

Leslie Tomasello Hart

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 26 de noviembre de 2013

ROL 1609-2012

MATERIAS: Contrato general de construcción por suma alzada - cobro del último estado de pago y de tres correspondientes a eventuales obras adicionales - demanda de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios, con costas - demanda reconvenzional que niega los incumplimientos imputados y atribuye incumplimientos a la demandante principal, solicitando se declare que la demandada reconvenzional ha incumplido el contrato, que debe pagar las sumas que correspondan por concepto de multas derivadas del alegado incumplimiento del contrato y que se condene en costas a la demandada reconvenzional.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Las partes celebraron con fecha 21 de febrero de 2012 un contrato general de construcción por suma alzada respecto de un Centro de Salud, en virtud del cual se encomendó a la demandada principal la construcción del correspondiente proyecto, siendo el precio pagadero en las fechas de los respectivos estados de pago, habiéndose pactado un anticipo más IVA y la obligación de hacer entrega de una boleta de garantía por el fiel cumplimiento de la obra encomendada. Se pactaron diversas sanciones para el evento de incumplimiento de la empresa mandante demandada.

La demandante principal alegó falta del noveno estado de pago, como asimismo de aquellos correspondientes a obras adicionales, agregando que ello le facultaba para solicitar la terminación del contrato o bien el cumplimiento forzado del mismo, con la correspondiente indemnización de perjuicios. Menciona el valor de los diferentes estados de pago y termina interponiendo demanda de indemnización de perjuicios.

La demandada principal contestó la demanda negando los incumplimientos que la demandante principal le imputó, atribuyéndole otros tantos. Respecto de lo primero, alegó nunca haber recibido el noveno estado de pago en forma y, en lo que concierne a las supuestas obras adicionales, que se trató de reparaciones de obras mal efectuadas. Señaló que la demandante principal había incurrido en diversas multas contempladas en el contrato.

En cuanto al derecho, señaló que las obligaciones puras y simples emanadas del contrato habían sido cumplidas en plenitud, quedando pendiente sólo las obligaciones sujetas a condición. Opuso la excepción de contrato no cumplido.

También interpuso demanda reconvenzional remitiéndose a los hechos referidos en la contestación y, en cuanto al derecho, alegó incumplimiento por parte de la demandante principal a las normas contenidas en el Código Civil relativas a los contratos de confección de una obra material.

LEGISLACIÓN APLICADA:

- a) Código Civil: La demandante principal invocó los Artículos 1.489 y 1.545.
- b) Código Civil: La demandada principal, ya sea en su contestación o en la demanda reconvenzional invocó, los Artículos 1.473, 1.474, 1.475 inciso primero, 1.477, 1.478 inciso segundo, 1.479, 1.483 inciso primero, 1.484, 1.485 inciso primero, 1.489, 1.545, 1.546, 1.551, 1.552, 1.556, 1.557, 1.558, 1.559, 1.996, 1.999 y 2.002.

DOCTRINA: El procedimiento fue peculiar, por cuanto si bien se produjo prueba confesional y documental, el Árbitro estimó fundamental la prueba pericial, la cual en definitiva quedó frustrada con motivo de no haber aportado la demandante principal la prueba documental requerida por el perito designado y que éste estimó fundamental para poder emitir su informe. La demandante principal fue requerida de múltiples maneras para que aportare esa prueba documental, pero no lo hizo, asumiendo en el proceso una posición de rebeldía, motivo por el cual el peritaje hubo de ser dejado sin efecto.

Por la razón referida y dado que las acciones, excepciones, alegaciones y defensas de una y otra parte se encontraban íntimamente vinculadas imputándose recíprocos incumplimientos, prueba de lo cual es la existencia de demanda principal y demanda reconvenional, el Árbitro concluyó que no estaba en condiciones de aceptar, ya sea total o parcialmente, la demanda principal ni la reconvenional. A mayor abundamiento, el Árbitro estimó que el medio idóneo para esclarecer las cuestiones de hecho controvertidas y, en consecuencia, dejarle en posición de, en su caso, aplicar las respectivas cláusulas contractuales en cuanto a las pretensiones mismas de una y otra parte, era el informe pericial, frustrado por la demandante principal que, dicho sea de paso, sólo pagó la primera cuota de los honorarios del Árbitro y tasa administrativa del CAM y, en cuanto al perito, no aportó la mitad de la primera cuota cobrada por éste, al tiempo que la demandada principal y demandante reconvenional cumplió con todas sus obligaciones pecuniarias.

