las Bases Administrativas de la licitación de TR3 a la cual se presentó ZZ, constituyen el insumo principal para dar inicio a la etapa de ejecución de la obra.
 - Lo anterior es refrendado por ZZ en su demanda contra TR3, donde señala que la etapa de construcción sólo podía iniciarse a contar del 15 de enero de 2010, pues en esa fecha TR3 dio por terminada la fase de diseño, insumo principal para el inicio de la etapa de construcción.
 - Por otra parte, ZZ notificó a XX a través del Libro de Obras, que el inicio de la etapa de construcción es el 29 de agosto de 2009 y agrega que lo anterior es “según contrato y carta de compromiso de ZZ”.
 - Está claro que según contrato y tal como lo indica ZZ en su demanda contra TR3, los planos debían estar aprobados para iniciar la etapa de construcción, situación indicada en el Libro de Obras por XX el 29 de agosto de 2009.
 - Como conclusión, este Perito informa que el ingreso al terreno por parte de ZZ y XX se produce en julio de 2009, pero que contractualmente el cumplimiento de todos los requisitos básicos para iniciar la etapa de construcción, se termina de cumplir con el término formal de la fase de diseño, que tiene fecha 15 de enero de 2010.
 - La contradicción de ZZ respecto de la fecha de inicio de la etapa de construcción, la analizará el SJA en base a todos los antecedentes del expediente y del presente peritaje”.
- **Cartas Gantt para la conclusión de la obra:**
 - “Se puede concluir que esta herramienta de planificación y control de la obra no fue desarrollada por las partes, durante la ejecución de la obra, en la forma que comúnmente se hace, es decir, teniendo como base una Carta Gantt aprobada por el mandante ZZ, donde se puede efectuar el seguimiento de todas las actividades, críticas y no críticas, que determinen fácilmente aquellas actividades con holguras, para que en el transcurso de los trabajos se pueda introducir en ella las demoras que se van produciendo con responsabilidad ajena al contratista y así generar periódicamente las revisiones y ajustes en la planificación de los trabajos”.
 - “Atendido las solicitudes de modificación de Carta Gantt de XX a ZZ, entendiéndose como Carta Gantt base la ofertada por ZZ a TR3, se puede señalar que la primera Carta Gantt modificada con acuerdo de fecha de término es la que indica para este último parámetro el día 04 de marzo de 2010 y que es congruente con el aumento de plazo acordado entre ZZ y TR3 en el Protocolo de Acuerdo suscrito entre ellos el 20 de enero de 2010”.
 - “Las tres solicitudes posteriores de XX se pueden resumir sólo en dos, donde se presenta una Carta Gantt con fecha de término 11 de abril de 2010, asociado a un aumento de obras producto de las fichas presentadas por el TR3 y la última presentación, donde en una de las 4 Cartas Gantt adjuntas se puede establecer que la actividad con fecha de término más tardía concluye el 22 de julio de 2010, teniendo como soporte de este cambio el desabastecimiento de materiales producto del terremoto y tsunami ocurrido el 27 de febrero de 2010 en nuestro país”.

- “De lo anterior, se puede concluir que las presentaciones de XX para modificar la carta Gantt tienen como fecha última de término de la obra el día 22 de julio de 2010. Ninguna de las últimas 3 presentaciones de XX fueron aprobadas por ZZ”.
 - “No obstante lo anterior, ZZ en su demanda a TR3 presentada ante el Segundo Juzgado Civil de la ciudad de MM, indica que no hubo atrasos de su parte y que las obras se encontraban terminadas al 2 de julio de 2010”.
 - A continuación, refiere los aumentos de plazo asociados exclusivamente a la etapa de construcción y autorizados por el Servicio, concluyendo que el plazo inicial de la etapa de construcción era de 167 días, pero que el plazo de la etapa de construcción con los aumentos aprobados ascendió a 258 días, plazo que debe ser contado desde la fecha que se determine como inicio de la etapa de construcción de la obra, según expresa más adelante.
- **No conformidades:**
- El número de no conformidades registradas por ZZ no es significativo y, al parecer del señor Perito, hubo sólo dos de carácter grave.
 - El 100% fueron resueltas por XX a conformidad de ZZ.
 - La conclusión del señor Perito es que ellas no tuvieron una implicancia importante en el devenir de la obra.
- **Permisos:**
- “Todos los permisos requeridos, tanto para ejecutar la obra como para obtener el Certificado de Recepción Definitiva..., se obtuvieron por la parte responsable de cada uno de ellos”.
 - “Para concluir respecto de la oportunidad de su obtención, es imprescindible definir la fecha de inicio de la Etapa de Construcción...”

