

Antonio Ortúzar Solar

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 23 de julio de 2010

ROL 957 – 2008

MATERIAS: Contrato de construcción de edificio por suma alzada - atraso en la ejecución de las obras - incumplimiento de la obligación de post venta de los departamentos construidos – ejecución de obras extraordinarias - indemnización de perjuicios alegados por ambas partes - daño moral.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Inmobiliaria XX interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra de la empresa Constructora ZZ por el atraso en la entrega de las obras contratadas, cobrando la multa diaria contemplada en el contrato y solicitando que se ordenare el cumplimiento forzado de la obligación de post venta y el pago por el daño moral sufrido por el desprestigio ante los clientes, adquirentes de los departamentos, al no entregárseles oportunamente y por los defectos de construcción que tenían estos. La empresa constructora fundamenta su defensa en que el enorme atraso en que se había incurrido se debió a causas imputables a la demandante, quien introdujo numerosos cambios al proyecto, el que a su vez también sufrió retraso por haber aparecido roca en el terreno, lo que no se había considerado por la Inmobiliaria, todo lo cual trajo consigo la necesidad de ejecución de numerosas obras extraordinarias, que repercutieron en el plazo de ejecución y en el monto del costo de las obras. Concordante con su defensa, la Constructora deduce demanda reconvenzional solicitando se la indemnicare por los gastos generales en que incurrió como consecuencia del mayor plazo de ejecución de las obras y por las utilidades que le corresponderían por la ejecución de las obras extraordinarias.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y siguientes.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 262 y siguientes, Artículos 409 a 425, y Artículos 636 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.489, 1.545, 1.546, 1.553, 1.999, 2.246 y siguientes.

DOCTRINA: Tratándose de un litigio en que corresponde resolver acerca del cumplimiento de las partes a las obligaciones asumidas en un contrato de construcción, en que ambas partes alegan el incumplimiento de las obligaciones recíprocamente asumidas, procede ordenar la prueba pericial solicitada por la demandante y la demandada, designándose un perito de reconocida capacidad para que informe al Tribunal sobre las materias acordadas por las partes como objeto del peritaje, luego de darse cumplimiento a las formalidades que la ley señala. Emitido el informe, procede ponerlo en conocimiento de las partes para sus observaciones y formuladas que sean, se transmitan estas al perito para su conocimiento y comentarios, no procediendo declarar la nulidad del peritaje solicitada por la demandante principal por el hecho de haberse el perito pronunciado acerca de los alcances de las partes. El peritaje debe ser apreciado por el Tribunal de acuerdo a la sana crítica. Constando de la prueba testimonial y documental rendida por las partes la existencia de numerosas obras extraordinarias y diversos problemas relacionados con la construcción que impidieron la ejecución en el tiempo programado, todo lo cual aparece confirmado por el peritaje, procede que el Árbitro Arbitrador determine, en conciencia y equidad, la responsabilidad de las partes y que se otorguen las prestaciones recíprocas según determine el Tribunal, ordenándose que se efectúen por ellas su pago.

DECISIÓN: a) Se acoge la demanda principal solo en cuanto se aplica multa por el atraso determinado según el peritaje, y al pago de indemnización por perjuicios producidos por incumplimiento de la obligación de post venta; b) Se acoge la demanda reconvenzional en cuanto se ordena la restitución de fondos retenidos y el pago de gastos generales y utilidades; y c) Se dispone que cada parte pagará sus costos.

SENTENCIA ARBITRAL:

En Santiago de Chile, 23 de julio de 2010.

VISTOS:

I. PARTES DEL LITIGIO, CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL Y DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

1. Son partes:
 - a) Como demandante principal y demandada reconvenional: Inmobiliaria Edificio XX, sociedad del giro de su denominación, representada por don G.V., ingeniero comercial, ambos domiciliados en DML, comuna de Vitacura, en adelante XX, la demandante principal o la demandada reconvenional.
 - b) Como demandada principal y demandante reconvenional: Constructora ZZ, sociedad del giro de su denominación, representada por el abogado don AB1, ambos domiciliados en DML, comuna de Las Condes, en adelante ZZ, la demandada principal o la demandante reconvenional.
2. Con fecha 10 de febrero de 2005, las partes suscribieron un Contrato de Construcción por Suma Alzada, en adelante el Contrato, en cuya cláusula vigésimo séptima se estableció:

VIGÉSIMO SÉPTIMO:

Arbitraje:

Cualquier conflicto que se suscite entre las partes con motivo de la interpretación, ejecución, validez, cumplimiento o incumplimiento de este Contrato, de las Bases, de los documentos y planos mencionados en el artículo 1.1.- Generalidades de esas Bases Administrativas, de sus modificaciones posteriores, consideraciones para el estudio de la oferta de ZZ y de las consultas y aclaraciones, será resuelta conforme a lo estipulado en el Art. 27 de las Bases. Por su parte, la cláusula 27 de las Bases Administrativas establece como arbitraje: Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución del Contrato o de los documentos del Contrato o cualquier otro motivo será sometida a arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje vigente del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al Árbitro Arbitrador de entre los integrantes abogados del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. En contra de las resoluciones del Arbitrador no procederá recurso alguno, a los que las partes renuncian expresamente. El Árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción.

3. Con fecha 11 de noviembre de 2008, XX solicitó al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en adelante "el CAM", la designación de un Árbitro para conocer y resolver las materias señaladas a fs. 2 de estos autos.
4. Con fecha 17 de noviembre de 2008, el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., don Peter T. Hill, designó al suscrito como Árbitro para que se aboque a conocer y resolver la controversia existente en torno a la aplicación del Contrato de Construcción por Suma Alzada celebrado por las partes con fecha 10 de febrero de 2005 y sus Bases Administrativas.

5. Con fecha 3 de diciembre de 2008, a fs. 58, la Secretaria General del CAM, doña Karin Helmlinger C., certificó el hecho de no haberse presentado objeciones al nombramiento del suscrito como Árbitro Arbitrador para conocer y resolver la disputa existente.
6. Con fecha 9 de diciembre de 2008, el suscrito fue notificado por la notario doña NT1, de su designación como Árbitro Arbitrador para resolver la controversia de autos, y aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible (fs. 59).
7. A fs. 60, con fecha 16 de diciembre de 2008, consta la citación a las partes a comparendo con el objeto de fijar las normas de procedimiento y tomar los acuerdos pertinentes para la tramitación del asunto objeto del arbitraje.
8. A fs. 63 consta el comparendo de 7 de enero de 2009, en que se acordaron las normas básicas de procedimiento, sin perjuicio de aquellas que le son aplicables en su carácter de Árbitro Arbitrador.

II. PLAZO DEL ARBITRAJE

9. En el comparendo del 7 de enero de 2009, a fs. 67, se estableció que la sentencia debería dictarse dentro del plazo de un año a contar de la presentación de la demanda, la que fue presentada con fecha 13 de marzo de 2009.
10. A fs. 506, con fecha 20 de noviembre de 2009, las partes, de común acuerdo, prorrogaron hasta el 30 de julio de 2010 el plazo referido, lo que fue aprobado por resolución de 23 de noviembre de 2009.

III. PERÍODO DE DISCUSIÓN

A. DEMANDA PRINCIPAL DE XX

11. A fs. 70, XX dedujo demanda en contra de ZZ, según se detalla a continuación:

I. Antecedentes previos

Se expresa que con fecha 10 de febrero de 2005, las partes suscribieron un Contrato de Construcción por Suma Alzada, cuyo objeto fue la construcción de un edificio de departamentos bajo la modalidad de contrato por suma alzada, en el inmueble ubicado en calle DML, comuna de Lo Barnechea. Dicho contrato, no solo se regiría por las disposiciones contenidas en el mismo, sino que también las contenidas en las “Bases Administrativas” de noviembre de 2004.

La construcción de la obra sería de cargo de la demandada a cambio del precio ofrecido por esta en la etapa de licitación previa, el cual comprendería “la totalidad de sus costos, gastos generales, previstos e imprevistos, utilidades, impuestos, seguros, responsabilidad y riesgos de cualquier especie” con las excepciones que se detallaron en el Anexo N° 1 del Contrato. Se señala que se acordó que “el contratista sería el único responsable del suministro y calidad de los materiales de construcción, de que la condición de estos materiales sea adecuada para el terreno y, en general, de la correcta ejecución de todas las obras del proyecto”, que debería ajustarse al citado Contrato, a las disposiciones de las Bases, especificaciones técnicas, a los documentos y planos mencionados en las Bases, sus modificaciones posteriores, consideraciones para el estudio de la oferta de la demanda y a las consultas y aclaraciones, todas las cuales se entendió formarían parte integrante del Contrato.

Se expresa que conforme al artículo octavo del Contrato, el plazo de ejecución del proyecto sería de 333 días a contar de la fecha del mismo, y que en el número 22.9.1 de las Bases se estableció que, en caso

de incumplimiento por parte de la demandada de los plazos establecidos en el Contrato, el contratista “quedará constituido en mora del cumplimiento de sus obligaciones, solo por superar el o los plazos totales o parciales estipulados sin necesidad de requerimiento, intimación o notificación alguna” y deberá pagar “una multa escalonada por día corrido de atraso”, equivalente al uno por mil diario del monto actualizado del Contrato, durante los primeros 30 días de atraso, y del dos por mil diario del monto actualizado del Contrato, desde los 31 días.

II. Los hechos

Se señala que el 11 de febrero de 2005 se procedió a hacer entrega del terreno de la obra, que se recibió conforme según el acta extendida y suscrita con esa misma fecha, que el avance de las obras fue extremadamente lento y que, en mayo de 2005, le fue solicitado un aumento del plazo de entrega de las obras argumentando la confabulación de varios factores, como fue lo complicado de las excavaciones, la gran cantidad de rocas por fracturar y remover, el cambio en la secuencia constructiva y una pretendida ausencia de planos.

Se expresa que el 30 de agosto de 2005, junto con rechazar cualquier cambio en los plazos acordados, le reiteró su preocupación por el atraso general de la obra, el cual claramente era atribuible a la existencia de frentes de trabajo no intervenidos debido a la escasez de recursos por parte de la demandada, así como su lentitud para cerrar los subcontratos de ciertas terminaciones. Igual preocupación se les comunicó con posterioridad, por escrito, insistiendo a la demandada sobre el preocupante atraso de las obras, reiterando a la Constructora que “en este tipo de obras (edificios tipo escalera), no se puede programar ni abordar tal como edificios verticales. Por lo tanto, recomiendo atacar todos los frentes que sea posible de forma tal de instalar el máximo volumen de hormigón, lo que permitirá anticipar el inicio de las terminaciones”.

Se señala que, a fines de diciembre de 2005, aún no estaba concluida la obra gruesa del edificio y que el departamento piloto se entregó con ocho meses de atraso, no obstante que aún no estaba terminado, repercutiendo esto en la preventa con las consecuencias económicas que más adelante precisaremos.

Se señala que, a abril de 2006, aún estaban pendientes una serie de obras y que, salvo el mes de febrero de 2006, el avance físico mensual de la obra jamás llegó al 8% presupuestado, generando perjuicios a los promitentes compradores ante la imposibilidad de cumplir con las entregas comprometidas para el 31 de mayo de 2006, con la correspondiente amenaza de pago de multas.

Adicionalmente, este atraso significativo afectaba la venta de unidades y la imagen ante los compradores, debiéndose ubicarlos en hoteles, con la obvia molestia de estos y el ingente costo para la empresa.

Se expresa que, en agosto de 2006, los propietarios ubicados en hoteles procedieron a ejecutar las multas convenidas, y en septiembre de 2006 comenzaron las visitas a los departamentos más avanzados para los efectos de otorgar la recepción provisoria de los mismos en ese proceso, en que recién el 15 de noviembre de 2006, se entregaron los departamentos simples y las áreas comunes, y el 15 de diciembre de ese mismo año, los departamentos dúplex.

Se expresa que el proceso de entregas y recepciones se prolongó hasta bien entrado el año 2007, al tiempo que nuevos atrasos e incumplimientos aparecían por parte de la demandada respecto de sus obligaciones de post venta establecidas en la cláusula 16 del Contrato y que se extendían a un año desde la recepción definitiva de las obras, que tuvo lugar el 7 de febrero de 2007, fecha en que también comenzaron a reportarse por los propietarios las observaciones y las primeras filtraciones de agua en los departamentos, requiriéndose a la demandada para que los atendiera, lo que significó un atraso en

atender a estos reclamos que, en los casos más relevantes, no bajó de los seis meses. Se agrega que la empresa está hoy bajo constante amenaza de acciones legales por parte de los actuales ocupantes.

Se expresa que, en el mes de marzo de 2007, las partes intentaron un acuerdo o transacción que permitiera ordenar esta situación, con miras a resolver las cuestiones pendientes por atrasos y deficiente post venta. Conforme al borrador de transacción que circuló entre las partes, el cual nunca se suscribió ni cumplió por la demandada, la demandante descontó 9.700 UF de las cantidades que, según la demandada se le adeudaban, pagándole la suma final de 2.946 UF, debiendo por parte de la demandada entregarse una boleta de garantía con vigencia de un año por la suma de 4.389,24 UF, cosa esta última que jamás ocurrió. Adicionalmente, la demandada se comprometía a cumplir con esmero sus obligaciones de post venta, lo cual tampoco se verificó.

Finalmente, se señala que los atrasos e incumplimientos le han ocasionado múltiples perjuicios, a saber, multas a favor de los propietarios, gastos de alojamiento a los propietarios, costos financieros por el atraso en recibir los precios de venta de los departamentos, retraso en la venta de los departamentos y un grave daño a la imagen de la demandante que inició la venta de un edificio colindante al que motiva la presente acción, todo ello, además de las multas que corresponde aplicar conforme al Contrato.

III. El derecho

Se expresa que, conforme lo establece el Artículo 1.438 del Código Civil, tanto el Contrato de Construcción por Suma Alzada suscrito por las partes, como las llamadas Bases Administrativas del mismo, constituyen un contrato o convención del cual nacen derechos y obligaciones para las partes, que son “ley para los contratantes” y que, por su parte, el Artículo 1.489 del Código Civil señala que, en caso de incumplir uno de los contratantes lo acordado, el otro contratante podrá demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (terminación si es de tracto sucesivo), y en ambos casos la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado y que, por el incumplimiento nace entonces, conforme al Artículo 2.465, una obligación personal del contratante cumplidor en contra del incumplidor, que faculta a este último para “perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables, designados en el Artículo 1.618”.

Se agrega que la demandada ha incurrido en los graves y reiterados incumplimientos del Contrato, consistentes en los atrasos en la entrega de las obras, y la falta de ejecución oportuna y completa de las reparaciones a que se obligó como parte de su servicio de post venta, que han generado cuantiosos perjuicios económicos, razón por la cual corresponde que el Tribunal ordene a la demandada cumplir con sus obligaciones y, además, la condene al pago de las multas devengadas y perjuicios causados, señalando al efecto que:

1. La demandada debe ser condenada a pagar las multas convenidas para el evento de producirse atraso en la entrega de las obras, suma que se fija en 114.995 UF.
2. Se dé cumplimiento forzado de la obligación de post venta asumida por la demandada, con multas e indemnización de los perjuicios de naturaleza compensatoria.

Sobre este último particular, se cita la cláusula decimosexta del Contrato y la número 23.4 de las Bases Administrativas que señala “para efectos de esta obligación, el contratista deberá entregar al propietario, al momento de la suscripción de la recepción final de la obra un listado con los nombres de las personas que estarán encargadas de prestar dicho servicio, con el compromiso de que estarán disponibles y presentes en el lugar donde se les necesite dentro de las 24 horas de ser requeridas, verbalmente o por escrito, por XX. Excedido este plazo, el propietario podrá contratar a cualquier tercero para subsanar estos desperfectos, cuyos honorarios serán pagados por el propietario con cargo a la garantía entregada

por el contratista. Este último, deberá contar considerando un turno de atención de emergencias para los fines de semana y festivos”.

Se agrega que, encontrándose la demandada en mora de cumplir con sus obligaciones de post venta, al tenor de lo previsto en el Artículo 1.551 del Código Civil N° 1, o en subsidio N° 2 de la misma norma, se ordena por este Tribunal a la demandada cumplir con ellas, dejando expedita a esta parte la vía ejecutiva para exigir el cumplimiento de esta obligación de hacer, sin perjuicio del pago de una multa ascendente a 14.400 UF correspondiente a más de seis meses de atraso en la reparación de problemas detectados en diversos departamentos, todo ello de conformidad con lo prescrito en la cláusula 22.9.2 de las Bases que señala “en caso de incumplimiento del Contrato o de órdenes impartidas en virtud de las facultades que le otorga el contrato al propietario, el contratista deberá pagar al propietario una multa equivalente a 80 UF por cada día de atraso en el incumplimiento del contrato o de dichas órdenes con respecto al plazo que quedó establecido para ejecutarlas en el Libro de Obras, y hasta el día en que estas se cumplan a entera satisfacción del propietario”.