El Árbitro estimó que había sido privado de un elemento probatorio esencial para dar por establecidos o rechazados los hechos aducidos por una y otra parte, que eran múltiples, de modo que no estaba en condiciones de acoger ninguna de las dos demandas, por no estar en condiciones de concluir acaso los estados de pago antes mencionados se hicieron exigibles. Lo mismo concluyó en cuanto a las multas cobradas en la demanda reconvenional, que fueron cuatro, aunque en el escrito de observaciones a la prueba, atendido lo acontecido respecto del informe pericial, la demandante reconvenional redujo su pretensión a dos, a saber, el incumplimiento de la cláusula relativa al plazo para la ejecución de la obra, y aquella relativa a la ejecución fiel, íntegra y oportuna de la obra contratada, pretensiones que, por las razones expresadas, el Árbitro estimó no estar en condiciones de acoger.

Se refirió una jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (29 de noviembre de 2010, Rol 0-2010, Indemnización de perjuicios. Contrato a suma alzada, realización de una obra por un precio fijo), cuya doctrina es: *“Como el perito no ha dado a conocer el estudio técnico que efectuó, sino se limita a emitir una conclusión que carece de fundación científica o de acuerdo a los principios de su técnica o profesión, no resulta posible valorar dicho medio de prueba conforme a los principios de la sana crítica, esto es, de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. Que el informe de perito carezca de una fundamentación científica le resta toda eficacia probatoria, puesto que en ésta se basa la conclusión del perito, la que no encuentra sustento, haciéndolo inconsistente”* (considerando 8). En la especie, ni siquiera nos hemos encontrado en presencia de un informe pericial que arribe en forma dogmática a determinadas conclusiones, sino que simplemente, por las razones expresadas, no ha existido tal informe, de modo que *a fortiori*, estimamos pertinente la jurisprudencia recién citada.

Por su parte, desde un punto de vista doctrinario, en el considerando 12 se expresó:

Que, desde un punto de vista doctrinario, nos parece pertinente el artículo de don Hugo Pereira Anabalón denominado *“Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial”* publicado en la Gaceta Jurídica N° 217, año 1998, N° 217, del que destacamos lo que sigue:

“Sostuvo Couture que “pensando bien, tratando de mirar bien claramente la misión del perito, se llega a advertir que más que un medio de prueba, más que un medio de controlar la verdad de las proposiciones hechas en el juicio, el examen pericial es un medio de ilustración del magistrado, un medio de información mayor que el puede proporcionarle la cultura común del

juez” (*“Procedimiento”, Primer Curso, versión taquigráfica de sus clases, Montevideo, sin fecha, tomo II, pp. 312 y 313, posición que reitera en sus “Fundamentos”, 1952, p.266, y en su “Vocabulario”, 1960, p.464*).

Como puede advertirse, el jurista no niega que la pericia sea un medio de prueba, pero piensa que más que eso es una forma de ampliar o extender la cultura e información del magistrado.

A su vez, en la Ponencia de Hernando Devis Echandía al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en México D.F., en 1972, advierte este catedrático que *“existe una opinión pacífica y uniforme en la doctrina contemporánea respecto de la calificación jurídico-procesal del perito como auxiliar o colaborador del juez, con cita de destacados autores como Carnelutti, Florian, Bonnier, Franchi, Virota, Silva Melero, Mallard, Morel, Amaral Santos, Viada-Aragoneces y otros”*. El mismo ponente participa de esta opinión aunque no le niega el carácter de medio de prueba....

Señala que en el Derecho Procesal Civil y Penal chileno, el informe de peritos tiene el doble carácter que la doctrina le reconoce. Como medio de prueba, los textos son suficientemente categóricos; y en cuanto medio de ilustración al juez y por tanto de auxiliar, lo confirman los datos que el autor indica, a saber, si el juez está facultado para ordenar el informe de peritos de oficio en cualquier estado de la causa, sin perjuicio de poder hacerlo como medida para mejor resolver; el juez oír o pedirá informe de peritos si hay *“necesidad de consultar opiniones periciales”*; *“si se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte”*; o si *“para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio”*. En el interdicto posesorio de obra ruinoso el Tribunal debe practicar una inspección personal *“asociado a un perito”*; y a propósito de la interdicción del demente, el juez debe oír el dictamen de facultativos de su confianza.