“Si consideramos lo que ZZ indica en su demanda ante TR3, es decir, que la fecha de inicio de la etapa de construcción sería el 15 de enero de 2010, la fecha de término de la obra, con un plazo aprobado de 258 días, es el 30 de septiembre de 2010, y en este caso en que no habría atrasos en ningún permiso, ya que con fecha 29 de septiembre de 2010 se habría realizado la recepción provisional sin observaciones por parte de TR3”.

A su turno, “si la fecha de inicio de la etapa de construcción se determinara en una fecha anterior a la indicada precedentemente, el permiso que aparece claramente con atrasos es el de empalme con TR4, de responsabilidad del TR3.

- **Conclusión o Término de la Obra:**
- “En este caso, nuevamente existe una aparente contradicción en la posición de ZZ, ya que por una parte rechaza la información recibida de XX en que le informa que la fecha de término de la obra es el 24 de junio de 2010 y, por otra parte, declara que mediante el... Libro de Obras entre ZZ y TR3 (de) informó a este último que al 2 de julio de 2010 las obras se encontraban terminadas...”
 - “Este Perito concluye que, a lo más, las obras estuvieron terminadas, es decir, listas para solicitar la recepción provisional, el 2 de julio de 2010”.
- **Recepción de la obra:**
- La recepción provisional la solicitó XX a ZZ el 24 de junio de 2010 y ZZ la solicitó a TR3 el 2 de julio de 2010.
 - El Servicio efectuó la recepción provisional entre el 12 y 19 de agosto de 2010, emitiendo un acta de observaciones el 26 de agosto del mismo año, las que fueron resueltas durante la primera quincena de septiembre de 2010.
 - Finalmente, las obras fueron recibidas sin observaciones el 29 de septiembre de 2010.
 - De lo anterior se puede concluir que hubo una demora excesiva entre la solicitud de recepción provisional al Servicio y la fecha en que realmente se ejecutó dicha recepción, alrededor de 45 días, lo que podría deberse a trámites administrativos propios de los servicios públicos.

e) Tópico pericial N° 5: Existencia de variaciones de volúmenes y/o superficies (cualitativas y cuantitativas) producidas en el desarrollo de la obra por cambios en el cálculo debido a las observaciones del revisor externo (incumplimiento de normas), exigencias del Servicio de Salud TR3 u otras razones. Valores (precios acordados y pagos efectuados) conforme al presupuesto, en relación al contrato original y existencia de variaciones en los mismos (páginas 104 y siguientes):

- “Efectivamente se produjeron variaciones de volúmenes y superficies respecto a lo licitado, producto de cambios en el diseño estructural de ZZ, observaciones de la revisión externa, características de suelos

diferentes a lo informado en los antecedentes entregados por TR3, exigencias de TR3 a ZZ no contempladas en la licitación del proyecto de diseño y construcción”.

- “A propósito de estas variaciones en obras, se produjeron variaciones en los valores acordados contractualmente como pago de los servicios de construcción entre ZZ y XX”.
- A continuación expone en detalle las variaciones de volúmenes y superficies; los motivos técnicos para las variaciones (excavaciones y rellenos, mejoramiento de suelos, hormigones, incluyendo fundaciones y sobrecimientos, radier, muros, losas *in situ*, vigas *in situ*, cabeza de vigas prefabricadas, capa de compresión y emplantillado); acero de refuerzo (incluyendo fundaciones y sobrecimientos, muros, losas *in situ*, vigas *in situ* y capa de compresión); y perfiles estructurales de acero, para luego referirse a los precios del contrato original y variaciones de precio.

El señor Perito concluye:

Variaciones físicas:

“Está a la vista concluir que hubo variaciones importantes en volúmenes de obra durante el desarrollo de la etapa de construcción de este proyecto, toda vez que se encontró en terreno roca que no estaba indicada en el estudio de mecánica de suelos, así como también hubo cambios de estructuración del edificio, respecto a los documentos tenidos a la vista por XX para cotizar, sumados probablemente a cambios que se tuvieron que introducir producto de la revisión estructural externa, situación que no estuvo a la vista de este Perito para pronunciarse a dicho respecto. Se puede observar fácilmente que los incrementos mayores obedecen a los movimientos de tierra con un 133% y al acero de refuerzo con un 111%, frente a los hormigones que se incrementaron en un 27%”.