Se señala que se deberá condenar a la demandada a pagar los perjuicios de naturaleza compensatorios causados por este atraso, por cumplirse con los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han sistematizado, que son:

a) Existencia de un incumplimiento contractual por parte de la demandada

Se expresa que la demandada ha incurrido sistemáticamente en graves y prolongados atrasos e inejecución de las obras a que se obligó, exponiendo a la demandante a los reclamos y quejas de los propietarios que debieron ingresar a los departamentos pese a que jamás fueron recibidos definitivamente. Respecto de la responsabilidad de la demandada, se cita la parte final de la cláusula 16 de las Bases en relación a la garantía de construcción.

b) Existencia de perjuicios

Se señala que los departamentos son de altísimo valor, por lo que sus propietarios son extremadamente exigentes y que la demandada no atendió a los innumerables requerimientos de su parte, ni frente a la naturaleza de los problemas como en el caso de las filtraciones ocurridas en algunos departamentos, las cuales han obligado a algunos propietarios a abandonar sus departamentos por meses; otros han tenido también por meses aberturas en el piso (con cañerías a la vista) o en sus muros, sin que hasta la fecha la demandada haya solucionado el problema, estimándose los perjuicios en la suma de 4.500 UF.

c) Culpa de la demandada

Se expresa que, respecto de las obligaciones de post venta, la demandada ha actuado con suma negligencia en la mayoría de los casos.

d) Nexo causal

Se señala que el atraso en cumplir con las obligaciones de post venta ha puesto a la demandante en situación de experimentar los perjuicios económicos señalados, a los cuales corresponde agregar las multas de naturaleza moratoria acordadas en el Contrato y en las Bases.

Se concluye solicitando a fs. 86 que se declare que:

- a) Se condene a la demandada a cumplir forzosamente el Contrato de autos;
- b) Se condene a la demandada a pagar 114.995 UF a título de multa por el atraso en la entrega final de las obras y 14.400 UF a título de multa por el atraso en cumplir con la obligación de post venta, o la suma que el S.J.A. estime de justicia;

- c) Se condena a la demandada a pagar 4.500 UF a título de perjuicios causados por el incumplimiento de esta de su obligación contractual de post venta, o la suma que el S.J.A. estime de justicia;
- d) Se condena a la demandada a pagar las costas de esta causa.

B. Excepción de previo y especial pronunciamiento

12. A fs. 91 ZZ opuso excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, fundamentándose en que el Contrato de Construcción a Suma Alzada, que sirve de fundamento a la demanda, se encuentra cumplido.

A fs. 117, con fecha 13 de abril de 2009, se concedió traslado a XX sobre la excepción de incompetencia presentada por ZZ, habiéndose evacuado el traslado a fs. 120, solicitándose el rechazo de la misma.

A fs. 127 este Tribunal Arbitral resolvió la excepción de incompetencia formulada por ZZ, rechazándola, sin costas; y en la misma resolución proveyó la contestación de la demanda, teniéndola por contestada y dando traslado para replicar en el plazo de ocho días; y la demanda reconventional que se dedujo al segundo otrosí de fs. 91, teniéndola por presentada y concediendo traslado para su contestación por quince días.

C. Contestación de la demanda

13. A fs. 95, en el primer otrosí, en subsidio se contesta la demanda, solicitando rechazarla en todas sus partes por carecer de todo fundamento, tanto en los hechos como en el derecho que se invoca, según se expone a continuación:

En primer término, se refiere a las multas por los atrasos en la entrega de las obras que harían precedente el pago de las multas previstas en el Contrato, ya que “los departamentos recién terminaron de recibirse provisoriamente a mediados de diciembre de 2006”, excediendo el plazo de 333 días establecido en el Contrato, con lo cual ZZ adeudaría la cantidad de 114.995 UF por concepto de multas por el atraso en la entrega de las obras contratadas. Al respecto, se señala que el plazo de ejecución de las obras efectivamente sufrió retrasos, pero esos retrasos no le fueron imputables y que la recepción provisoria de las obras no se produjo a mediados del mes de diciembre del año 2006 como se señala en la demanda, sino que a contar del mes de julio del año 2006.

Se expresa que los atrasos en la ejecución de las obras, se debieron básicamente a dos factores:

- a) Atrasos reiterados en la entrega por parte del mandante de los antecedentes necesarios para ejecutar las obras contratadas, por ejemplo atraso en la entrega oportuna de los planos de cálculo, modificaciones en las especificaciones técnicas constructivas de la obra gruesa, entre otros y,
- b) El encargo y la ejecución de más de 419 obras extras que generaron, no solo un aumento importante en los costos del proyecto, sino que también generaron aumentos en los plazos contratados, en conformidad a lo estipulado en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas.

En cuanto al atraso reiterado en la entrega de la documentación necesaria para la correcta y oportuna ejecución de las obras contratadas, se señala que se acreditará que el retraso en la entrega de estos antecedentes provocaron que las obras a ejecutar se retrasaran y que estos retrasos en la entrega de los documentos necesarios para la construcción del edificio, se debieron fundamentalmente a cambios y

modificaciones por parte del mandante en las especificaciones técnicas del proyecto. En cuanto al atraso por el encargo y ejecución de más de 419 obras extras en el proyecto, se expresa que estas nuevas obras, como es evidente, no solo ocasionaron mayores costos en la ejecución del proyecto, sino que generaron un importante aumento en los plazos contratados.

Se expresa que el artículo 9.2 de las Bases Administrativas, que se refiere precisamente a los aumentos de obras, se señala “el propietario podrá exigir al contratista una ampliación o aumento de la obra. Esta ampliación o aumento de la obra se regirá en todo por las estipulaciones del Contrato, salvo en lo relativo a los precios unitarios de la obra ampliada, debiendo regirse por los precios indicados por el contratista en su propuesta adjudicada o determinarse de común acuerdo cuando las modificaciones se refieran a partidas que no han sido consideradas en la oferta adjudicada. Si la ampliación o aumento de la obra excede del 10% del monto del Contrato y altera la ruta crítica de la obra, el propietario y el contratista deberán convenir previamente al plazo en que se llevará a cabo”.

A su vez, el artículo 9.4 de las Bases Administrativas establece en su párrafo final “las obras adicionales no generarán aumentos en el plazo ni estarán afectas a gastos generales ni utilidades, siempre que dichas obras adicionales, ya sea por aumento o disminución, no afecten actividades críticas, sean hasta un 10% del monto original del Contrato y/o sean definidas y solicitadas formalmente por el mandante a través de la ITO antes de transcurrido el 85% del plazo original del Contrato”.

Se expresa que se acreditará que las obras adicionales solicitadas por el mandante generaron aumento en el plazo y ocasionaron gastos generales y utilidades, por cuanto muchas de las obras extraordinarias ejecutadas afectaron las rutas críticas de las obras, excedieron por mucho el 10% del monto original del Contrato y además fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del contrato de construcción.

Se agrega que, en consideración a lo anterior, en el mes de agosto del 2006 la empresa XX, le entregó un cuadro que reflejaba a juicio de la Inmobiliaria el estado de avance de las obras, indicándose en ese cuadro lo siguiente:

Construcción edificio

Plazo contratado	333 días
Plazo real construcción	570 días
Aumentos de plazo	126 días
Nuevo plazo contratado	459 días
Atrasos afectos a multas	111 días

Multas

Por incumplimiento de plazos primeros 30 días	UF 3.210
Por incumplimiento de plazos a partir del día 31	UF 17.415
Multas totales por incumplimiento en plazos	UF 20.625

Construcción acceso y piloto

Plazo contratado	180 días
Plazo real construcción	510 días
Aumento de plazo	126 días
Nuevo plazo contratado	306 días
Atrasos afectos a multas	204 días

Multas

Por incumplimiento de contrato	UF 16.320
Multas totales por incumplimiento de contrato	UF 16.320
Total multas que aplican	UF 36.945

Se expresa que esta aplicación de las multas obviamente no fue aceptada y que las partes, a contar de la entrega de esa liquidación, tuvieron varias reuniones para acordar la procedencia o no del pago de las multas establecidas en el Contrato, hasta que en el mes de marzo del año 2007 logran un acuerdo respecto al pago de las multas establecidas en el contrato de construcción, y se señala que, con fecha 26 de marzo de 2007, el abogado de XX, don AB2, le envía un correo electrónico al representante de ZZ, A.O., adjuntándole el contrato de transacción previamente convenido entre las partes.

En el referido contrato de transacción, se establece en la cláusula segunda “que con motivo de la ejecución de los trabajos realizados en virtud del contrato de construcción referido en la cláusula precedente, el mandante adeuda a la Constructora la suma de 12.647 UF, IVA incluido, por concepto de estados de pago y retenciones”.

En la cláusula tercera se señala que el mandante estima que la Constructora incurrió en atrasos, lo cual es controvertido por la Constructora.

En la cláusula cuarta se estipula que “con el objeto de evitar un litigio en relación a los hechos aludidos en este instrumento, XX y ZZ vienen en celebrar un contrato de transacción extrajudicial mediante el cual ZZ, sin reconocimiento de culpa, asume el pago de una multa a XX ascendente a la cantidad equivalente de 9.700 UF, IVA incluido, como indemnización única y total por todo daño o perjuicio que XX haya experimentado, podido o pueda experimentar con motivo de los retrasos de la Constructora a que se refiere la cláusula segunda anterior, y que son materia de la presente transacción. En virtud de lo expuesto, la referida multa se descuenta de la cantidad adeudada por el mandante a la Constructora, por lo cual el mandante paga en este acto a la Constructora por los conceptos señalados en la cláusula segunda anterior, la cantidad de 2.946 UF, IVA incluido, declarando la Constructora recibir dicha cantidad a su entera y total satisfacción, no teniendo cargo alguno que formular al respecto”.

Se expresa que, de acuerdo a lo pactado en el contrato de transacción, XX retuvo por concepto de pago de multas la cantidad de 9.700 UF y pagó a ZZ, la cantidad de 2.946 UF.

Se agrega que en la demanda arbitral, si bien se menciona esta transacción, se le da el carácter de borrador, ya que nunca se firmó por las partes, debido a que las partes no estuvieron de acuerdo en la entrega o no de una boleta de garantía que garantizara los trabajos de post venta del edificio, sin embargo se señala que este contrato de transacción produjo plenos efectos en cuanto a la determinación y pago de una multa por eventuales atrasos ocurridos en la obra, y fue así que el demandante retuvo por concepto de pago de multas la cantidad de 9.700 UF y, a su vez, pagó la cantidad de 2.946 UF por concepto de facturas adeudadas y retenciones adeudadas producto del contrato de construcción.

Se señala que el inciso primero del Artículo 2.444 del Código Civil prescribe que “la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que dicho contrato es consensual, sin que para su otorgamiento se requieran solemnidades especiales, solo la manifestación de la voluntad de las partes que acuerden poner término a un litigio o precaver uno eventual. Que de esta forma en la especie, las partes han celebrado un contrato de transacción, que se funda en un antecedente escrito, mediante el cual las partes determinaron el pago de multas que estaban contempladas en el Contrato de Construcción a Suma Alzada. Mediante este contrato de transacción, las partes se hicieron recíprocas concesiones, pusieron fin extrajudicialmente a la controversia respecto a la procedencia o no del pago de las multas por el retraso en la ejecución de las obras, pagándose el demandante de 9.700 UF por la eventual responsabilidad en el atraso en la entrega de las obras contratadas.

Se expresa que, dado lo anterior, no resulta ajustado a derecho que el demandante desconozca por una parte el contrato de transacción, pero por otra parte haya retenido por concepto del pago de multas la cantidad de 9.700 UF. No resulta propio que en el marco en que se ha producido esta controversia, el demandante por una parte alegue que no ha habido transacción acerca de lo que pretende cobrar, en circunstancias que, por otra parte en su oportunidad, no discutió ni controvertió los actos de disposición que esta parte hizo en su favor, al aceptar que de lo adeudado no se le pagara la cantidad de 9.700 UF. Esta conducta atenta sin lugar a dudas contra la teoría de los actos propios.

Se agrega que el principio de la buena fe está íntimamente relacionado con la doctrina de los actos propios, que responde a la fórmula latina “*venire contra factum proprium non valet*”, es decir, no puede irse válidamente contra los actos propios o también, “*el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*” (Ekdahl, María Fernanda, *La Doctrina de los Actos Propios*, Editorial Jurídica de Chile, 1989).

Finalmente, se expresa que este caso, dada la aplicación práctica que las partes le otorgaron al contrato de transacción, es indudable que dicho contrato cumplió su objetivo, por cuanto produjo los efectos jurídicos deseados por las partes.

La demandada se refiere también al “cumplimiento forzado de la obligación de post venta, con multas e indemnización de perjuicios de naturaleza compensatoria”, comprendido en la demanda arbitral, habría incumplido y señala que ZZ ha cumplido a cabalidad con su obligación de post venta de las obras del proyecto inmobiliario, solucionado todas las observaciones consignadas en las actas de recepción provisoria de los departamentos, de las áreas comunes del edificio y, en general, solucionado todos los requerimientos formulados, tanto por los copropietarios como por la Inmobiliaria.

La cláusula decimosexta del contrato de construcción establece que “durante el plazo de doce meses contados desde la fecha de Acta de Recepción Definitiva de las Obras, el contratista deberá considerar un servicio de atención al propietario, o a la persona natural o jurídica que adquiera cualquier vivienda del proyecto, destinado a dar solución a cualquier problema que se presente en ellas, ya sea que diga relación con problemas constructivos o de terminaciones, especialmente las sanitarias, papeles murales, calefacción, muebles, alfombras, eléctricas u otras análogas”.

La recepción definitiva de las obras fue otorgada el día 2 de febrero de 2007 por la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lo Barnechea, por lo que el plazo de doce meses establecido en el contrato de construcción venció el día 1 de febrero de 2008, sin perjuicio del cual ZZ siguió efectuando labores de post venta con posterioridad a dicha fecha.

Se expresa que no se encuentra en mora de cumplir con sus obligaciones de post venta, por cuanto esta obligación fue cumplida a cabalidad no solo dentro del plazo contractual sino también con posterioridad a dicho plazo. En cuanto a la petición en la demanda arbitral del pago de una multa ascendente a 14.400 UF correspondiente a más de seis meses de retraso en la reparación de problemas detectados en diversos departamentos, la demanda arbitral no se refiere ni a los supuestos problemas detectados ni menos a la existencia de un plazo de ejecutar las obras, en el evento que dichos problemas existan y, de existir, sean efectivamente problemas de post venta, razón por la cual se deberá rechazar el pago de una multa por este concepto y los eventuales perjuicios compensatorios causados por este supuesto atraso, ya que a su representada no le consta y tampoco ha autorizado a la Inmobiliaria para que repare algunos supuestos problemas detectados en algunos departamentos por la cantidad de 4.500 UF.

Se concluye solicitando que, de acuerdo a lo expuesto, se sirva el Tribunal tener por contestada la demanda arbitral y el rechazo de ella en todas sus partes y con expresa condenación en costas a la parte demandante por carecer de todo fundamento tanto en los hechos como en el derecho de acuerdo al tenor de la contestación de la demanda arbitral.

D. Réplica de la demandante principal

14. A fs. 132 XX señala que el plazo de la obligación de post venta de la demandada comienza a correr desde la recepción definitiva establecida en el Contrato, que no es la recepción que practica la municipalidad respectiva, sino que la que se debe otorgar conforme al Contrato. De hecho, son muy distintas. La recepción municipal básicamente verifica que los servicios de agua, gas, alcantarillado, luz eléctrica, etcétera, estén operativos. La calidad de la construcción, la existencia de detalles de terminación, etcétera, no son materia de revisión provisoria y, luego, definitiva que otorga el propietario de la obra conforme al procedimiento establecido en el Contrato.

En este caso, el procedimiento para la recepción provisoria debía comenzar con la entrega de los departamentos, oportunidad en que la demandante tenía el derecho de formular objeciones. Solo una vez entregada la totalidad de los departamentos y solucionado la totalidad de los reparos u objeciones podía solicitarse la recepción definitiva, que jamás ocurrió.