“Del conjunto de los preceptos referidos se infiere la índole o naturaleza que reviste la función del perito en orden a prestar auxilio, asesoría o ayuda al conocimiento del juez, precisamente en materias o temas ajenos a su cultura, pero necesarios para un acertado juzgamiento. En tal sentido, se ha dicho, tiende la pericia a convertirse “en instrumento para la integración de los conocimientos del juzgador fuera de su sede natural”” (Vittorio Denti en ponencia presentada al ya mencionado V Congreso Internacional verificado en México D.F. en 1972).

Este auxilio del Perito al Juez puede ser de tal relevancia que llegue a constituirse en la antesala de la sentencia, o tener el conocimiento que aquél le aporta tanta especialización, que sea difícil para el juzgador sustraerse de su motivación o de sus conclusiones.

También se estima relevante el considerando 13, que es del siguiente tenor: *“Que, por citar un ejemplo, este carácter de asesor del perito más allá de constituir un medio de prueba, aparece claramente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 158 de la Ley de Navegación (Decreto Ley 2222, publicado el 31 de mayo de 1978), cuando a propósito de los procedimientos jurídicos relativos a contaminación, dispone que “el Tribunal durante toda la tramitación del proceso, actuará asesorado de un perito naval....”*”.

Por lo que concierne a las costas, atendido el actuar procesal observado por la demandante principal y demandada reconvenzional, traducido en inasistencias a las audiencias decretadas por el Árbitro y silencio en cuanto a varios requerimientos formulados por éste y el señor Perito, al margen de que una y otra demanda fueren desestimadas, el Árbitro fue de opinión que tal parte debía ser condenada en costas, porque su actuar no pareció compadecerse con la buena fe procesal.

DECISIÓN: Se rechazaron la demanda principal y la demanda reconvenzional y se condenó en costas a la demandante principal y demandada reconvenzional.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 26 de noviembre de 2013.

VISTOS:

1. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y NORMAS DE PROCEDIMIENTO:

a) En la solicitud de fs. 1 de fecha 21 de agosto de 2012 Constructora XX (en lo sucesivo, XX) manifestó al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago su interés en designar a un Árbitro para que conociere del “incumplimiento contractual y solicitud de terminación anticipada del contrato por aplicación de condición resolutoria tácita, más indemnización de perjuicios”, en lo que concierne al contrato general de construcción por suma alzada TR (de calle DML3) que, con fecha 21 de febrero de 2012, celebró con ZZ Propiedades Limitada (en lo sucesivo, ZZ), según cláusula vigésima “Arbitraje”, conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (en lo sucesivo, CAM Santiago) y con declaración de que en contra de las resoluciones del Arbitrador no procederá recurso alguno.

b) El Árbitro infrascrito fue designado, con la calidad de Árbitro Arbitrador, por resolución de 27 de agosto de 2012 (fs. 32), suscrita por el señor presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., sin que dentro del término prescrito por el Artículo 10 del Reglamento Procesal de Arbitraje del referido Centro se presentaren oposiciones a su nombramiento.

c) En mérito de lo anterior, con fecha 25 de septiembre de 2012 se procedió a la aceptación y juramento del cargo (fs. 35).

d) Con fecha 3 de octubre de 2012 se dictó la primera resolución, teniendo por constituido el compromiso y citando a las partes a un comparendo de fijación de normas de procedimiento para el 25 de octubre de 2012, a las 09:30 horas, en las oficinas del CAM Santiago (fs. 36), habiéndose por resolución de 23 de octubre (fs. 39) fijado como nueva fecha para la celebración del referido comparendo el 31 de octubre de 2012, a la misma hora y en las mismas dependencias.

e) Las partes fueron debidamente emplazadas, regularizaron su representación en autos y, con fecha 31 de octubre de 2012 (fs. 44 y siguientes), se celebró el primer comparendo tendiente a acordar normas de procedimiento.

2. DEMANDA DE XX

Fue interpuesta el 5 de noviembre de 2012 a fs. 52 y siguientes, concretamente de cumplimiento forzado de contrato e indemnización de perjuicios en contra de ZZ, la que a continuación se sintetiza:

LOS HECHOS:

Refiere el contrato general de construcción por suma alzada ya mencionado en virtud del cual se encomendó a XX la construcción del proyecto denominado TR, siendo el precio estipulado la suma de 22.970 UF (cláusula cuarta), pagadera en las fechas de los respectivos estados de pago.

Agrega que pactó un anticipo de \$ 80.000.000 más IVA y la obligación de hacer entrega de una boleta de garantía por fiel cumplimiento de la obra encomendada, obligándose la demandada a su devolución una vez practicada la recepción definitiva de la obra.