Variaciones en costos:

“La conclusión a este respecto es clara, dado que hubo una variación importante en volúmenes de obra, esta situación que conlleva necesariamente (a) una variación también importante en los costos. De acuerdo con la metodología aplicada por este Perito, el incremento en costos producto de las variaciones físicas de los ítems de obra gruesa es de \$ 284.425.988 IVA incluido”.

Situación de pagos:

- ZZ adeuda a XX un monto de \$ 399.712.584 respecto al contrato firmado por las partes, lo que sumado a las variaciones en costos por \$ 284.425.988 arroja un monto total no pagado a la fecha por ZZ a XX de \$ 684.138.572 IVA incluido, por obras ejecutadas, sin mencionar los costos financieros asociados.
- Luego de las observaciones a la prueba por parte de ZZ, el señor Perito confirmó la cantidad adeudada por ZZ a XX respecto al contrato firmado por las partes (\$ 399.712.584 IVA incluido), pero rectificó la cantidad correspondiente a variaciones en costos consignando \$ 306.039.868 IVA incluido, llegando así a un total de \$ 705.752.452 IVA incluido, por obras ejecutadas, sin mencionar los costos financieros asociados.
- Respecto de este tópico N° 5, el Árbitro considera útil consignar la siguiente comparación de las cantidades e ítems considerados por el señor Perito versus las que se infieren de la demanda de XX contra ZZ y de ZZ contra el Servicio.

	Perito	Demanda XX / ZZ	Demanda ZZ / Servicio
Adeudado por contrato	\$399.712.584	\$399.712.584	\$632.161.197
Obras nuevas	\$306.039.868	\$564.778.050 (incluye gastos generales)	\$666.247.816
Costos financieros	---	\$160.000.000	---
Lucro cesante	---	---	\$523.386.150
Acción judicial XX/ZZ	---	---	\$162.000.000
TOTALES:	\$705.752.452	\$1.124.490.634	\$1.983.795.163

- En las observaciones a la prueba por parte de XX (fs. 476), se destaca que el Perito sostiene que sólo cabría solicitar el pago de los costos financieros pero no el capital, agregando que existe un costo financiero fácil de determinar por concepto de intereses desde la fecha de los dos préstamos que suman esa cantidad (\$ 160.000.000), indicadas en la réplica, pero que el punto es que estos recursos se aplicaron a las obras

extraordinarias por \$ 52.459.698 y trabajos adicionales de arquitectura y otros por \$ 107.540.304, desglosados en dos capítulos: extras distintos de las fichas del Servicio y estructuras metálicas exteriores.

6.- EN CUANTO A LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA MISMA, CUALITATIVA Y CUANTITATIVAMENTE HABLANDO. PRETENSIONES DE XX Y DEFENSAS DE ZZ:

a) Las pretensiones de XX:

Estima haber cumplido cabalmente el contrato que le vinculó con ZZ y demanda:

- Por obligaciones insolutas con origen en el contrato original: \$ 399.712.584, que en la réplica dice pretende a título de daño emergente, salvo la parte de esta cantidad que corresponde a las utilidades que ha dejado de percibir (\$ 34.307.148), que dice pretende a título de lucro cesante.
- Por concepto de obras nuevas o extraordinarias: \$ 564.778.050, que incluye \$ 211.444.961 correspondientes a gastos generales y \$ 30.326.417 por utilidades dejadas de percibir, agregando que las utilidades las pretende a título de lucro cesante, de modo que cabe entender que la diferencia entre ambas cantidades la pretende a título de daño emergente.
- Por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero, específicamente ante el Banco BO1: \$ 160.000.000, expresando en la réplica que es un costo asumido por su parte que no incluye utilidades y que puede sumarse u homologarse a obras nuevas o extraordinarias, pero con la particularidad que se vincula a una operación de crédito de dinero que devenga los intereses correspondientes de acuerdo a la ley.
- En la réplica concluye que en todos los casos se trata de obligaciones de dinero en que no existe indemnización compensatoria, puesto que ésta es la suma de dinero que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación, añadiendo que ese cumplimiento íntegro, equivalente a lo que habría significado el cumplimiento exacto y oportuno de sus obligaciones por la demandada, es lo que demanda y no otra cosa.
- Respecto del retraso en el pago y a título de indemnización moratoria, reclama los intereses correspondientes, sin perjuicio de los reajustes, ambos calculados desde la fecha en las obligaciones se hicieron exigibles.
- Solicita que la demandada sea condenada en costas.