Se expresa que ha señalado la demandada que “la recepción provisoria de las obras no se produjo a mediados del mes de diciembre del año 2006, sino que se produjo a contar del mes de julio del año 2006”, lo que no es efectivo. A contar del mes de julio se comenzaron a entregar lentamente solo algunos departamentos, no obstante, la totalidad de ellos se terminó de entregar hacia el mes de diciembre de 2006, tal como se ha señalado en la demanda y queda de manifiesto en las actas de entrega provisoria de los departamentos, que serán acompañadas oportunamente. Se expresa que de un análisis de estos documentos se podrán apreciar, entre otras, las siguientes fechas de entrega parcial:

- Departamento 11, entregado el 22 de noviembre de 2006.
- Departamento 21, entregado el 25 de agosto de 2006.
- Departamento 22, entregado el 18 de octubre de 2006.
- Departamento 32, entregado el 11 de diciembre de 2006.
- Departamento 41, entregado el 26 de octubre de 2006.
- Departamento 42, entregado el 13 de noviembre de 2006.
- Departamento 51, entregado el 7 de diciembre de 2006.
- Departamento 52, entregado el 17 de noviembre de 2006.
- Departamento 62, entregado el 7 de noviembre de 2006.
- Departamento 72, entregado el 1 de diciembre de 2006.

Se expresa que, a mayor abundamiento, basta comprobar que recién con fecha 17 de octubre de 2006, la demandada hizo entrega de numerosas bodegas, sala de basura y su acceso, sala de bombas, portón mecanizado del acceso norte; y recién con fecha 23 de octubre, se hizo entrega del nicho de gas correspondiente al medidor general. Luego, y como era de esperar, los departamentos entregados fueron recibidos de inmediato con innumerables observaciones de parte de la demandante, todo lo cual consta en las mismas actas de entrega. Esas observaciones fueron objeto de una lenta atención por parte de la demandada quien, en definitiva, jamás solicitó la recepción definitiva de los departamentos.

Se expresa que, en suma, no es posible considerar la recepción municipal como recepción definitiva de los departamentos, ya que son cosas distintas. La recepción definitiva conforme al Contrato jamás tuvo lugar. Por lo anterior, si es necesario fijar un punto de partida para el plazo de vigencia de la obligación de la demandada de atender la post venta de los departamentos, este no puede ser anterior a la fecha en que se subsanó la última de las observaciones hechas por la demandante a los departamentos. Lo anterior es, ciertamente, sin perjuicio de la obligación legal que tiene todo constructor con el propietario de la obra de atender los desperfectos hasta cinco años después de la recepción definitiva.

En cuanto a la imputabilidad de los atrasos, se expresa que la demandada ha señalado que los atrasos no son imputables a ella por dos razones: a) porque sería la consecuencia de los “atrasos reiterados en la entrega por parte del mandante de los antecedentes necesarios para ejecutar las obras contratadas”, y b) porque serían el resultado de “el encargo y la ejecución de más de 419 obras extras en la construcción del edificio”.

En relación a la primera de las afirmaciones, se señala que rechaza categóricamente cualquier afirmación de ZZ en el sentido de que sus atrasos habrían sido producto, a su vez, de atrasos de XX en otorgar antecedentes. Al contrario, fueron precisamente los atrasos de ZZ lo que provocó que, desde un inicio, las obras sufrieran un retraso generalizado. Entre los ejemplos que señala la demandada, cabe señalar que los planos de cálculo fueron entregados junto con las bases, por lo que mal pudo haber un retraso en su entrega. Respecto de las modificaciones en las especificaciones técnicas constructivas de la obra gruesa, cabe señalar que estas eran de un carácter absolutamente normal, y más bien decían relación con terminaciones más que la obra gruesa, por lo que no tenían ingerencia en los plazos pactados.

En relación con el encargo y ejecución de obras extras, la mayoría de los cambios y modificaciones técnicas, que implicaban dichas obras extras por parte de ZZ, consistían en obras absolutamente menores, que en sí mismas, no implicaban un mayor retraso y en ningún caso afectaban la ruta crítica (vgr. cambios en manillas, interruptores, terminaciones en general). Por lo demás, el Contrato contemplaba y permitía el aumento de obras.

Se expresa que la ampliación o aumento de obras quedaron reguladas en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas. A este respecto, cabe hacer varias precisiones en relación de lo señalado por la demandante:

- Si bien es cierto, las obras adicionales excedieron el 10% del monto del Contrato, se reitera el hecho de que ellas no alteraron la ruta crítica.
- Se niega categóricamente la afirmación de que las obras fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del Contrato. Lo que sucede es que, a consecuencia del atraso de la demandada en la ejecución de las obras, todas las etapas se fueron atrasando. De haberse cumplido por la demandada los plazos originalmente establecidos, las obras adicionales habrían caído dentro del 85% del período original de la obra. No puede entonces considerarse el plazo original para la aplicación de esta disposición contractual ya que este no se respetó por ZZ y se produce el efecto perverso que termina beneficiándose de su propio atraso.
- Se expresa que estos requisitos los exige el citado artículo en forma copulativa, por lo que no se da el supuesto que alega la demandada.
- No obstante lo anterior, aún en el caso de haberse verificado copulativamente los anteriores requisitos, se otorgó igualmente, un aumento de plazo de 126 días extras, tanto respecto de la construcción del edificio como del departamento piloto y su acceso.

Se agrega que la verdadera razón de los atrasos de ZZ fue su escasa experiencia en este tipo de construcciones y su mala evaluación económica del Contrato. Aparentemente, la demandada subestimó el grado de complejidad de la construcción encomendada, constatando luego que no podría cumplir en los plazos previstos. Ante esta situación, tenía dos alternativas: Reforzar su equipo constructivo para terminar a tiempo, con el costo que ello implicaría o, lo que finalmente hizo, reducir el equipo constructivo para terminar fuera de los plazos convenidos pero con menor costo para ella. Por eso, se expresa, están convencidos que los atrasos de la demandada fueron una opción deliberada, una estrategia asumida por esta para traspasar a mi representada sus errores de evaluación del proyecto.

Se agrega que, para entender mejor la evolución de los atrasos de la demandada, se remite al cuadro transcrito por la propia demandada en la página 8 de su escrito de excepciones, contestación y reconvenición, que ilustra la situación de atraso de ZZ al mes de agosto de 2006, fecha en la cual ya debía 36.945 UF por concepto de multas. Se expresa que probará que, desde el punto de vista de las cláusulas del Contrato como

de los hechos, los atrasos de la demandada no se originan en atrasos de la demandante ni en las obras adicionales encargadas. Adicionalmente, se agrega que se probará que otorgó un plazo adicional de 126 días, al que accedió la demandada, para terminar las obras, el cual tampoco se cumplió por esta.

No existe finiquito ni tampoco la transacción a que alude la demandada. Se reitera que la estrategia deliberada de la demandada para soslayar su inexperiencia constructiva en este tipo de edificios y su mala evaluación de los costos de ella, fue tomarse el mayor tiempo posible, olvidándose de los plazos a que se había obligado, bajando así el costo de la obra al disponer del mínimo personal posible en esta. El único problema de esta estrategia era que se generarían multas en su contra. Por esa razón es que ZZ sabía que en algún momento debía obtener alguna condonación o rebaja de las multas, o de lo contrario, se perdería el ahorro obtenido.

Se expresa que la oportunidad se produjo en el mes de marzo de 2007, en que las multas ya eran cuantiosas y XX estaba muy asustada de lo que sería la post venta de los departamentos, ya que no veía capacidad de respuesta de la demandada. Por esa razón es que las partes intentaron un acuerdo o transacción, que permitiera asegurar a XX, un oportuno y eficaz servicio de post venta, a cambio de una liberación sustancial de las multas para la demandada.

Se anota que, conforme al borrador de transacción que circuló entre las partes, el cual nunca fue consentido por la demandada, XX limitaría el total de multas a la cifra de 9.700 UF (muy inferior a las devengadas a la fecha), a cambio de que la demandada, por su parte, entregara a XX una boleta de garantía con vigencia de un año por la suma de 4.389,24 UF. Esa boleta garantizaría entonces el fiel cumplimiento de la obligación de post venta, que era lo que interesaba a XX, siendo la causa de su renuncia a cobrar las cuantiosas multas contra ZZ.

Se expresa que XX siempre estuvo de acuerdo con estos términos, y ZZ, no.

Se expresa que, sin consentir jamás en el texto de esa transacción y, aprovechándose de la buena fe, ZZ se conformó con un pago parcial del último estado de pago (jamás reclamó el pago de las 9.700 UF faltantes), negándose a entregar la boleta de garantía establecida en dicho borrador de transacción.

Se agrega que el plan de ZZ sería invocar la transacción en la parte que a ella podría beneficiarle (condonación de las cuantiosas multas devengadas) y, al mismo tiempo, abandonar la atención de post venta del edificio (sin garantías que pudieran hacerle valer en su contra). Ese plan fue íntegramente implementado por ZZ en definitiva.

Se recuerda por la actora que la transacción, como cualquier contrato, requiere consentimiento total y completo, esto es, en aquello que me beneficia y también en aquello que beneficia a la otra parte. Especialmente, en el caso de la transacción, que requiere concesiones recíprocas.

Se afirma, sin temor alguno, que dicha transacción jamás llegó a existir, precisamente por falta de consentimiento, ya que mientras la demandante consintió en la transacción aludida, ZZ no lo hizo, toda vez que jamás pretendió obligarse a atender la post venta del edificio con la prontitud y eficiencia que se debía y mucho menos a garantizar esto último.

Luego de un análisis doctrinario sobre los elementos de la transacción, se expresa que: "La demandada intenta hacer creer al Tribunal que el eventual acuerdo se perfeccionó y surtió plenos efectos jurídicos, con la sola rebaja de las multas que esta debía a mi representada (que era lo que ella buscaba). Pretende ZZ que la condonación de multas por 105.295 UF no sería un beneficio para ella, sino que un beneficio para mi representada. Esto es absurdo. Pretende la demandada que mi representada renunció a esas multas ja cambio de nada! (o solo de 9.700 UF), como parece sugerir en su contestación".

Se agrega que es obvio que la retención de 9.700 UF por XX, no consiste en la prestación recíproca de la demandada, sino en la de XX, quien renunciaría a cobrar una suma muchísimo mayor. De aceptar la tesis que insinúa la demandada, se debería concluir que la opción por cobrar 9.700 UF, en vez de cobrar una suma diez veces superior a dicho valor, miraría a su propio beneficio. Ello es absurdo. Se destaca que lo cierto es que la prestación que correspondía efectuar a ZZ consistía en la entrega de una boleta de garantía, incondicional e irrevocable, a la vista y a un año de vencimiento, por un monto de 4.389,24 UF. Tal prestación nunca se consintió por la demandada, y por esa misma razón no puede considerarse que haya llegado a existir una transacción entre las partes.

Finalmente, se reitera que la demandada no ha opuesto una excepción de cosa juzgada fundada en la supuesta transacción, que consiste en la forma procesal pertinente de alegar el efecto de este equivalente jurisdiccional.

E. Dúplica de la demanda principal

15. A fs. 16 ZZ evacua el trámite de la dúplica expresando que la demandante indicó, respecto a la recepción provisoria de los departamentos, que “recién el 15 de noviembre de 2006 se entregaron los departamentos simples y las áreas comunes, y el 15 de diciembre de ese mismo año los departamentos dúplex”, y que la versión es modificada por la parte demandante en su escrito de réplica, por cuanto ahora indica que, si bien es efectivo que a contar del mes de julio de 2006 se empezaron a entregar “lentamente solo algunos departamentos”; la totalidad de ellos se habría entregado en el mes de diciembre de 2006.

Al respecto, ZZ reitera en este punto que tal como lo indica al contestar la demanda, los departamentos se empezaron a recepcionar provisoriamente en el mes de julio de 2006, proceso que culminó en el mes de diciembre de ese año, por lo que el proceso de recepción por parte de la Inmobiliaria fue otorgándose departamento por departamento. En este punto se precisa que en muchos departamentos, a pesar de estar debidamente entregados, la propia Inmobiliaria o algunos de los propietarios de esos departamentos, solicitaron modificaciones en las especificaciones técnicas en los departamentos que no estaban contempladas en el proyecto original, pero que se tuvieron que efectuar por exigencias del mandante o propietarios, todas esas modificaciones no especificadas en el proyecto original ocasionaron demora en la entrega final de los departamentos.

ZZ reitera que el plazo de ejecución de las obras efectivamente sufrió retrasos, pero esos retrasos no le fueron imputables.

Se expresa que, tal como se acreditará en la etapa probatoria correspondiente, los atrasos en la ejecución de las obras, se debieron básicamente a:

- a) Atrasos reiterados en la entrega por parte del mandante de los antecedentes necesarios para ejecutar las obras contratadas.
- b) Modificaciones por parte del mandante en las especificaciones técnicas del proyecto, y
- c) El encargo y la ejecución de más de 419 obras extras en la construcción del edificio, de las obras de acceso y del departamento piloto, los cuales obviamente generaron no solo un aumento importante en los costos del proyecto, sino que también un aumento en los plazos contratados, en conformidad a lo estipulado en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas.

Se alude a que se señala en el escrito de réplica respecto a este punto, que “la mayoría de los cambios y modificaciones técnicas que implicaban dichas obras extras por parte de ZZ, consistían en obras

absolutamente menores, que en sí mismas no implicaban mayor retraso y, en ningún caso, afectaban la ruta crítica”, y sobre esta información, ZZ acreditará que varios cambios y modificaciones técnicas efectuadas por la Inmobiliaria al proyecto implicaron efectuar importantes obras extras en el proyecto y que estas nuevas obras, como es evidente, no solo ocasionaron mayores costos en la ejecución del proyecto, sino que generaron un significativo aumento en los plazos contratados originalmente.

Se expresa que resulta fundamental reiterar lo establecido en el artículo 9.2 y 9.4 parte final de las Bases Administrativas que transcribe y que se acreditará que las obras adicionales solicitadas por el mandante generaron aumento en el plazo y ocasionaron gastos generales y utilidades, por cuanto muchas de las obras extraordinarias ejecutadas afectaron las rutas críticas de las obras, excedieron por mucho el 10% del monto original del contrato y, además, fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del Contrato de Construcción.

Se expresa que la demandante reconoce que las obras extras excedieron el 10% del monto del Contrato, aunque según ella no alteraron la ruta crítica y señala que acreditará que las obras extras excedieron largamente el 10% del monto del Contrato, muchas de ellas alteraron significativamente la ruta crítica de las obras a ejecutarse y, además, dichas obras fueron solicitadas transcurrido el 85% del plazo original del Contrato.

En relación a lo afirmado en la réplica respecto al carácter absolutamente normal de las modificaciones y que más bien decían relación con terminaciones más que la obra gruesa, se expresa que la demandante revela un profundo desconocimiento del desarrollo constructivo de este proyecto, ya que las modificaciones de las especificaciones técnicas fueron de tal magnitud, que ZZ en sus más de treinta años de experiencia constructiva nunca las había experimentado, por lo que dichas modificaciones pueden calificarse, sin lugar a dudas, de absolutamente anormales; no es normal que el calculista de la obra modifique por ejemplo los sistemas de fundación del edificio, que una vez que se excavó la roca donde se asentará el edificio se decida agregar a las obras micropilotes que no estaban proyectados originalmente, etcétera.

Se agrega que las modificaciones referidas solamente a la obra gruesa del edificio, que revelan la inexperiencia de la Inmobiliaria al proyectar esta construcción, no solo afectaron la ruta crítica constructiva, sino que ocasionaron un importante atraso en los plazos programados para terminar el edificio.

Se expresa que lo señalado era un hecho tan claro y evidente que, recién en el escrito de réplica, la parte demandante reconoce que se le otorgó un aumento de plazo de 126 días extras, hecho que omitió al interponer esta demanda arbitral, lo que revela por decir lo menos, falta de seriedad.

En relación al Contrato de Transacción, se expresa que las causas de los atrasos en la ejecución de la obra fueron motivo de controversia entre las partes, pero a pesar de ello, llegaron a un acuerdo; que si bien no fue satisfactorio para ninguna de las partes, ya que la parte demandante deseaba cobrar una mayor multa y ZZ estimaba que no era acreedora al pago de multa alguna, en definitiva produjo que se acordara que se pagará por ZZ una multa ascendente a 9.700 UF. Se agrega que este acuerdo se materializó en el Contrato de Transacción que establece en la cláusula segunda “que con motivo de la ejecución de los trabajos realizados en virtud del contrato de construcción referido en la cláusula precedente, el mandante adeuda a la Constructora la suma de 12.647 UF IVA incluido, por concepto de estados de pago y retenciones”.