Destaca que en el acápite 5.4 de la cláusula quinta se establecieron las sanciones en caso de incumplimiento por parte de la empresa mandante demandada, disponiéndose que en caso de simple retardo en el pago oportuno de los correspondientes estados de pago, se haría exigible un recargo equivalente al interés máximo convencional para operaciones reajustables por cada día de atraso y que si dicho retardo fuera superior a siete días corridos, la empresa constructora

incluso podría poner término anticipado al contrato. Concluye que la empresa mandante demandada ha incurrido en dichos retardos.

Destaca que en la cláusula sexta se contempló la posibilidad de efectuar aumentos en las obras y que la demandada lo solicitó, contando con la respectiva autorización del ITO y en el Libro de Obras, motivo por el cual se generaron pagos por sobre el monto establecido inicialmente en el contrato celebrado.

Añade que la demandada no ha dado pago al noveno estado de pago, como tampoco a aquéllos correspondientes a obras adicionales, de modo que se ha configurado el supuesto contemplado en la cláusula duodécima del contrato, facultando a la demandante para solicitar la terminación anticipada del contrato o bien el cumplimiento forzado del mismo, con la correspondiente indemnización de perjuicios, a cuyo efecto cita el Artículo 1.489 del Código Civil en cuanto a la condición resolutoria tácita propia de todo contrato bilateral.

Expresa que del Libro de Obras se aprecia que ha dado cumplimiento con los avances de obra especificados en la correspondiente Carta Gantt y que la construcción que fuera encargada a la demandante se encuentra en funcionamiento, siendo indiscutible el cumplimiento de cada una de las obras que le fueron encomendadas.

A continuación, refiere diversas obras adicionales que expresa le fueron solicitadas mediante el respectivo Libro de Obras, consistentes en modificación de la tabiquería ya instalada en zona de esterilización, área sucia, área limpia y bodega; picado y rebaje de terreno en sala de procedimientos 1 y 2, además en sala de scanner; cambio de tubo fluorescente de amarillo a blanco con menor luminosidad; puntos de agua en sala de esterilización; impermeabilización de la sala de bombas y estanque de agua del edificio; demolición de lo existente para futura sala de espera; modificación de tabiquería de altillo; recubrir cañería de agua en zona de altillo; extractor de aire en esterilización área limpio y otro en esterilización área sucio; construcción de baño en box de recuperación; construcción de una mampara de vidrio en zona de ascensor a hall central; colocación de lavamanos en sector de audiometría; colocación de lavamanos con pedestal, llave de jardín, dos piletas bota agua y un extintor en sala de basura; instalación de clóset en muro contiguo a baño de lisiados; conexión de rayos X en zona dental, instalación de agua y aire en rayos X dental desde box dental; instalación de luz roja de espera en revelado de mamografía e instalación de ducto para ventilar desde revelado de mamografía hacia rayos X mamografía; puntos de red y enchufes normales en box de consulta; retiro de cortinas antiguas de acceso; cenefa de registro para cortina acceso inferior; cielo americano en acceso a escala desde galería; empavonado de ventanas; instalación de seis focos PL en sector escala acceso; recambio de cinco palmetas de porcelanato en zona de descanso escala de acceso; pintura en zona caja de escala acceso clínica; e instalación de cielo falso en caja escala acceso clínica.

Añade que oportunamente remitió los presupuestos por estas obras adicionales, sin que ellos hayan sido pagados y, a continuación, menciona el detalle y avalúo individual de cada una de las obras que implicaron los adicionales.

AVALÚO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS:

Argumenta que en la cláusula quinta, punto 5.4 se contemplaron las sanciones en caso de falta de cumplimiento oportuno en el pago de los correspondientes estados de pago, a saber, el recargo ascendente al interés máximo convencional para operaciones reajustables por cada día de atraso en el pago. Señala que la fecha de pago del noveno estado de pago, aún pendiente, fue el 6 de agosto de 2012, en los términos de lo dispuesto en la cláusula quinta acápite 2, en cuya virtud la empresa mandante dispone de un plazo de 7 días corridos a contar de la presentación del respectivo estado para proceder a su pago, por lo que se ha devengado el referido interés entre el día 6 de agosto de 2012 y la fecha de pago.