b) Las excepciones, alegaciones o defensas de ZZ:

Por su parte, también estima haber cumplido cabalmente el contrato y opone las siguientes excepciones, alegaciones o defensas:

- Fue un contratante que empleó la máxima diligencia en el desarrollo del contrato. Las mayores exigencias e incumplimientos por parte del Servicio constituyen caso fortuito o fuerza mayor, por lo que no se le puede imputar responsabilidad alguna por estos hechos.
- En subsidio, atendido los sucesivos y numerosos incumplimientos en que incurrió XX, cualquier eventual incumplimiento por parte de ZZ se encuentra comprendido dentro de la excepción de contrato no cumplido, que le exime de responsabilidad.
- En subsidio, atendido los incumplimientos de XX que le hicieron acreedora de las multas pactadas en el contrato, opone la excepción de compensación.

c) Árbitro en equidad. Con todo, *jura novit curia*:

Para resolver la cuestión controvertida el Árbitro reitera lo expresado en el N° 1 de la parte expositiva, al aludir a su naturaleza de arbitrador o Árbitro en equidad y al principio *jura novit curia*.

A este respecto, el Árbitro entiende incluida la alegación de ZZ en el sentido que la demanda de XX sería inepta por no haberse expresado con precisión acaso se hacía valer una acción de cumplimiento en naturaleza o por equivalencia (indemnización de perjuicios), pues si bien es cierto que el acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes no contempla la posibilidad de hacer valer, previamente a la contestación, excepciones dilatorias, el Árbitro estima que es el juez el llamado a subsumir las pretensiones de las partes en el derecho sustantivo pertinente, sin perjuicio que en su réplica, XX ha complementado la demanda en cuanto a los títulos a que pretende las diferentes cantidades (Art. 312 del Código de Procedimiento Civil) y destacado que, por tratarse de obligaciones de dinero, la indemnización compensatoria es equivalente al cumplimiento de las obligaciones en naturaleza.

Por otra parte, el Árbitro aprecia que no se ha causado indefensión que pudiere haber afectado a ZZ.

d) En cuanto a las pretensiones de XX:

- Sin perjuicio de otras consideraciones ya enunciadas, en especial, la circunstancia que nos encontramos en un entorno de subcontratación, el Árbitro estimará que XX, en lo que es esencial, ha dado cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato celebrado con ZZ y, correlativamente, desestimará la excepción, alegación o defensa de XX en el sentido contrario.
- Por concepto de las obligaciones insolutas que tienen su origen en el contrato original, el Árbitro aceptará la cantidad estimada por el señor Perito, a saber, \$ 399.712.584 IVA incluido.
- Por concepto de obras nuevas o extraordinarias, el Árbitro igualmente aceptará la cantidad estimada por el señor Perito, a saber, \$ 306.039.868 IVA incluido.
- Por concepto de deuda adquirida en el sistema financiero, no se hará lugar a lo pretendido por cuanto sin perjuicio que el Árbitro no estima suficientemente acreditado que los fondos obtenidos en virtud del crédito bancario a que alude fueron efectivamente aplicados a las labores desarrolladas en ejecución del contrato de autos, en todo caso, de haberlo sido, si se diere lugar a lo pretendido, a lo menos en cuanto al capital, la demandada estaría siendo condenada a un doble pago (con el correlativo enriquecimiento sin causa, ahora para XX), desde el momento que la demandante reclama todo lo que estima se le debe con cargo al contrato original y por concepto de mayores obras, declarando que estos recursos los aplicó íntegramente a la liquidación de las obras (fs. 149 en la demanda y fs. 207 en la réplica).

Cierto es que los mencionados mutuos bancarios han dado lugar al pago de los correspondientes intereses, pero el Árbitro no estima cabalmente acreditado el servicio o pago de estos préstamos de dinero e igualmente estima que, para los efectos del desempeño de sus labores por parte de XX, no cabe distinguir en cuanto a la fuente de los recursos aplicados, a saber, recursos propios u obtenidos de cualesquiera terceros.