En la cláusula tercera del Contrato se señala que el mandante estima que la Constructora incurrió en atrasos, lo cual es controvertido por la Constructora. A continuación, cita la cláusula cuarta del Contrato.

Se agrega que fue así que de acuerdo a lo pactado en el Contrato de Transacción, XX retuvo por concepto de pago de multas la cantidad de 9.700 UF y pagó a ZZ, la cantidad de 2.946 UF.

Se expresa que la parte demandante insiste en su escrito de réplica que dicha transacción no fue consentida por su representada por cuanto ZZ no le entregó una boleta de garantía con vigencia de un año por la cantidad de 4.389,24 UF, que garantizaría la obligación de post venta en el edificio por parte de ZZ.

Se agrega que, sin embargo, esta transacción no fue firmada por las partes precisamente por cuanto su representada no estuvo de acuerdo con entregar una boleta que garantizara la post venta, ya que la exigencia de entregar dicha boleta no fue acordada por las partes cuando se llegó a un acuerdo en cuanto al monto adeudado a ZZ por los trabajos ejecutados, las multas que se aplicarían y el saldo en definitiva que se pagaría a ZZ.

Se expresa que, sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de no haberse entregado la boleta de garantía exigida por XX, ZZ siguió efectuando labores de post venta en el edificio por más de dos años de acordado el Contrato de Transacción, es decir, en este punto también el Contrato de Transacción produjo sus efectos, ya que por una parte ZZ siguió prestando sus servicios de post venta en el edificio y, por otra parte, XX consintió en que se prestaran dichos servicios de post venta sin necesidad que se dejara una boleta de garantía que garantizara la ejecución de esos servicios.

Se expresa que en esa transacción las partes se otorgaron concesiones recíprocas, por cuanto ZZ aceptó que se aplicaran multas a pesar que estimaba que no era merecedora de ellas, e Inmobiliaria XX aceptó aplicar dichas multas a pesar que, a su juicio, estimaba que las multas debían ser superiores al monto cobrado, por lo que este Contrato de Transacción produjo plenos efectos en cuanto a la determinación y pago de una multa por eventuales atrasos ocurridos en la obra, fue así que el demandante retuvo por concepto de pago de multas la cantidad de 9.700 UF y, a su vez, pagó la cantidad de 2.946 UF por concepto de facturas adeudadas y retenciones adeudadas producto del Contrato de Construcción.

El consentimiento de las partes respecto al Contrato de Transacción, se produjo precisamente en el hecho que ambas partes no reclamaron por los montos adeudados en el Contrato de Construcción, una vez que XX descontó la liquidación del mismo la cantidad de 9.700 UF por concepto de multas.

Se agrega que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han señalado que dicho Contrato es consensual, sin que para su otorgamiento se requieran solemnidades especiales, solo la manifestación de la voluntad de las partes que acuerden poner término a un litigio o precaver uno eventual. Que de esta forma en la especie, las partes han acordado un Contrato de Transacción, que se funda en un antecedente escrito, mediante el cual las partes determinaron el pago de multas que estaban contempladas en el Contrato de Construcción de Suma Alzada.

Mediante este Contrato de Transacción, las partes se hicieron recíprocas concesiones, pusieron fin extrajudicialmente a la controversia respecto a la procedencia o no del pago de las multas por el retraso en la ejecución de las obras, pagándose el demandante de 9.700 UF por la eventual responsabilidad de mi representada en el atraso en la entrega de las obras contratadas.

Dado lo anterior, no resulta ajustado a derecho que el demandante desconozca, por una parte el Contrato de Transacción, pero por otra parte haya retenido por concepto del pago de multas la cantidad de 9.700 UF.

Además, tal como se señaló precedentemente respecto a los servicios de post venta en el edificio, estos también se ejecutaron por un período de más de dos años de celebrado el Contrato de Transacción, sin que para realizarlos se le haya exigido por parte de la Inmobiliaria, que se dejara una boleta de garantía que salvaguardara dichos trabajos.

Se concluye expresando que, por lo anterior, el contrato de transacción cumplió su objetivo, por cuanto produjo los efectos jurídicos deseados por las partes. Por último, respecto a la aseveración de la parte

demandante en cuanto a que esta parte no habría opuesto la excepción de cosa juzgada por la transacción, se señala que esa defensa resulta jurídicamente improcedente, ya que la excepción de cosa juzgada solo puede oponerse, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 174, 175 y 181 del Código de Procedimiento Civil, cuando se funda en una resolución judicial, sea sentencia definitiva, sentencia interlocutoria, auto o decreto que tenga la calidad de firme o ejecutoriada, y resulta evidente, en consecuencia, que dado que no existe un proceso judicial previo invocado por XX en contra de ZZ en el cual exista una resolución judicial que tenga el carácter de firme o ejecutoriada, dicha excepción no puede oponerse.

F. Demanda reconvenzional

16.A fs. 103, ZZ dedujo demanda reconvenzional en contra de XX, de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, expresando que, conforme fue señalado en la relación de hechos efectuada en la contestación de la demanda principal, y por razones de economía procesal, se solicita tener por íntegramente reproducida en todo aquello que resulte atingente a la presente demanda en cuanto a que XX incumplió algunas de las obligaciones señaladas en el Contrato de Construcción a Suma Alzada y a las Bases Administrativas del mismo, causando graves perjuicios a ZZ.

Se expresa que, dada la conducta de XX que ha interpuesto una demanda infundada, se ve en la obligación de demandarla por los perjuicios ocasionados producto de los repetidos incumplimientos a las obligaciones contractuales.

Se expresa que, dado que transcurrieron prácticamente dos años desde que se acordó el Contrato de Transacción con XX, ZZ entendió legítimamente que el tema de las multas había quedado resuelto. XX desconoce la eficacia del Contrato de Transacción acordado por las partes y pretende demandar el pago de las multas que se fijaron en el Contrato de Construcción, evidentemente ZZ, que había hecho un gran sacrificio económico al aceptar pagar multas que a su juicio no correspondían, por cuanto los atrasos en la obra no eran de su responsabilidad, viene a demandar por el pago de 9.700 UF retenidas sin título alguno por XX con sus respectivos reajustes e intereses; por los gastos generales y utilidades no cobrados al mandante ascendentes a la cantidad de 12.000 UF y la cantidad de 5.000 UF por concepto de lucro cesante.

Antecedentes de hecho

Se expresa que las partes celebraron un Contrato de Construcción por Suma Alzada, cuyo objeto era la construcción de un edificio de departamentos en el inmueble ubicado en calle DML, comuna de Lo Barnechea y que el Contrato sufrió una serie de retrasos en la ejecución de las obras, que no son imputables a ZZ. Se agrega que XX incumplió sus obligaciones contractuales al retrasarse en la entrega oportuna de una serie de documentación indispensable para ejecutar las obras contratadas, afectando de esa manera la ruta crítica del proyecto inmobiliario.

Además, se señala que el mandante sistemáticamente fue solicitando nuevas obras adicionales, que tuvieron que ser ejecutadas por ZZ que representaron más del 50% del presupuesto original contratado y afectaron adicionalmente la ruta crítica del proyecto y además un número importante fueron solicitadas transcurrido el 85% del plazo original del Contrato, contraviniendo de esa forma lo estipulado en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas.

Se reitera lo establecido en el artículo 9.4 de las Bases Administrativas en cuanto a que las obras adicionales generarán gastos generales y utilidades a ZZ, siempre que estas se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Que dichas obras afecten actividades críticas;
2. Que dichas obras superen el 10% del monto original del contrato y,

3. Que dichas obras sean definidas o solicitadas por el mandante después de transcurrido el 85% del plazo original del Contrato.

Se expresa que se acreditará que las obras adicionales solicitadas y ejecutadas, en su gran mayoría, se encuentran en algunos de los presupuestos legales establecidos en el artículo 9.4 de las Bases Administrativas, por lo que además de retrasar la ejecución de las obras, ocasionaron a ZZ gastos generales y utilidades no cobradas en su oportunidad a XX.

Antecedentes de derecho

Se expresa que un contratante incurre en responsabilidad contractual cuando (i) incumple una obligación del contrato (acción u omisión); (ii) en forma culpable o dolosa, consistente en un incumplimiento absoluto, parcial o defectuoso de la prestación objeto del contrato; (iii) el cual ocasiona daños o perjuicios a su contratante; (iv) habiendo entre la conducta incumplidora y la ocurrencia de los daños una relación de causalidad; y, (v) además se ha incurrido en mora.

Se agrega que XX cumplió de manera defectuosa con varias de las obligaciones que emanan del Contrato, provocando importantes perjuicios económicos a ZZ debido a su actuar culposo. A saber:

1. Incumplimiento de obligación

Se señala que, para determinar las obligaciones asumidas, se refieren al objeto del Contrato que consistía en la edificación de un edificio de acuerdo al permiso de edificación, emitido por la I. Municipalidad de Lo Barnechea.

Se expresa que, como se puede apreciar la obligación principal que es objeto del Contrato, tiene la naturaleza de una obligación de hacer que se ejecutaría conforme a las disposiciones contenidas en el contrato de construcción, a las disposiciones de las Bases Administrativas, especificaciones técnicas, a los documentos y planos indicados en el artículo 1.1 de las Bases Administrativas (artículo tercero del Contrato de Construcción).

Se expresa que, por otra parte, el artículo 10.8 de las Bases Administrativas dispone que el contratista “tendrá derecho a una prórroga en los plazos del programa de ejecución del Contrato vigente únicamente por los atrasos en la ejecución de la obra producidas por actos u omisiones del propietario”. Pues bien, conforme con el artículo 18.1 de las Bases Administrativas “el propietario deberá entregar al contratista los planos, dibujos, especificaciones y/o explicaciones que sean necesarios para un mayor detalle e ilustración de la obra que se ejecutará, y el contratista deberá actuar conforme a ellos”.

Por su parte, el artículo 19 en su inciso primero de las Bases Administrativas, dispone que “las instrucciones del propietario relativas al significado y finalidad de los planos y especificaciones serán obligatorias para el contratista”.

Finalmente, se transcriben los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas y se expresa que, si la obra se entregó después de los plazos estipulados en el Contrato de Construcción, fue debido a los incumplimientos contractuales de la empresa inmobiliaria explicados al contestarse la demanda y que se dan por expresamente reproducidos.

2. Culpabilidad

Sobre el particular se expresa que, en materia contractual, acreditado el incumplimiento, la culpa se presume de conformidad con el Artículo 1.547 del Código Civil y, en este caso, XX responde de culpa leve en atención a que el Contrato beneficiaba a ambas partes (Artículo 1.547 del Código Civil).

Sin embargo, dada la especial naturaleza de la obligación y la información entregada por la empresa inmobiliaria en cuanto a sus especificaciones técnicas, es que la diligencia de XX debe necesariamente apreciarse en forma más estricta de un modo casi análogo a la culpa levísima.

Se expresa que, al momento de la licitación, la Inmobiliaria que elaboró las Bases Administrativas y otros documentos atinentes a este proyecto, debió saber que existen determinadas áreas de construcción que requieren de un mayor estudio, como por ejemplo el terreno donde se proyecta la construcción de un edificio. En otras palabras, cualquier hombre medio, y más aún una empresa inmobiliaria, sabe de sobra que los niveles de cuidado en la elaboración de los presupuestos para redactar las bases no son los mismos para la construcción de una sencilla casa que para la construcción de un edificio de departamentos de alto valor.

3. Perjuicio

Producto del incumplimiento culposo de XX, ZZ sufrió múltiples y graves perjuicios, los que en atención a lo dispuesto en el Artículo 1.556 del Código Civil, se dividen en:

a. Daño emergente

La cantidad de 9.700 UF producto de las multas indebidamente retenidas por la empresa inmobiliaria, y la cantidad de 12.000 UF producto de los gastos generales y utilidades a los que tiene derecho ZZ que generaron los retrasos en la obra imputables a la Inmobiliaria y a la ejecución de las obras extraordinarias solicitadas.

b. Lucro cesante

Producto del no pago oportuno de los estados de pago adeudados y las retenciones, como el no pago de los gastos generales y utilidades, resulta necesario indicar que el lucro cesante lo constituye la disminución del patrimonio, cantidades que de haber sido pagadas en forma oportuna pudo haber utilizado en el giro de su negocio, lo cual le habría generado una ganancia, de la cual se vio privada producto del incumplimiento de la empresa inmobiliaria, ganancia que estima en la cantidad de 5.000 UF. La forma o fórmula sobre cómo se llega a esa cifra, se expondrá y acreditará en el período probatorio.

4. Causalidad

Conforme se ha expuesto, ZZ dejó de percibir los estados de pago y retenciones adeudados y aún no se le pagan los gastos generales y utilidades producto de los retrasos imputables al mandante y a la ejecución de más de 419 obras extraordinarias en la obra.

Así, la causa inmediata del perjuicio sufrido por ZZ fue la acción culposa de XX, consistente en el no pago de los estados de pago y retenciones adeudadas y el no pago de los gastos generales y utilidades a las cuales tenía derecho según el Contrato y sus Bases Administrativas.

5. Mora

Conforme se señaló, XX no cumplió de manera íntegra, dentro del plazo estipulado, su obligación de entregar los antecedentes necesarios para la oportuna ejecución de las obras contratadas, retuvo indebidamente los estados de pago y retenciones adeudadas, y no pagó los gastos generales y utilidades que le correspondían.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1.551 N° 1 en relación con el Artículo 1.556, ambos del Código Civil, XX incurrió en mora en el cumplimiento de dichas obligaciones y está obligado a indemnizar los perjuicios provocados, solicitándose al Tribunal.

Tener por interpuesta demanda reconvenzional de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra de XX y acoger en todas sus partes la demanda interpuesta, declarando que, producto de dicho incumplimiento, ZZ sufrió perjuicios y que XX deberá pagar las cantidades de 9.700 y 12.000 UF por concepto

de daño emergente y la cantidad de 5.000 UF por concepto de lucro cesante, más intereses y reajustes legales, o bien la suma que el Tribunal determine conforme al mérito del proceso, todo ello con expresa condenación en costas.

Finalmente, en el tercer otrosí, se acompaña con citación copia del certificado de recepción definitiva, emanado de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lo Barnechea de la obra ubicada en calle DML, comuna de Lo Barnechea, que acredita la recepción final de las obras.

G. Contestación de demanda reconvenzional de fs. 104

17. A fs. 150, XX evacua el trámite de la contestación de la demanda reconvenzional del escrito de fecha 9 de abril de 2009, conforme lo establece la resolución de fecha 22 de abril de 2009, rechazando en todas y cada una de las alegaciones de hecho y las argumentaciones de derecho, y solicita en definitiva, rechazarla en todas sus partes, con costas.

El escrito de contestación se refiere a las “Pretensiones de la Demandante Reconvenzional”, transcribiendo los fundamentos y las peticiones formulados, y expresando que el Contrato sufrió una serie de retrasos en la ejecución de las obras, que no son imputables a ZZ y que XX se encontraría en mora de cumplir el Contrato dado que “incumplió sus obligaciones contractuales al retrasarse en la entrega oportuna a mi representada de una serie de documentación indispensable para ejecutar las obras contratadas, afectando de esa manera la ruta crítica del proyecto inmobiliario” y que “además del retraso en la entrega oportuna de los antecedentes necesarios para una correcta ejecución de las obras, el mandante sistemáticamente fue solicitando nuevas obras adicionales, que tuvieron que ser ejecutadas por ZZ. Esas obras extras que representaron más del 50% del presupuesto original contratado, afectaron adicionalmente la ruta crítica del proyecto y, además, un número importante de ellas fueron solicitadas transcurrido el 85% del plazo original del contrato, contraviniendo de esa forma lo estipulado en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas de este proyecto inmobiliario”.

1. Los hechos

Se solicita que, habiéndose referido extensamente a los hechos materia de este juicio, tanto en los escritos de demanda como de réplica, se tengan por expresamente reproducidas dichas afirmaciones, en todo aquello que resulte pertinente en relación con esta contestación, no obstante, que se referirá en particular a ciertas afirmaciones realizadas por la demandante reconvenzional.

1. En cuanto a los supuestos retrasos de XX, se expresa que la demandada insiste en alegar atrasos reiterados de XX en la entrega de antecedentes y documentación necesarios para ejecutar las obras contratadas, afectando de esa manera la ruta crítica del proyecto inmobiliario.

Se reitera que fueron precisamente los atrasos de ZZ lo que provocó que, desde un inicio, las obras sufrieran un retraso generalizado. Tales atrasos, no solo fueron imputables sino que constituyeron el efecto previsible de su inexperiencia en este tipo de obras y de retirar gran parte de su personal, trabajando a mínima capacidad.

Se expresa que la demandante reconvenzional no agrega antecedentes nuevos para fundar los supuestos atrasos y, respecto a los casos que señaló en la contestación de la demanda principal, XX se hizo cargo oportunamente de ellos, desechando todas las hipótesis intentadas por la parte de ZZ, en relación con supuestos retrasos imputables a mi representada.

2. En cuanto a los gastos generales y utilidades no cobradas, XX expresa que señala la demandante reconvenzional que “las obras adicionales solicitadas y ejecutadas en su gran mayoría se encuentran en

algunos de los presupuestos legales establecidos en el artículo 9.4 de las Bases Administrativas, por lo que además de retrasar la ejecución de las obras, ocasionaron evidentemente a ZZ gastos generales y utilidades no cobradas en su oportunidad a XX”.

Se expresa que, tal como lo señalaron en la parte correspondiente a las defensas y excepciones, niegan categóricamente la procedencia de dichos gastos y utilidades, toda vez que nunca concurrieron copulativamente los supuestos del artículo 9.4 de las Bases Administrativas.

Se reitera, en este sentido, los siguientes hechos expuestos en el escrito de réplica, que deben tenerse especialmente presente:

- Si bien es cierto las obras adicionales excedieron el 10% del monto del Contrato, se reitera el hecho de que ellas no alteraron la ruta crítica.
- Las obras no fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del Contrato. Lo que sucede es que, a consecuencia del atraso de la demandada en la ejecución de las obras, todas las etapas se fueron atrasando. De haberse cumplido por la demandada los plazos originalmente establecidos, las obras adicionales habrían caído dentro del 85% del período original de la obra. No puede entonces considerarse el plazo original para la aplicación de esta disposición contractual, ya que este no se respetó por la demandada y se produce el efecto perverso que termina beneficiándose de su propio atraso.

Se expresa que los atrasos de ZZ no son imputables a hechos de su representada, ya que la verdadera razón de ello fue su escasa experiencia en este tipo de construcciones y su mala evaluación económica del Contrato. Los atrasos de la demandada fueron una opción deliberada, una estrategia asumida por esta para traspasar sus errores de evaluación del proyecto.

Por lo anterior, no se adeuda ninguna cantidad por gastos generales ni utilidades, ya que todas las obras encargadas se encuentran comprendidas dentro del precio pagado por el Contrato.

3. En cuanto a la existencia de la transacción a que alude la demandada, se expresa que la demandante reconventional insiste en sostener la existencia y efectos de una supuesta transacción entre las partes. Una vez más, se reitera que dicha transacción nunca se perfeccionó y, por lo tanto, nunca pudo haber surtido efectos.

Se reitera que la estrategia de la demandada consistía en asumir las multas en su contra, e idealmente, obtener la mayor rebaja posible de XX. Entonces no puede menos que sorprender que ahora la demandada señale “haber hecho un gran sacrificio económico al aceptar pagar multas que a su juicio no correspondían”. Lo cierto es que la situación de la demandada no podría ser más conveniente; no cumplió con sus obligaciones contractuales, y hasta ahora, ha pagado menos de la décima parte de lo que le corresponde pagar por multas.

2. El derecho

En mérito de los hechos relatados, se opone a la demanda de autos las siguientes excepciones, alegaciones y defensas.

2.1 La compensación

Luego de transcribir el Artículo 1.655 del Código Civil, se añade que “se configuran los presupuestos necesarios para que haya operado, por el solo ministerio de la ley, la compensación entre las partes mi representada adeudaba a ZZ la suma de 9.700 UF por concepto del último estado de pago, y por su parte, la

demandada ZZ aún adeuda a mi representada la suma de 114.995 UF por concepto de multas”. “Por lo tanto, ambas partes son deudoras y acreedoras recíprocas de cantidades de dinero, líquidas y actualmente exigibles. En este sentido, la compensación ha extinguido totalmente la supuesta acreencia de ZZ, correspondiente a la suma de 9.700 UF, quedando aún un saldo a favor de mi representada de 105.295 UF”.

Finalmente, XX expresa que en base a los hechos relatados los argumentos de derecho anteriores, y las pruebas que arroje el proceso, solicita tener por opuesta a la demanda la excepción de compensación total de la supuesta deuda de 9.700 UF que la parte de ZZ cobra en su demanda reconvenzional a título de daño emergente producto de multas retenidas y declararla extinguida.

2.2 La mora de ZZ

Se expresa que el Artículo 1.552 del Código Civil señala que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos” y se agrega que, “como ya lo indicáramos extensamente en nuestra demanda y réplica, y en el capítulo de los hechos de esta contestación, es precisamente ZZ la parte que ha incurrido en mora respecto de sus obligaciones contractuales, tanto en relación con sus atrasos en la entrega de las obras, como en el no pago de las multas correspondientes, y adicionalmente en el no cumplimiento de su obligación de post venta. Los reembolsos correspondientes por estos conceptos, demandados por mi parte, no se han efectuado hasta la fecha”.

Se concluye que, en consecuencia, ZZ se encuentra impedida de exigir el cumplimiento de cualquier supuesta obligación incumplida por XX, en tanto no cumpla lo acordado y cumpla con sus obligaciones de post venta y de pagar a XX las sumas adeudadas y demandadas derivadas de los múltiples incumplimientos.

2.3 Falta de concurrencia de los requisitos para la indemnización contractual

Se expresa que sabido es que, para que proceda la indemnización por el incumplimiento de un contrato es menester que el que la demanda pruebe la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos:

- (i) Existencia de un contrato;
- (ii) Incumplimiento;
- (iii) Culpa o dolo;
- (iv) Mora del deudor;
- (v) Existencia de perjuicios.

Se expresa que no concurren en la especie algunos de estos requisitos. En primer lugar, según se ha expuesto precedentemente y se demostrará, XX ha cumplido íntegra y oportunamente sus obligaciones contractuales para con ZZ quien, por el contrario, no ha cumplido con su obligación de post venta y de pago de las multas por atrasos en la ejecución de las obras. Tampoco puede entonces hablarse de culpa o dolo por parte de XX, toda vez que las negligencias en el cumplimiento de sus obligaciones solo corrieron por parte de ZZ, como se probó oportunamente. De haber cumplido diligentemente ZZ con su parte del Contrato, no se habrían generado las multas demandadas y que la primera adeuda.

En cuanto a la mora, se expresa que puede probar que nunca ha estado en mora de sus obligaciones, estando extinguida la obligación de pagar la suma de 9.700 UF a la demandada por efecto de la compensación y conforme al Contrato.

Finalmente, se señala que es inexistente el supuesto daño que cobra ZZ en autos. En cuanto a las 9.700 UF que ZZ demanda como daño emergente, se ha explicado que tales cantidades se han compensado, por el solo ministerio de la ley, con las que ella misma adeuda conforme se ha alegado y se probará. Por su parte, los supuestos gastos generales y utilidades que demanda ZZ son conceptos que, según quedará acreditado en autos, nunca se han debido al tenor de lo establecido en las Bases Administrativas y en el Contrato.

Consecuentemente, tampoco es indemnizable el supuesto lucro cesante que derivaría de lo anterior, el cual en ningún caso consta.

Tampoco consta que exista un lucro cesante ni mucho menos un daño moral, toda vez que las personas jurídicas no son susceptibles de experimentar tales daños.

En consecuencia, no se cumplen en la especie los requisitos para que proceda la indemnización demandada reconvenzionalmente por ZZ y deberá declararlo así el Tribunal, rechazando la demanda reconvenzional en todas sus partes.

Finalmente, se solicita tener por contestada la demanda reconvenzional y rechazarla en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

H. Réplica reconvenzional

18. A fs. 175 ZZ evacua el trámite de la réplica respecto a la contestación de la demanda reconvenzional, rechazando todas las alegaciones contenidas en dicho escrito, en base a las consideraciones que siguen:

1. En cuanto a los retrasos del demandado reconvenzional

Se reitera que Inmobiliaria XX fue la que incumplió con sus obligaciones contractuales al retrasarse en la entrega oportuna de una serie de documentación indispensable para ejecutar las obras contratadas, afectando de esa manera la ruta crítica del proyecto inmobiliario y señala que los atrasos en la ejecución de las obras, se debieron básicamente a los motivos que se explicaron en la demanda reconvenzional, sobre atrasos en la entrega de los antecedentes; modificaciones por parte del mandante en las especificaciones técnicas del proyecto, y el encargo y la ejecución de más de 419 obras extras en la construcción que generaron no solo un aumento importante en los costos del proyecto sino que también generaron un aumento en los plazos contratados. Se agrega que esas obras extras que representaron más del 50% del presupuesto original contratado afectaron adicionalmente la ruta crítica del proyecto y, además, un número importante de ellas fueron solicitadas transcurrido el 85% del plazo original del contrato, contraviniendo de esa forma lo estipulado en los artículos 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas de este proyecto inmobiliario.

2. En cuanto a los gastos generales y utilidades no cobradas

Se expresa que se acreditará que la mayoría de las obras adicionales solicitadas por el mandante en este proyecto están comprendidas en el presupuesto legal establecido en el artículo 9.4 de las Bases Administrativas.

De los requisitos exigidos, se reconoce en el escrito de contestación que las obras adicionales excedieron el 10% del monto del Contrato, por lo que solo cabe acreditar que dichas obras afectaron la ruta crítica de la obra y fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del Contrato, por lo que resulta totalmente procedente demandar por el pago de los gastos generales y utilidades no percibidas por ZZ.

3. En cuanto al contrato de transacción

Se señala en el escrito de contestación de la demanda reconvenzional que ZZ insiste en su demanda reconvenzional sobre la existencia y validez del contrato de transacción.

Al respecto, ZZ expresa que, al contrario de lo indicado por el demandado reconvenzional, interpone esta demanda reconvenzional dado que XX desconoce la eficacia del contrato de transacción acordado por la partes, por lo que viene a través de esta demanda reconvenzional a solicitar el pago de las 9.700 UF que fueron retenidas sin título alguno por XX con sus respectivos reajustes e intereses, y demandar conjuntamente con ello por los gastos generales y utilidades no cobrados ascendentes a la cantidad de 12.000 UF y a demandar la cantidad de 5.000 UF por concepto de lucro cesante.

4. En cuanto a la excepción de compensación opuesta por el demandado reconvenional

Se expresa que debe desestimarse sin más trámite por cuanto no se cumplen en la especie los requisitos legales que hacen procedente aplicar la compensación, según el Artículo 1.656 del Código Civil que requiere que las deudas reúnan las calidades siguientes:

- 1° Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2° Que ambas deudas sean líquidas.
- 3° Que ambas sean actualmente exigibles.

Se señala que es evidente, por tanto, que el demandado reconvenional no puede oponer excepción de compensación a la cantidad retenida de 9.700 UF, por cuanto las eventuales multas que pretende cobrar, no solo no han sido determinadas por juez competente, sino que además como consecuencia de lo anterior, no son líquidas ni actualmente exigibles, con lo cual no se cumplen los presupuestos legales de los números 2 y 3 del Artículo 1.656 del Código Civil.

5. En cuanto a la mora

Se reitera que ZZ no se encuentra en mora en sus obligaciones contractuales, por lo que legalmente puede exigir a XX el cumplimiento de cualquier obligación contractual.

6. En cuanto a la existencia de los requisitos legales para solicitar indemnización contractual

Se señala que se acreditará en los requisitos legales que la facultan para demandar por los perjuicios ocasionados por daño emergente y por lucro cesante.

Finalmente, se solicita tener por evacuado el trámite de la réplica y, en definitiva, acoger en todas sus partes la demanda reconvenional con costas.

I. Dúplica reconvenional

19. A fs. 183 XX evacuó el trámite de dúplica de la demanda reconvenional manifestando el total rechazo a la versión de los hechos y a los erróneos argumentos de derecho expresados en ella por la demandante, y se reitera cada una de las alegaciones de hecho y las argumentaciones de derecho vertidas en el escrito de contestación, razón por la cual se solicita nuevamente el rechazo de la aludida demanda reconvenional, en todas sus partes, y con expresa condenación en costas, señalando:

1. En cuanto a los supuestos retrasos

Se reitera una vez más que fueron precisamente los atrasos de ZZ lo que provocó que, desde un inicio, las obras sufrieran un retraso generalizado. Tales atrasos solo fueron imputables a ZZ, y en ningún caso son imputables a hechos de XX y se recuerda que la verdadera razón de los atrasos de ZZ fue su escasa experiencia en este tipo de construcciones y su mala evaluación económica del contrato, y en el fondo, constituyeron parte de una opción deliberada, una estrategia asumida por esta para traspasar a XX sus errores de evaluación del proyecto.

2. En cuanto a los gastos generales y utilidades no cobradas

Se niega categóricamente la procedencia de dichos gastos y utilidades, toda vez que nunca concurrieron copulativamente los supuestos del artículo 9.4 de las Bases Administrativas.

Se reitera que las obras adicionales no alteraron la ruta crítica y ellas no fueron solicitadas una vez transcurrido el 85% del plazo original del Contrato, por las razones ya expresadas en el escrito de contestación.

Por lo anterior, no se adeuda ninguna cantidad por gastos generales ni utilidades, ya que todas las obras encargadas se encuentran comprendidas dentro del precio pagado por el contrato.

3. En cuanto a la existencia de la transacción

Se reitera que dicha transacción nunca se perfeccionó, por falta de consentimiento precisamente de parte de ZZ y, por lo tanto, nunca pudo haber surtido efectos.

4. La compensación

Se expresa que, según la demandada no se cumplirían los requisitos para que opere la compensación, toda vez que las prestaciones no serían ni líquidas ni actualmente exigibles.

A este respecto, se recuerda que el Artículo 1.656 del Código Civil señala que la compensación opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores. En este sentido, es importante tener presente lo señalado por Víctor Vial en cuanto que *“para que la compensación produzca sus efectos requiere que sea alegada, es decir, el deudor que fuere demandado para el cumplimiento de la obligación debe oponer en compensación el crédito que tiene en contra del acreedor. Sin perjuicio de lo anterior, alegada que fuera la compensación y acogida por el juez, se entiende que las obligaciones recíprocas se extinguen, no desde la fecha de la sentencia, sino que desde la fecha en que se cumplieron los requisitos para que opere por el solo ministerio de la ley”* (Vial del Río, Víctor; *“Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”*; Editorial Biblioteca Americana; 2007; p.369).

Se recalca que *“las obligaciones cuya compensación se alega son totalmente líquidas y exigibles. De acuerdo con la doctrina, una deuda es líquida cuando se tiene certidumbre de su existencia y se conoce el monto de la misma, o este último puede conocerse por una simple operación aritmética. Y actualmente exigible, es la deuda que se puede exigir de inmediato, sin que haya un plazo del que dependa su exigibilidad o una condición de la que dependa su nacimiento”* (Vial del Río, Víctor; ob. Cit; p. 367).

Se agrega que se configuran los presupuestos necesarios para que haya operado, por el solo ministerio de la ley la compensación entre las partes. XX adeudaba a ZZ la suma de 9.700 UF por concepto del último estado de pago (suma que es, a todas luces líquida), y por su parte, la demandada ZZ aún adeuda a XX la suma de 114.995 UF por concepto de multas.

Se señala que la compensación, por tanto, ha extinguido totalmente la supuesta acreencia de ZZ, correspondiente a la suma de 9.700 UF, quedando aún un saldo a favor de XX de 105.295 UF.

Se reiteran las ideas anteriormente expuestas en la contestación a la reconvenición, respecto de la mora de ZZ, y la falta de los requisitos para que proceda la indemnización contractual demandada.

Finalmente, se solicita tener por evacuada la dúplica reconvenicional y, en definitiva, rechazar la aludida demanda reconvenicional, en todas sus partes, y con expresa condenación en costas.

IV. CONCILIACIÓN

20. A fs. 188 consta la resolución de 30 de junio de 2009 que cita a las partes a audiencia de conciliación a celebrarse con fecha 14 de julio y a fs. 192, 196 y 198 constan los comparendos de conciliación y de las diligencias llevadas a cabo por el Tribunal con las partes, en forma separada y conjunta, sin que se hubiere llegado a acuerdo.