Al respecto, el Árbitro hace constar que los datos contenidos en la demanda y réplica (solicitudes de 30 de diciembre de 2009 por \$ 110.000.000 y 22 de abril de 2010 por \$ 50.000.000, que totalizan \$ 160.000.000) no son coincidentes con los documentos acompañados con el escrito de fs. 313 (que pasaron a formar la Carpeta N° 1 confeccionada por el señor Perito), pues el mutuo por \$ 110.000.000 aparece solicitado el 16 de diciembre de 2009 y el otro mutuo, por \$ 50.176.116, el 14 de abril de 2010.

- **Por concepto de reajustes**, el Árbitro dará lugar a la pretensión en los términos que a continuación se expresan a propósito de los intereses moratorios.
- **Por concepto de intereses moratorios**, el Árbitro dará lugar a la pretensión, pero en los términos que siguen y por las razones que se expresan:
 - Si bien en el contrato que vincula a las partes encontramos plazos para el pago de los diferentes estados de pago y, por lo mismo, cabría entender que, en los términos del Artículo 1.551 N° 1 del Código Civil, ZZ incurrió en mora al vencimiento de cada uno de estos plazos, al Árbitro no ha resultado posible establecer fehacientemente cuándo se cumplió el plazo respecto de cada estado de pago y, por lo mismo, haya podido tener lugar el “requerimiento contractual expreso” de que da cuenta tal precepto, sin perjuicio que el Árbitro concluye que no existieron estados de pago por la totalidad de los capítulos pretendidos, tanto en lo que se refiere al contrato original cuanto a las mayores obras, misma conclusión que extiende a la emisión de las correspondientes facturas por parte de XX a ZZ.

Al respecto, el Árbitro aprecia que la declaración del testigo don A.E. (fs. 281 y siguiente) es demostrativa de lo expresado en el sentido que no todo desembolso por parte de XX tuvo expresión en estados de pago y las subsecuentes facturas.

En el mismo sentido, el Árbitro estima que la aseveración que ha formulado aparece avalada por los dichos del testigo don R.F. (fs. 305), cuando alude a la conformación, en noviembre o diciembre de 2010, de una mesa de trabajo entre XX y ZZ tendiente a discutir el aumento de plazos, aumento de obras y multas, con participación de XX y sus abogados y de ZZ y sus abogados, habiéndose solicitado a XX que respaldara lo que licitó versus lo que construyó, agregando que los antecedentes entregados no cuadraban con lo presupuestado en la licitación y que el presupuesto de XX fue informado al Servicio, pero adolecía de imperfecciones que estima impedían a ZZ comparar el proyecto de licitación con el proyecto definitivo, sin que hasta ese momento XX hubiese entregado mayores antecedentes como para que ZZ pudiese estimar las diferencias.

- En estos términos, se mandará pagar el capital insoluto con más intereses corrientes a partir de la notificación de la demanda (27 de enero de 2011), es decir, se aplicará el “requerimiento extracontractual” a

que alude el Artículo 1.551 N° 1 del Código Civil ordenando, en los términos del Artículo 1.559 N° 1 del Código Civil, pagar intereses corrientes para operaciones no reajustables en moneda nacional de 90 días o más, superiores al equivalente de 5.000 UF, cuya tasa actual es 7,80% anual, hasta el pago efectivo.

- En cuanto a la tasa de interés corriente aplicable, se ha considerado la referida a fin de incluir el reajuste.
- **Por concepto de costas:** No se condenará en costas a la demandada ZZ, por no haber sido vencida totalmente.

e) En cuanto a las excepciones, alegaciones o defensas de ZZ:

- En cuanto a que fue un contratante diligente que empleó la máxima diligencia del contrato. Las mayores exigencias e incumplimientos por parte del Servicio constituyen un caso fortuito o fuerza mayor, por lo que no se le puede imputar responsabilidad alguna por estos hechos, el Árbitro desestimaré este planteamiento no sólo porque no es compatible, coherente ni congruente con lo que ZZ sostiene en el procedimiento judicial que sigue contra el Servicio, sino porque los incumplimientos de éste no los estima oponibles a su contratista XX, pues así como el contratante intermediario ZZ es responsable ante el primer contratante (Servicio) por el subcontratante (XX), *mutatis mutandi* el Árbitro entiende que el contratante intermediario ZZ es responsable ante el subcontratante (XX) por el primer contratante (Servicio).