V. AUTO DE PRUEBA

21. a) Con fecha 6 de agosto de 2009, se dicta la resolución que recibe la causa a prueba y que tiene el siguiente tenor: "Habiendo concluido los trámites que deben preceder a la prueba, recíbese la causa a prueba y fíjense como hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer la prueba los siguientes:

- 1° Oportunidad u oportunidades en que se produjo la recepción provisoria de las obras y si esta se hizo dando cumplimiento a lo convenido en el Contrato de Construcción y en caso de haber existido observaciones, en qué consistieron y medidas que se tomaron para solucionarlas.
- 2° En qué consistieron las obras extras, su monto, oportunidad en que se solicitaron.
- 3° Si los atrasos en la ejecución de las obras son imputables al demandante o al demandado; en qué consistieron tales atrasos y monto de los perjuicios que habría producido a las partes.
- 4° Si existió recepción definitiva de las obras y oportunidad de la misma.
- 5° En qué consistía la obligación de post venta, fechas entre las cuales la misma habría estado vigente y si el demandado principal ha dado cumplimiento a ella. En caso de incumplimiento, en qué consistió y monto de los perjuicios sufridos por el demandante.
- 6° Si se celebró entre las partes un contrato de transacción, cuáles fueron sus términos, oportunidad en que se habrían celebrado y efectos jurídicos que habría producido.
Efectividad de que, con motivo de lo anterior, la demandante principal retuvo 9.700 UF del monto adeudado a la demandada principal.
- 7° Si no se hubiere celebrado un contrato de transacción, procedencia del pago de 9.700 UF retenidas por parte de la demandante principal a ZZ y procedencia y monto del pago de gastos generales y lucro cesante que le debería hacer la demandante principal a ZZ

Luego de encontrarse ejecutoriada la presente resolución, se procederá de acuerdo a lo estipulado en el N° 5 del acta del comparendo de 7 de enero de 2009.

b) La resolución precedente fue objeto de reposición interpuesta por la demandante principal, quedando firme luego de ser tramitado el incidente respectivo que se resolvió con fecha 21 de agosto de 2009 según consta a fs. 221".

VI. PRUEBA RENDIDA

A) 22. Testimonial

A fs. 228 XX presentó lista de testigos incluyendo a los señores:

- 1.- C.M., quien declaró a fs. 237;
- 2.- G.L., que prestó una declaración a fs. 338; y
- 3.- M.M., quien prestó declaración a fs. 388.

A fs. 230 ZZ presentó lista de testigos de los cuales declararon los señores:

- 1.- F.G., a fs. 376;
- 2.- F.V., a fs. 352;
- 3.- W.V., a fs. 394.

Ninguno de los testigos presentados por las partes fue objeto de tacha.

B) 23. Documentos acompañados por las partes

1. A fs. 1, junto a la Solicitud de Arbitraje formulada por XX, esta acompañó documentos denominados “Contrato de Construcción por Suma Alzada entre XX y ZZ” y “Bases Administrativas. Edificio XX”.
2. A fs. 241 ZZ acompañó documento denominado Certificado de Recepción Definitiva de Obras de Edificación, emitido por la I. Municipalidad de Lo Barnechea con fecha 2 de febrero de 2007, el cual se tuvo por acompañado mediante resolución de fs. 117.
3. A fs. 241 XX acompañó los siguientes documentos que, según la individualización que ella hizo de los mismos, consisten en: (1) Carpeta que contiene el Proyecto de la Constructora ZZ para realizar la obra Edificio XX; (2) Archivador (N°1) que contiene prueba documental relativa al atraso de ZZ en la construcción de la obra Edificio XX, consistente en correspondencia vía e-mail y correo entre Inmobiliaria TR1, ZZ y terceros involucrados en la obra; fotocopias de facturas y estados de pago de obras ordinarias y extraordinarias; y actas de entrega provisoria de departamentos del Edificio XX; (3) Dos archivadores (N°s 2 y 3) que contienen prueba documental relativa al incumplimiento de ZZ de la obligación de post venta de la obra Edificio XX y que contienen correspondencia vía e-mail y correo entre TR1, ZZ y terceros involucrados en la obra; fotocopias de facturas y boletas correspondientes a los gastos incurridos por XX en trabajos de post venta; y fotografías de defectos de construcción detectados en diversos departamentos de la obra Edificio XX; y (4) Cuatro archivadores (N°s. 4, 5, 6 y 7) que contienen copias de actas de obras extraordinarias y los antecedentes vinculados a cada una.
4. A fs. 258, por su parte, ZZ acompañó los siguientes documentos que, según la individualización que ella hizo de los mismos, consisten en: (1.1.1) “Cuadro N°1” y “cuadro N°2” que dan cuenta del proceso de recepción de los departamentos; (1.1.2) Notas Libro de Obras (L.O.): “L.O. N° 5 - Folio 47”; “L.O. N° 7 – Folio 21”; “L.O. N° 6 – Folio 21”; “L.O. N° 7 – Folio 27”; “L.O. N°8 – Folios 09 y 18”; (1.1.3) “L.O. N° 7 – Folio 14”, “L.O. N° 6 – Folio 37”, “Fichas de revisión de departamentos (FRD)” y “Ficha de entrega de departamentos”; (1.1.4) Carta de fecha 21 de septiembre de 2006 de ZZ a la Inmobiliaria XX; (1.2.1) Planillas que dan cuenta de las observaciones emitidas por la persona designada por la Inmobiliaria para el proceso de revisión recepción provisoria de los departamentos 11, 21, 22, 32, 41, 42, 51, 52, 61, 62; (1.4.1) “Entrega provisoria ficha de departamentos” para departamentos 11, 21, 22, 32, 41, 42, 51, 52, 62 y 72; (1.4.2) “Nota del Libro de Obras N° 5 – Folio 27 de fecha 13-04-06” y “E-mail de 13-12-06 de Inmob. (G.L.) a H.C. (ITO) de Inmob.”, adjuntando observaciones de post venta emitidas por el propietario del departamento 61”; (1.5.1., 1.5.2 y 1.5.3) “Copia del Libro de Obra N° 8 – Folio 9 de fecha 04-10-06”, “Copia del Libro de Obra N°8 – Folio 18 de fecha 16-10-06” y “Copia del Libro de Obra N° 8 – Folio 33 de fecha 09-11-06”; (2.1.1) Set de 21 fotografías que dan cuenta de la situación del terreno; (2.1.2) “Listado de todas las obras extraordinarias presentadas (419).Monto y oportunidad”; (2.2.1) “Listado de las obras extras aprobadas, monto y oportunidad (237)”; (2.2.2) “Listado de las obras extras aprobadas solicitadas después del 85% del plazo (181) y su monto”; (2.2.3) “Listado de las obras extras aprobadas (134) solicitadas después del 85% del plazo incluido el aumento de 126 días de plazo y su monto”; (2.2.4) “Listado de todas las obras extras (165) aprobadas y pagadas montos y oportunidad”; (2.2.5) “Listado de obras extras que afectaron la ruta crítica”; (2.2.6) Fotocopia de 17 facturas, con su respectivo detalle que da cuenta de los estados de pago por obras extraordinarias ejecutadas en el Edificio XX; (2.2.7) Cajas 1 de 2 que contienen respaldo de las obras extraordinarias comprendidas entre los números 1 al 160, y la caja 2 de 2 con las obras extraordinarias comprendidas entre los números 161 al 419; (3.1.1) Carta Gantt propuesta por ZZ; (3.1.2.) “Libro de Obra N° 1 – Folio 1 de fecha 11-02-05”, “Libro de Obra N° 1 – Folio 1 de fecha 14-02-05”, “Libro de obra N° 1 Folio 4 de fecha 22-02-05” y carta de ZZ a Inmobiliaria de fecha 15-02-05, “Libro de obra N°1 Folio 3 de fecha 17-02-05”, “Libro de obra N°1 Folio 5 de fecha 23-02-05”, “Libro de obra N°1 Folio 08 de fecha 07-03-05”, “Libro de obra N°1 Folio 16 de fecha 06-04-05”, carta del 15-03-05 de ZZ a XX, “Libro de Obra N°1 Folio 13 de fecha 30-03-05”, correo electrónico de ZZ a XX de fecha 04-04-05, Acta de Reunión de Obra N° 06, “Libro de Obra N°1 Folio 18 de fecha 12-04-05”, “Libro de Obra N°1 Folio 20 de fecha 22-04-05”, correo electrónico de ZZ a XX de fecha 25-04-05, “Libro de Obra N°1 Folio 26 a 28

de fecha 04-05-05”, “Libro de Obra N°1 Folio 29 de fecha 10-05-05”, correo electrónico de ZZ a XX de fecha 10-05-05, “Libro de Obra N°1 Folio 30 de fecha 17-05-05”, Acta de Reunión de Obra N° 11, correo electrónico de ZZ a XX de fecha 18-05-05, “Libro de obra N°1 Folios 31 y 32 de fecha 20-05-05”, carta de fecha 26-05-05 de ZZ a XX, “Libro de obra N°1 Folios 11, 18, 20, 22, 26, 27 y 28”, correo electrónico de ZZ a XX de fecha 25-05-05, carta del calculista señor M.S. al señor C.M. de fecha 24-06-05, “Libro de Obra N°2 Folio 3”, “Libro de Obra N°2 Folio 24”, carta de fecha 17-08-05 de ZZ a XX, “Libro de Obra N°2 Folio 28”, carta de fecha 12-09-05 de ZZ a XX, “Libro de Obra N°2 Folio 42”, “Libro de Obra N°3 Folio 10”, Acta de Reunión de Obra N°23, Acta de Reunión de Obra N° 34, “Libro de Obra N°3 Folios 23, 34, 36 y 38”, Acta de Reunión de Obra N° 40 y 41, “Libro de Obra N°3 Folios 46, 47, 48 y 49”, Acta de Reunión de Obra N° 42, “Libro de Obra N°4 Folio 01 y 03”, Acta de Reunión de Obra N° 44, “Libro de Obra N°4 Folio 7, 11, 12, 14, 15, 24, 35, 37, 41 y 46”, “Libro de Obra N°5 Folio 35, 39 y 40”, Acta de Reunión de Obra N° 58, “Libro de Obra N°5 Folio 43”, Acta de Reunión de Obra N° 59, “Libro de Obra N°5 Folio 47, 48, 49 y 60”, “Libro de Obra N°6 Folio 4, 11, 12, 16, 18, 25, 26, 32, 33, 40, 41, 45, 46 y 50”, “Libro de Obra N°7 Folio 2, 10, 11, 14, 18, 21 y 22”, “Libro de Obra N°8 Folio 03”, “Libro de Obra N°8 Folio 07”, y “Libro de Obra N°8 Folio 28”; (3.1.3) “Listado Control y Modificación de Planos” y Registro General de Control de Consultas; (3.1.4) Carta Gantt del programa impactado al cual se han incorporado las obras extras aprobadas por la Inmobiliaria, las modificaciones en las especificaciones técnicas de la obra gruesa, los atrasos en la entrega de información y la desratización ejecutada al inicio de las obras; (3.1.5) “Libro de Obra N° 2 – Folio 8 de fecha 22-07-07”, correo electrónico de ITO a Inmobiliaria de fecha 23.09-05, correo electrónico de Inmobiliaria a ITO de fecha 23-09-05, “Libro de Obra N°3 Folio 34”, “Libro de Obra N°4 Folio 32”, “Libro de Obra N°4 Folio 33”, “Libro de Obra N°5 Folio 08”, “Libro de Obra N°5 Folio 16”, “Libro de Obra N°5 Folio 27 y 39”, y “Libro de Obra N°6 Folio 28”; (3.1.7) “Cuadro de los perjuicios producidos a la Constructora por no pago de gastos generales, por la cantidad de 12.131,19 UF”; (4.1.) “Factura N° 5261”, “Cuadro resumen transacción”, “Cuadro resumen estados de pago” y “facturas y detalles de los estados de pago”, Factura N° 005261, “cuadro resumen transacción”, “cuadro resumen de los estados de pago”, “facturas y detalles de los estados de pago”; (5.3.1) “Cronograma de equipo participante”; (5.3.2.) Lista de observaciones del propietario departamento 22 de fecha 04-10-06, carta de ITO a Constructora de fecha 30-10-06, correo electrónico de señor G.L. a Constructora de fecha 02-11-06, correo electrónico de señor P.P. a XX de fecha 21-11-06, memo de Constructora a Inmobiliaria de fecha 17-10-06, correo electrónico de G.L. a ITO de fecha 13-12-06, correo electrónico de ITO (señor H.C.) a la Constructora (señor J.C.) de fecha 02-01-07; (5.3.3) correo electrónico de Inmobiliaria a la Constructora de fecha 31-01-07, cuadro resumen de las anotaciones en el Libro de Obras; (5.3.4) cuadro resumen del proceso de solución de observaciones por departamento, correo electrónico de Inmobiliaria a Constructora de fecha 08-05-07, correo electrónico de Inmobiliaria (ITO) a Inmobiliaria señor C.M. de fecha 15-07-08, correo electrónico de la Inmobiliaria (ITO) a Constructora de fecha 09-10-08, primera observación corresponde a Constructora, segunda observación de la Constructora, tercera observación corresponde a Constructora, cuarta observación corresponde a Constructora, y quinta observación corresponde a Constructora; (5.3.5.1) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con TR2”, (5.3.5.2) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con TR3”; (5.3.5.3) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con TR4”; (5.3.5.1) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con TR5”; (5.3.5.5) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con R.A.”; (5.3.5.6) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con J.M.”; (5.3.5.7) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con P.M.”; (5.3.5.8) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con L.F.”; y (5.3.5.9) “Subcontrato de Post Venta suscrito por ZZ con E.P.”.

5. A fs. 325, con fecha 14 de septiembre de 2009, el Tribunal tuvo por acompañados los documentos en la forma establecida en número 5° del Acta de Comparendo de 7 de enero de 2009 y concedió a las partes plazo hasta el día 2 de octubre de 2009 para su objeción, señalándose al mismo tiempo, en cada caso la individualización, atendiendo a su presentación material y rótulo formulado por cada parte. Se estableció, asimismo, que los documentos acompañados, de los cuales cada parte recibió

copia de la contraria, se conservaron por el Tribunal en los archivadores y cajas en que fueron presentados, no agregándose al cuaderno principal de autos.

6. A fs. 399 XX formula diversas observaciones respecto de los documentos presentados por ZZ y a fs. 411 ZZ objeta diversos documentos de XX.
7. A fs. 433 se resuelve por el Tribunal tener presente las consideraciones y observaciones formuladas y por objetados los documentos en los términos de su objeción, sin perjuicio del valor probatorio que les asigne la sentencia definitiva, de acuerdo al mérito del proceso.
8. A fs. 509 XX acompañó una copia del Anexo N° 2 del contrato de autos, el cual se tuvo por acompañado a fs. 510 y fue objetado por ZZ a fs. 514, por corresponder solo a un borrador de los que circularon entre las partes, agregando observaciones adicionales relacionadas con su mérito probatorio. El Tribunal tuvo por objetado el documento, sin perjuicio de lo que en definitiva se resolviera en cuanto a su valor probatorio.
9. A fs. 562 XX acompañó los siguientes documentos que, según la individualización que ella hizo de los mismos –y que fueron acompañados materialmente a fs. 595-, consisten en: (1) Carta Gantt enviada por ZZ a XX el 9 de noviembre de 2005; (2) E-mail dirigido por don A.P. (ZZ) a don C.M. (Inmobiliaria), de fecha 15 de mayo de 2006; y (3) Carta Gantt correspondiente a la proyección de obras entregada por ZZ referida en el numeral (1) anterior, impactada por las obras extraordinarias solicitadas con posterioridad a ella.
10. A fs. 627 el Tribunal tuvo por acompañados los documentos referidos en el numeral anterior, y a fs. 633 ZZ los objetó.
11. A fs. 638 se resuelve por el Tribunal tener por objetados los documentos de fs. 595, en la forma efectuada a fs. 638.

C) 24. Exhibición de documentos

A fs. 373 ZZ solicita se ordene la exhibición del estudio de mecánica de suelos elaborado para la ejecución del proyecto inmobiliario, a fs. 375 se da lugar a lo solicitado y a fs. 433 se fija para la audiencia el día 14 de octubre de 2009, la que se lleva a cabo agregándose los documentos a los autos, con citación, para que puedan ser observados dentro del plazo de cinco días. Sin perjuicio de lo anterior, a fs. 465 se agrega posteriormente una copia firmada por la Oficina Consultora.