Concluir de otra manera significaría colocar de cargo del subcontratante (XX) las consecuencias de la conducta del primer contratante (Servicio) en su relación contractual con el contratante intermediario ZZ y, en general, cualquiera situación relativa a esta relación contractual.

En fin, el Árbitro estima que el contratante intermediario ZZ debe cumplir sus obligaciones para con el subcontratante (XX) sin perjuicio de accionar, como lo ha hecho, en contra del primer contratante (Servicio) y, como antes se ha expresado, si es efectiva su alegación en cuanto a los incumplimientos por parte del Servicio, su acción debiera prosperar y, si prosperare pero en estos autos arbitrales se rechazare la pretensión de XX, ésta, quien en buena parte llevó a cabo las obras, terminaría en alguna medida soportándolas a su costa, al tiempo que ZZ obtendría del Servicio el costo más utilidades que debieran percibir ZZ y XX, cada una en la medida que corresponda. Este orden de ideas el Árbitro lo estima aplicable tanto a lo que se adeude contra el contrato original cuanto a mayores obras.

- En cuanto a la subsidiaria alegación de excepción de contrato no cumplido, el Árbitro la desestimaré no sólo en concordancia con lo anterior, sino porque entiende que, al afirmar ZZ en su actuar judicial en contra del Servicio que no ha incurrido en incumplimiento alguno, en ello entiende incluido el desempeño por parte de su contratista, es decir, el subcontratante XX, lo cual por otra parte obvia evaluar la entidad del eventual incumplimiento por parte de XX, es decir, que sea suficiente para oponer una excepción de esta naturaleza.
- En cuanto a la alegación subsidiaria en el sentido que XX se hizo acreedora de las multas pactadas en el contrato y la correspondiente excepción de compensación, en consonancia con lo anterior, el Árbitro igualmente rechazará esta excepción, alegación o defensa, pues la tesis sostenida por ZZ es que el Servicio no está legitimado para imponerle multa alguna y, por consiguiente, mal podría ZZ imponerlas a XX.

Por otro lado, desde un punto de vista procesal, el Árbitro destaca que ZZ, al alegar la compensación judicial del pretendido crédito por multas versus lo que la sentencia pudiese ordenarle pagar a XX, no reconvino, en circunstancias que el acta de procedimiento de fs. 63 y siguientes expresamente contempla el trámite de la demanda reconvencional, que sabido es debe ir aparejada a una alegación de compensación judicial, desde el momento que es la sentencia definitiva firme la que determinará la existencia y entidad del crédito por parte del demandado en contra del demandante, como se aprecia, al margen de sus fundamentos, en la reconvención interpuesta por el Servicio contra ZZ.

7.- CONCLUSIONES:

Según lo expuesto, desde un punto de vista cualitativo, se acogerá la demanda por dos de los tres capítulos pretendidos, sin perjuicio de su expresión cuantitativa, todo con reajustes e intereses, en los términos expresados, pero sin costas y, en consecuencia, salvo en la medida en que no se acoge la demanda, se desestimarán las alegaciones, excepciones o defensas de la demandada.

RESUELVO:

1. Ha lugar a la demanda interpuesta por XX en contra de ZZ, en lo que concierne a obligaciones insolutas que tienen su origen en el contrato original y obras nuevas o extraordinarias, condenándose a la demandada ZZ a pagar a XX

la suma total de \$ 705.752.452, más intereses corrientes para operaciones no reajustables en moneda nacional de 90 días o más, superiores al equivalente de 5.000 UF, cuya tasa actual es el 7,80% anual, calculados a partir del 27 de enero de 2011 y hasta la fecha del pago efectivo.

2. Salvo en la medida que se desestima la demanda, se rechazan las alegaciones, excepciones o defensas esgrimidas por la demandada ZZ.
3. En cuanto a las observaciones a la prueba documental formuladas por la demandada ZZ (fs. 369) respecto de la que la actora XX produjo en lo principal de su escrito de fs. 313, por no existir propiamente un incidente, el Árbitro entiende que nada le corresponde resolver.
4. Por no existir tachas respecto de los testigos, el Árbitro deja constancia que tampoco cabe resolver al respecto.
5. Por no haber sido vencida totalmente, no se condena en costas a la demandada ZZ
6. Notifíquese a las partes por cédula por Receptor Judicial.

Leslie Tomasello Hart, Árbitro.