D) 25. Absolución de posiciones

A fs. 497 se llevó a cabo la audiencia de absolución de posiciones de don G.V. en representación de XX.

E) 26. Informe pericial

A fs. 241 XX solicita se ordene practicar un informe pericial para determinar el mayor plazo que tendría derecho ZZ por efecto de las obras extraordinarias efectuadas en la construcción del edificio y de cada una de sus etapas, y a fs. 505 habiendo acuerdo entre las partes en cuanto a su designación y en la persona que desempeñaría el cargo, el Tribunal designó para tal efecto al ingeniero civil, don PE, quien aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible según acta de fs. 504.

A fs. 506 consta el Acta de Reconocimiento de 17 de noviembre de 2009 en que se precisa por las partes el alcance del peritaje.

A fs. 519, se pone en conocimiento de las partes el informe pericial de fs. 520 para los efectos de que se formulen observaciones.

A fs. 556 ZZ presenta sus observaciones, y a fs. 562 XX promueve incidente de nulidad del informe pericial, con el carácter de previo y especial pronunciamiento.

A fs. 592 se confiere traslado a ZZ del escrito de fs. 567, el que es evacuado a fs. 620 y se decreta autos para resolver.

A fs. 630 se ordena poner en conocimiento del perito las observaciones al peritaje formuladas por las partes con el objeto de que haga sus comentarios si lo estima conveniente.

A fs. 639 XX solicita reponer la resolución de fs. 630 y el Tribunal a fs. 641 le niega lugar precisando que lo solicitado al perito es que haga sus comentarios, si lo estima conveniente, a las observaciones al peritaje y en lo que a su carácter técnico se refiere.

A fs. 642, se rechaza la solicitud de nulidad del informe pericial en los siguientes términos:

“Santiago, junio 23 de 2010

Resolviendo la presentación de fs. 562 en que se solicita por la demandante principal se declare la nulidad del informe pericial de fs. 520 y **CONSIDERANDO:**

1° El fundamento de la solicitud y lo expuesto por la parte demandada a fs. 556;

2° Que el informe pericial fue emitido por el perito señor PE, conocido ingeniero civil, previo acuerdo de las partes y luego de haber aceptado el cargo, jurado desempeñarlo fielmente y practicado el reconocimiento previsto en la ley;

3° La presentación del perito de 21 de junio de 2010, que se adjunta a esta resolución mediante la cual se hace cargo de las observaciones del peritaje formuladas por las partes y que se agrega al expediente a fs. 643;

4° Lo dispuesto en el Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil que dispone que los Tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos de conformidad con las reglas de la sana crítica;

5° Que del examen del peritaje no se desprende antecedente alguno que sea conducente a la declaración de nulidad solicitada, ya que ilustra al Tribunal sobre las materias consultadas y entre ellas, lo que se refiere a las obras extraordinarias y su impacto en el plazo contractual, facilitando así la apreciación de la prueba y el conocimiento por parte del Tribunal de diversos aspectos relacionados con el desarrollo de la obra contratada.

6° A lo expuesto debe agregarse que, tratándose de un arbitraje que debe resolverse de acuerdo a la prudencia y equidad del sentenciador, el Tribunal está facultado para apreciar el peritaje de acuerdo a sus términos y conclusiones.

Con el mérito de lo expuesto

RESUELVO: Se rechaza el incidente de fs. 562 y cítese a las partes a oír sentencia”.

A fs. 657 XX solicita reposición de la resolución de fs. 642 y, a fs. 663, se le niega la solicitud en los siguientes términos:

“Santiago, julio 1 de 2010:

Atendido a lo dispuesto en el Artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, las disposiciones contenidas en el Párrafo 2 del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, lo establecido en las normas de procedimiento acordadas por las partes con fecha 7 de enero de 2009, y lo resuelto a fs. 641, resuelvo:

No ha lugar a la reposición de fs. 657 que solicita dejar sin efecto la resolución que niega lugar a la declaración de nulidad del peritaje de fs. 520 y se declara que ello es sin perjuicio de la apreciación del peritaje que hará el Tribunal al emitir el fallo, de conformidad a sus facultades.

Se hace presente al abogado que suscribe la presentación en que recae esta resolución que el escrito contiene términos que no son compatibles con un adecuado comportamiento ante este Tribunal Arbitral”.

VII. CITACIÓN PARA OÍR SENTENCIA

Según se ha expresado en la resolución de 23 de junio de 2010, a fs. 642, se citó a las partes para oír sentencia.

VIII. CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS OBSERVACIONES Y OBJECIONES DE DOCUMENTOS

Primero: Que a fs. 399 XX evacuó el traslado que le fue conferido a fs. 325 respecto a los documentos presentados por ZZ en su escrito de fs. 258, efectuando las siguientes observaciones, según la numeración establecida en ese escrito, por las razones que se indican a continuación:

- (a) Documentos signados con los números 1.1.1), 1.1.2), 1.1.3), 1.2.1), 1.4.1), 1.4.2), 1.5.1), 1.5.2) y 1.5.3): XX observó estos instrumentos expresando que los mismos serían fotocopias o impresiones elaboradas por la propia Constructora ZZ, sin que le conste su integridad y que, por lo mismo, deberán ser cotejados y complementados por los documentos que ella acompaña en el juicio, agregando otras observaciones adicionales relativas a su mérito probatorio;
- (b) Documento signado con el número 1.1.4): XX observó este instrumento por tratarse de una fotocopia, haciendo una observación adicional en cuanto a su mérito probatorio;
- (c) Documentos incluidos en el Archivador signado como Punto de Prueba N° 2: XX observó estos documentos por ser copias simples respecto de los cuales no le constaría su integridad ni autenticidad y que, a mayor abundamiento habrían emanado de la propia Constructora ZZ la cual -agrega- incluso habría confeccionado algunos de ellos, sin perjuicio de observaciones adicionales en cuanto a su mérito probatorio;
- (d) Documentos incluidos en el Archivador signado como Punto de Prueba N° 3: XX observó estos documentos por ser fotocopias o impresiones elaborados por ZZ, respecto de los cuales no le constaría su integridad ni autenticidad, indicando que, por lo mismo, estos deberían ser cotejados y complementados con los documentos que ella acompaña en el juicio, haciendo observaciones adicionales en cuanto a su mérito probatorio;
- (e) Documentos incluidos en el Archivador signado como Punto de Prueba N° 4: XX observó estos documentos señalando que los mismos no dicen relación con la recepción definitiva de las obras, como pretendería ZZ, agregando que el cuadro contenido en los mismos constituye una impresión

elaborada por la propia Constructora ZZ y, a mayor abundamiento, haciendo observaciones adicionales en cuanto a su mérito probatorio;

- (f) Documentos incluidos en el Archivador signado como Punto de Prueba N° 5: XX observó estos documentos por tratarse de fotocopias o impresiones elaboradas por la propia Constructora ZZ, haciendo una observación adicional en cuanto a su mérito probatorio;
- (g) Documentos incluidos en las cajas acompañadas en autos y que se individualizaron como “Caja de documentos signada como Planos de Cálculo. Propuesta y Construcción. Punto de Prueba N° 1 y N° 2”, “Obras Extraordinarias, desde 1 al 160. Puntos de Prueba N° 1 y N° 2” y “Obras Extraordinarias, desde 161 al 419. Puntos de Prueba N° 1 y N° 2”: XX observó estos instrumentos, señalando que no le consta su integridad y que, por lo mismo, estos deberían ser cotejados y complementados con los documentos que ella acompaña en el juicio, agregando que “será el perito que se designe en estos autos quien deberá determinar las conclusiones que de ellos emanen, específicamente determinar si el atraso que sufrieron las obras fueron o no razonables de acuerdo a las prácticas habituales del mercado de la construcción, y en definitiva cuál sería el mayor plazo (sobre el plazo del contrato) a que tendría derecho la demandada por efecto de las obras extraordinarias efectuadas en la construcción de la obra Edificio XX, y cada una de sus etapas”.

Segundo: Que a fs. 411, 514 y 633 ZZ objetó y observó los siguientes documentos presentados por XX en sus escritos de fs. 241, 509 y 562, respectivamente, según la numeración establecida en esos escritos, por las razones que se indican a continuación:

- (a) Documentos “acompañados por XX en la última separación del Archivador N° 1”: ZZ objeta los “documentos acompañados respecto al Depto. N° 41”, por carecer de fecha y de firma; objeta “los documentos referidos a algunas observaciones de: Bodegas, Estacionamiento Sur, Cocina Conserje, Baño Conserje, Sala Bomba, Grupo eléctrico”, por no constarle su integridad ni autenticidad, así como tampoco su fecha de emisión; agregando observaciones adicionales en cuanto al mérito probatorio de estos instrumentos;
- (b) Documentos “presentados por la demandante en Carpeta Anillada que contiene el Proyecto”: ZZ objeta “la Carta Gantt del proyecto acompañada por la parte demandante” por su supuesta falsedad ideológica, esto es, por cuanto aquella no habría sido la Carta Gantt utilizada en el proyecto de autos;
- (c) Documentos presentados por XX en los Archivadores N° 1, 2 y 3: ZZ objeta aquellos que individualiza como relacionados con “Correspondencia Post Venta”, por falta de integridad, en consideración a que los mismos no incluirían los instrumentos que -según ella- dan cuenta de que los problemas a que se refieren los documentos objetados, habrían sido solucionados; y aquellos que individualiza como relacionados con “Gastos de Post Venta”, por haber emanado de terceros extraños al juicio que no los han reconocido en él, no constándole su autenticidad; agregando en todos los casos observaciones adicionales en cuanto a su mérito probatorio;
- (d) Set de fotografías incluidas en el Archivador signado bajo el número 3: ZZ objeta estos instrumentos por falta de autenticidad, dado que carecen de fecha cierta, emanarían de un tercero que no se identifica y que no las ha reconocido en el juicio, agregando que las fotografías no permiten asociar cada imagen a un departamento en particular.
- (e) Copia del Anexo N° 2 del Contrato: ZZ objetó este documento por corresponder a un borrador de los que circularon entre las partes, agregando observaciones adicionales relacionadas con su mérito probatorio.

- (f) Carta Gantt enviada por ZZ a XX el 9 de noviembre de 2005: ZZ objeta este documento por falta de autenticidad, al no constar en el mismo su autor y por carecer de fecha cierta, agregando consideraciones adicionales sobre su valor probatorio;
- (g) Carta Gantt correspondiente a la proyección de obras entregada por ZZ referida en el literal anterior, impactada por las obras extraordinarias solicitadas con posterioridad a ella: ZZ objeta también este documento por falta de autenticidad, al no constar en el mismo su autor y por carecer de fecha cierta, agregando consideraciones adicionales sobre su valor probatorio;
- (h) E-mail dirigido por don A.P. (ZZ) a don C.M. (Inmobiliaria), de fecha 15 de mayo de 2006: ZZ objeta este documento por no constarle su autenticidad y por no haber sido acompañado en forma legal.

Tercero: Que, analizadas las objeciones y observaciones de documentos referidas en los considerandos primero y segundo precedentes, se concluye que, en todos los casos, ellas dicen relación con meras observaciones relativas al valor probatorio que las partes estiman que se debería asignar a los diferentes instrumentos acompañados y que, por el contrario, no se fundan en causales que lleven a desechar estas pruebas en cuanto tales. Teniendo presente lo anterior y, además, en cualquier caso, considerando especialmente el carácter de Árbitro Arbitrador con que las partes invistieron a este sentenciador, y que de acuerdo con el Artículo 30 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago que rige estos autos, el valor de los medios de prueba presentados por las partes debe ser apreciado en conciencia, se rechazarán las objeciones de documentos planteadas -tal como se dirá en la parte resolutive de este fallo-.

Se deja constancia de que, atendido el carácter de Árbitro Arbitrador del sentenciador y considerando lo dispuesto por el antes referido Artículo 30 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, todos los medios de prueba presentados en autos serán analizados y valorados en conciencia, de acuerdo con las normas de la sana crítica, haciéndose mención expresa a ellos en la medida que esta sentencia se refiera a los mismos, en cuanto fuere pertinente en las consideraciones que se efectuarán a continuación.

EN CUANTO AL FONDO

Cuarto: Atendido lo expuesto en la parte expositiva de este fallo, es posible sostener que el conflicto surgido entre las partes se sustenta fundamentalmente en el incumplimiento en que, según la actora principal, habría incurrido la demandada respecto del plazo contractual convenido para la ejecución de la obra. Por lo mismo, este Árbitro procederá a determinar si existió o no dicho incumplimiento y, de haber existido, establecerá cuáles fueron sus consecuencias en relación a las obligaciones que emanan del contrato que vinculaba a las partes. Al mismo tiempo, y por su relación con los efectos que ello tendría en las alegaciones planteadas en autos, se dilucidará si se acordó o no por las partes la transacción referida en los escritos presentados en la etapa de discusión, y los efectos que habría producido, de haber existido.

Luego de determinado lo anterior y a la luz de esas conclusiones, se podrán precisar las prestaciones que corresponden a las partes de acuerdo a la demanda principal y a la demanda reconvenzional.

Quinto: Dada la importancia que para una correcta determinación de los derechos de las partes en este litigio que se hará más adelante, es preciso pronunciarse desde ya respecto a si jurídicamente existió o no la transacción alegada por ZZ que se habría acordado en marzo de 2007 y en cuya virtud, con el objeto de evitarse por ZZ el pago de una multa por atraso en la ejecución de las obras, se habría acordado que XX retuviera de un estado de pago adeudado por el monto de 12.647 UF, IVA incluido, la suma de 9.700 UF, pagando a ZZ solo la cantidad de 2.946 UF.

Sexto: Ambas partes están contestes en que entre ellas circuló el texto de un contrato de transacción y en que el mismo no fue suscrito por ellas, estando de acuerdo también en que dicho texto incluía como una de las concesiones recíprocas de ZZ la obligación de entregar a XX una boleta de garantía por la post venta por la cantidad de 4.389,24 UF. Habiendo alegado XX que las partes nunca prestaron su consentimiento a la transacción y habiendo reconocido ZZ a fs. 166 que las partes nunca consintieron en la entrega de dicha boleta bancaria de garantía, se debe concluir que nunca se formó el consentimiento de las partes en torno al texto del contrato de transacción antes referido. En cuanto a la alegación de ZZ en el sentido de que las partes habrían convenido un contrato de transacción antes de recibir el antes referido texto de contrato, que no habría incluido la obligación de entregar la señalada boleta de garantía, debe ser rechazada, desde que ZZ no rindió prueba respecto a su existencia según lo establecido en el punto 6° del Auto de Prueba. Por todo lo anterior, debe concluirse que la pretendida transacción no se perfeccionó y, por lo tanto, no puede invocarse por la demandada ni puede haber producido efecto alguno en relación a la aplicación de multas por atraso que pudieren haberse considerado por las partes como elemento de la transacción y corresponde, por ello, que se restituya a ZZ la suma de 9.700 UF retenida con sus respectivos intereses, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

Séptimo: Con el objeto de resolver acerca de las discrepancias surgidas se acordó que se practicara un peritaje, dada la complejidad del asunto debatido, ya que sería necesario evaluar técnicamente tales diferencias que implicaban la procedencia o no de importantes prestaciones entre las partes, atendiendo al cumplimiento que se hubiere dado por ellas a las obligaciones asumidas en el Contrato.

Octavo: De acuerdo a lo señalado en el considerando anterior y en E 26 de la parte expositiva de esta sentencia, con el acuerdo de ambas partes, se designó perito al ingeniero civil, don PE, quien con fecha 14 de mayo de 2010 presentó el Informe Pericial que fue agregado a fs. 520 y que se pronuncia sobre los siguientes puntos:

Punto 1. Determinar en qué consistieron las obras extraordinarias, oportunidad en que se solicitaron, monto de las mismas y si afectaron o no la ruta crítica de la obra.

Punto 2. Determinar cuál sería el mayor plazo del contrato a que tendría derecho ZZ por efecto de la ejecución de las obras extraordinarias.

Punto 3. Determinar el monto de los gastos incurridos por XX en las obras de post venta.

Punto 4. Determinar el número de días de atraso de ZZ en la atención de post venta, respecto a los problemas y defectos de construcción.

Noveno: Los fundamentos y conclusiones del peritaje se examinarán más adelante al analizarse en los respectivos considerandos cada una de las peticiones de la demanda y de la reconvención, que hayan sido objeto del peritaje, el que se apreciará de acuerdo a lo señalado en el Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, este es de acuerdo a la sana crítica.

Décimo: Con relación al peritaje practicado llama la atención que se haya objetado por XX que se hubieren puesto las observaciones de las partes en conocimiento del perito para que se hiciera cargo de las mismas, pues ello es de ordinaria recurrencia y, a mayor abundamiento, consta de la carta del perito de fs. 503, conocida y aprobada por las partes, que el honorario profesional estipulado contemplaba una cuota de 5% que se pagaría con posterioridad a las consultas que pudieren formularse por las partes, esto es, con posterioridad a su presentación al Tribunal y de su recepción por las partes para su conocimiento y observaciones.

Undécimo: Dado que no se habría dado cumplimiento por ZZ a las obligaciones asumidas en el Contrato, a fs. 86 la demandante solicita se condene a ZZ al pago de 114.995 UF a título de multa por atraso en la entrega final de la obra; a 14.400 UF a título de multa por atraso en cumplir la obligación de post venta; y al pago de 4.500 UF a título de perjuicios causados por incumplimiento de la obligación de post venta.

Duodécimo: En relación con la aplicación de la multa por atraso en la entrega de las obras, teniendo en consideración las declaraciones efectuadas por las partes en sus respectivos escritos presentados en la etapa de discusión; lo expuesto por XX a fs. 583, en el sentido de que “si el perito se hubiera abocado a efectuar el análisis precedente sobre la base de la propia confesión de ZZ al 9 de noviembre de 2005, habría podido llegar a determinar que ZZ debió entregar las obras, a más tardar, el día 15 de agosto de 2006 y no el 5 de diciembre de 2006, como inexplicablemente sostiene el informe en cuestión”; así como la prueba rendida y particularmente el informe pericial de fs. 520, se debe concluir que, (i) Las partes pactaron en el contrato que el plazo para la ejecución de las obras contratadas sería de 333 días; (ii) Ambas partes extendieron por 126 días adicionales el plazo estipulado para la ejecución del contrato, sumando un total de 459 días; (iii) De acuerdo con la cláusula octava del contrato, el plazo para la ejecución de las obras se computa desde la suscripción del mismo -que se verificó el 10 de enero de 2005-; sin embargo, ambas partes están contestes en que XX entregó a ZZ el terreno donde debía realizar las obras al día siguiente de ser suscrito el Contrato, esto es, con fecha 11 de febrero de 2005 y, por lo mismo, se establece que es a partir de esta última fecha que debe computarse el plazo de ejecución de las obras; (iv) El 85% del plazo total concedido a ZZ para realizar las obras contratadas corresponde a 390 días, que se cumplió -de acuerdo a lo dicho precedentemente en cuanto a la fecha de inicio de su cómputo-, el 7 de marzo de 2006; (v) XX solicitó a ZZ obras adicionales que superaron el 10% del valor contratado y varias de ellas fueron requeridas después de cumplido el 85% del plazo pactado entre las partes y afectaron la ruta crítica del contrato, en términos que, de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 9.2 y 9.4 de las Bases Administrativas del Contrato, ZZ tiene derecho al aumento del plazo para la ejecución de las obras contratadas; (vi) Según consta en el peritaje practicado en autos, “la última obra extra que afecta la ruta crítica, y que por lo tanto extiende el plazo de terminación de la obra, debió estar terminada el 5 de diciembre de 2006”.

En este sentido, el informe pericial es terminante al establecer las razones que motivaron el mayor plazo y las obras extraordinarias que se realizaron, y señala que: “Es opinión de este perito que la obra se considera terminada cuando TODAS sus faenas lo están y si la inmobiliaria solicita nuevos trabajos, el plazo de la obra concluye cuando esos nuevos trabajos que alteran la ruta crítica se terminan, de modo que la nueva fecha término contractual, según lo señalado anteriormente, es el 5 de diciembre de 2006”.

El perito insistió en la misma idea en su carta de 21 de junio de 2010, la que sin formar parte del peritaje, y sin que este Árbitro la considere como parte del mismo, se la tuvo presente, señalando ella en su parte pertinente, a fs. 644, que: “En este contrato la inmobiliaria no dejó de encargar a la constructora obras adicionales y por ello no puede olvidar esta situación y asignar un aumento de plazo con el que este perito no concuerda; si se hubiera cumplido con lo señalado en el contrato, este análisis que hace ahora XX, debió hacerlo con ZZ cuando se desarrollaba el contrato y debieran haber acordado aumentos de plazos a medida que le solicitaba obras extras. La última obra extra la solicitó el 21 de noviembre y por consiguiente hasta ese día el contrato no estaba finiquitado. Ambas partes, como lo dice el informe, actuaron sin aplicar el contrato y sus bases administrativas, y el argumento que esgrime este perito en su informe, aumento de plazo originado en solicitudes de obras extras hasta numerosos días después del término del plazo contractual, tiene consecuencias obvias: el plazo contractual se termina cuando todas las obras solicitadas por el mandante debieron estar terminadas”.

Atendido todo lo anterior, y considerando además que este Árbitro comparte el criterio utilizado por el perito para determinar la fecha en que debió estar terminada la última obra adicional encargada por XX a ZZ, se establece que la fecha para la ejecución del Contrato se extendió hasta el 5 de diciembre de 2006.

Decimotercero: Que la prueba rendida por las partes permite concluir que la ejecución de las obras concluyó en diciembre del año 2006 y, compartiendo el criterio utilizado por el perito, se establece como fecha de conclusión de las mismas el 31 de diciembre de 2006.

Lo anterior, teniendo especialmente presente que, según da cuenta el escrito de réplica evacuado por XX (a fs.134), la entrega de los diferentes departamentos y áreas comunes del edificio encargado construir se inició en julio del año 2006, habiendo sido entregado el último departamento, que fue el N° 32, con fecha 11 de diciembre de 2006 y que, según declaró el testigo señor F.E., quien participó en las labores de inspección técnica de la obra haciendo la recepción de los departamentos que iban siendo terminados por ZZ, a diciembre del año 2006 los departamentos se encontraban terminados (fs. 352). Por lo demás, esta misma idea es reiterada por el testigo de señor A.P., a fs. 363.

Decimocuarto: En consecuencia, dado que el plazo para la ejecución del Contrato se extendió hasta el 5 de diciembre de 2006, y que las obras se terminaron el 31 de diciembre de 2006, se concluye que son imputables y de responsabilidad de ZZ 26 días de atraso en la ejecución de las obras.

Decimoquinto: Que el precio del contrato ascendió a 119.880,25 UF, y que de acuerdo con la cláusula 22.9.1 de las Bases Administrativas del contrato, ZZ debe pagar a XX una multa equivalente al uno por mil diario del monto actualizado del contrato durante los primeros treinta días de atraso.

Decimosexto: Atendido lo razonado en los considerandos duodécimo a decimoquinto, se deberá hacer lugar a la demanda en la parte que solicita se condene a ZZ al pago de multas por atraso en la entrega de las obras, pero no en la suma equivalente a 114.995 UF pretendida por la actora principal, sino que en la suma equivalente a 3.116,88 UF, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

Decimoséptimo: En respaldo de lo expresado en el considerando anterior, se deja constancia que de la prueba rendida por las partes se concluye que la ejecución de la obra presentó una gran cantidad de dificultades que afrontar como se desprende de la declaración de testigos de ambas partes y, particularmente, la del ingeniero comercial señor G.L., quien fue presentado por XX y cuyo testimonio reviste especial importancia atendido que él tuvo conocimiento del proyecto desde su inicio hasta su conclusión, pues estaba a cargo del proyecto propiamente tal, por haber sido designado al efecto por XX.

La declaración del señor G.L. es ilustrativa de la situación producida, ya que en relación al punto 3° del auto de prueba, que dice relación con si los atrasos en la ejecución de las obras son imputables al demandante o al demandado, a fs. 338 declara:

AL PUNTO TERCERO DE PRUEBA

“Las dos partes tuvieron responsabilidad en los atrasos de la obra, hubo algunos casos fortuitos inicialmente que no fueron responsabilidad de la Constructora, hubo también mejoras al proyecto que provocaron obras extraordinarias que tampoco son atribuibles a la Constructora, etcétera. Y hubo también responsabilidad de la Constructora en cuanto a su estudio, su forma constructiva, su cierre de contratos, su baja inversión en recursos humanos, etcétera. Que se tradujeron en atrasos atribuibles a ella. Al inicio de la obra, en el período de excavación, aparición de una roca bastante grande, yo diría que ese fue el caso fortuito, esto sucedió a los pocos días de haber entregado a la Constructora para que iniciara los trabajos. El monto de los perjuicios, nosotros como Inmobiliaria, tuvimos perjuicios primero porque la obra se atrasó 11 meses de su programa original; de esos 11 meses habría que ver cuántos le corresponden a cada uno. El perjuicio de la Constructora a la Inmobiliaria fue no poder entregar a tiempo los departamentos vendidos, por lo tanto, tuvimos que llevar clientes por meses a hoteles, pagar multas, y se generó un ambiente desfavorable al momento de entregar los departamentos atrasados a los clientes”.

En el mismo sentido se pronunciaron los testigos señores C.M. (a fs. 327), A.P. (a fs. 367) y F.G. (a fs. 380).

Decimoctavo: Que en cuanto a la multa por atraso en cumplir la obligación de post venta, la demandante reclama el pago de 14.400 UF, correspondientes a 180 días de atraso, a razón de 80 UF por día de retardo, según lo establecido en la cláusula 22.9.2 de las Bases Administrativas del contrato.

Decimonoveno: Que de acuerdo con la prueba rendida en el juicio sobre este hecho, la cual se encuentra debidamente analizada en el peritaje de autos, se establece como hecho de la causa que ZZ retardó el cumplimiento de sus obligaciones de post venta, en más de ciento ochenta días. Al efecto, este sentenciador hace suyo el análisis efectuado sobre este punto por el perito, no solo en cuanto a los días que ZZ empleó en resolver cada uno de los requerimientos de post venta, sino que además, el realizado en relación con el número de dichos días que significaron un atraso de ZZ en dar adecuada solución a los mismos requerimientos; en particular, este Árbitro tiene especialmente presente la estimación de los días de atraso que realizó el perito respecto a los documentos presentados en el juicio, ponderados en base a su experiencia en la materia.

Vigésimo: Que de acuerdo a lo dicho en los considerandos decimoctavo y decimonoveno precedentes, este sentenciador estima que procede aplicar la multa solicitada por XX por concepto de atrasos de ZZ en el cumplimiento de sus obligaciones de post venta, con el límite planteado por la actora en su libelo y que corresponde a la multa aplicable a 180 días de atraso. Por lo expuesto, se acogerá esta petición, por el monto de 14.400 UF, según se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

Vigésimo Primero: Que en cuanto a la petición de indemnizar ZZ a XX por perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de post venta, se dará lugar a esta petición en la cantidad de 2.017 UF, por estimarse que ese es el monto de los perjuicios que, por este concepto, resultó acreditado en autos y, en particular, teniendo en consideración que el peritaje ha hecho una correcta ponderación de los gastos de post venta de cargo de XX, según aparece en el Anexo 2 del peritaje a fs. 545.

Vigésimo Segundo: Corresponde ahora analizar las peticiones formuladas por ZZ en la demanda reconventional de fs. 103 en que solicita se condene a XX a pagarle, por concepto de daño emergente, la cantidad de 9.700 UF indebidamente retenidas por la empresa inmobiliaria; la cantidad de 12.000 UF por los gastos generales y utilidades, por los retrasos en la obra, imputables a XX y por la ejecución de las obras extraordinarias solicitadas; y la cantidad de 5.000 UF por lucro cesante. Se solicita también el pago de los intereses, reajustes y costos del juicio.

Vigésimo Tercero: En lo que dice relación con la petición de que se ordene a XX a pagar a ZZ la cantidad de 9.700 UF, se dará lugar a lo solicitado, según lo establecido en los considerandos quinto y sexto de este fallo, desde que XX retuvo esa suma sin causa.

Vigésimo Cuarto: Con respecto a la petición de ZZ para que se condene a XX al pago de 12.000 UF por concepto de gastos generales y utilidades, debe tenerse en consideración que según la prueba rendida en juicio, especialmente en el peritaje, y en particular en su "Anexo 1", las obras extraordinarias encargadas por XX en muchos casos se encuentran en la hipótesis contemplada en la cláusula 9.4 de las Bases Administrativas del Contrato, haciendo procedente su pago por XX a ZZ. Sin perjuicio de lo anterior, este Árbitro ponderará el monto a que XX deberá ser condenado bajo este acápite en justicia y equidad, no solo en base a los montos que por gastos generales y utilidades se desprenden del referido "Anexo 1" del peritaje practicado en autos, sino que además, teniendo en especial consideración las responsabilidades compartidas que, según se ha dicho precedentemente en este fallo, cupieron a ambas partes y, en consecuencia, se acogerá parcialmente en esta parte de la demanda reconventional y, como se establecerá en la parte resolutive de la sentencia, se condenará a XX al pago de 4.500 UF por este concepto de gastos generales y utilidad.

Vigésimo Quinto: Que respecto a la petición que se ordena el pago de 5.000 UF por concepto de lucro cesante, se rechazará, atendido que no se ha acreditado su existencia y por el convencimiento que tiene este Árbitro que la ejecución de la obra experimentó diversas dificultades, en las cuales ambas partes son responsables y se han visto afectadas.

Vigésimo Sexto: Que se deberá rechazar la excepción de compensación interpuesta por XX, atendido que en la especie no se cumplen los requisitos legales que la hacen procedente; en particular, por no haber sido líquidas las deudas de ambas partes, sin perjuicio de que según se señaló precedentemente en este fallo, los montos por multas contra los cuales XX pretendía hacer valer la compensación, no eran tales.

Vigésimo Séptimo: Que se deberá rechazar la excepción de contrato no cumplido interpuesta por XX, considerando que ha sido demostrado en autos que, si bien ZZ incurrió en retrasos en el cumplimiento de algunas de sus obligaciones, las mismas fueron en definitiva cumplidas.

Vigésimo Octavo: Que el resto de la prueba rendida en autos no logra desvirtuar lo razonado y concluido precedentemente, motivo por el cual no se hará mención a la misma.

Vigésimo Noveno: Que este Juez Árbitro en su calidad de Arbitrador debe fallar conforme a su conciencia y a la equidad, y teniendo presente lo dispuesto en los Artículos 425, 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, 222 y siguientes, 235 del Código Orgánico de Tribunales y el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago:

SE RESUELVE:

- 1°. Que se rechazan las objeciones de documentos planteadas por ZZ a fs. 411, 514 y 633;
- 2°. En cuanto a la demanda principal, se acoge la demanda interpuesta por XX en contra de ZZ, como sigue:
 - a) La demandada deberá cumplir el contrato de conformidad a lo que se resuelve en el presente fallo;
 - b) ZZ deberá pagar a la demandante la suma equivalente a 3.116,88 (tres mil ciento dieciséis coma ochenta y ocho) UF por concepto de multa por el atraso en la entrega de las obras;
 - c) ZZ deberá pagar a la demandante la suma equivalente a 14.400 (catorce mil cuatrocientas) UF por concepto de multa por el atraso en cumplir la obligación de post venta; y
 - d) ZZ deberá pagar a la demandante la cantidad de 2.017 (dos mil diecisiete) UF por concepto de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la obligación de post venta.
- 3°. En cuanto a la reconvencción, se acoge la demanda reconvenccional y se declara:
 - a) Que XX deberá pagar a ZZ la suma equivalente a 9.700 (nueve mil setecientas) UF que mantiene retenida hasta la fecha, con más sus respectivos intereses corrientes calculados desde la fecha de su retención hasta la fecha de su pago efectivo;
 - b) Que XX deberá pagar a ZZ la cantidad de 4.500 (cuatro mil quinientas) UF por concepto de gastos generales y utilidades;
 - c) Que se rechaza la petición de indemnización por 5.000 (cinco mil) UF por concepto de lucro cesante;

d) Que se rechaza la excepción de compensación deducida por XX en contra de la demanda reconvenicional; y

e) Que se rechaza la excepción de contrato no cumplido interpuesta por XX en contra de la demanda reconvenicional.

4°. Que cada parte pagará sus costas en atención a que ambas han tenido motivo plausible para litigar.

5°. Las partes pagarán al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago los gastos y derechos que correspondan.

Autorícese esta sentencia por el abogado don AB3 y por la notario doña NT2 o quien le subroge o reemplace y hecho notifíquese a las partes.

Dictada por el Juez Árbitro Arbitrador don Antonio Ortúzar Solar.