Por otra parte, expresa que respecto de las obras adicionales éstas se han dividido en tres estados de pago, oportunamente presentados a la empresa mandante, a saber, el primero el 2 de mayo de 2012, el segundo el 14 de mayo de 2012, y el tercero el 5 de junio de 2012, de manera que a partir de las referidas fechas se ha devengado idéntico interés hasta el día del pago efectivo.

Concluye este párrafo señalando que las prestaciones que demanda son las siguientes:

- Noveno Estado de Pago: 364,3342 UF.
- Primer Estado de Pago por obras adicionales: 1.943,7820 UF.
- Segundo Estado de Pago por obras adicionales: 716,6639 UF.
- Tercer Estado de Pago de obras adicionales: 371,1687 UF.

Lo cual totaliza 3.395,9488 UF.

Demanda indemnización de perjuicios consistente en el interés máximo convencional para operaciones reajustables por cada día de atraso, a ser calculado entre la fecha de pago de cada uno y el día de su pago efectivo.

EL DERECHO:

Luego de invocar el Artículo 1.437 del Código Civil en cuanto a las fuentes de obligaciones y el Artículo 1.545 relativo a la denominada “ley del contrato”, expresa que la acción deducida se sustenta en el incumplimiento de la empresa mandante respecto de las obligaciones impuestas por el contrato de construcción y que, por ello, la situación corresponde al Artículo 1.489 del Código Civil, relativa a la denominada “condición resolutoria tácita”, a cuyo efecto analiza lo que estima sus diversos requisitos, a saber:

- Incumplimiento imputable al deudor, señalando que se encuentra pendiente de pago el noveno estado de pago, como así también los estados de pago correspondientes a obras adicionales.
- Bilateralidad del contrato, señalando que éste impone obligaciones recíprocas en los términos del Artículo 1.439 del Código Civil.
- Que la resolución o el cumplimiento forzado del contrato sea solicitado por la parte que se encuentra en una situación de cumplimiento de las obligaciones que emanan del mismo, señalando que ha dado oportuno y completo cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones que le impone el contrato, por lo que resulta procedente la condición resolutoria tácita y, por otro lado, conforme al Artículo 1.547 del Código Civil, la culpa de la demandada se

presume, siendo aplicable el Artículo 1.557 del Código Civil en cuanto al momento en que el deudor se ha constituido en mora, en íntima relación con el Artículo 1.551 del Código Civil desde el momento que el contrato establecía una época para el pago de las obligaciones por parte de la empresa mandante.

PARTE PETITORIA:

Solicita se sirva por interpuesta demanda de cumplimiento forzado contrato e indemnización de perjuicios, acogerla en todas sus partes, con costas, declarando incumplido el contrato de construcción, decretando su cumplimiento forzado en cuanto al pago de la suma total de 3.395,9488 Unidades de Fomento, más la obligación de indemnizar los perjuicios, tomando para ello en consideración el avalúo anticipado de los mismos consistente en el interés máximo convencional calculado entre la fecha en que debió ser pagado cada estado de pago y aquella en que se cumpla con su pago efectivo.

Primer otrosí: El compareciente don S.A. acompaña copia de su personería.

Segundo otrosí: Ratifica lo obrado por el abogado don AB, quien compareció al comparendo sobre normas de procedimiento en calidad de agente oficioso.

Tercer otrosí: Designa abogado patrocinante y confiere mandato judicial.

3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y DEMANDA RECONVENCIONAL:

Luego que por providencia de 7 de noviembre de 2012 (fs. 70) se proveyó la demanda antes referida y confirió el correspondiente traslado, el 27 de noviembre de 2012 y a fs. 71 y siguientes ZZ contesta la demanda interpuesta en su contra y, a la vez, deduce demanda reconvencional, las que a continuación se sintetizarán separadamente:

3.1. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

I. LOS HECHOS:

1. TR Limitada y ZZ Propiedades:

Destaca que TR es una empresa familiar creada en el año 2007 para satisfacer las necesidades de los pacientes, actualmente integrada por una red de centros médicos, procedimientos de diagnóstico y de atención dental, contando con varias sucursales en la Región Metropolitana y en el puerto de San Antonio, pero habiendo asumido el desafío de generar una red de atención creciente a lo largo de todo el país.

Expresa que ZZ es una empresa dedicada al rubro inmobiliario y que forma parte del grupo empresarial TR, siendo su propósito proveer inmuebles para la operación de esta unidad de negocios.

Añade que, con motivo de un juicio de terminación de contrato de arrendamiento seguido por TR1 en contra de TR en Juzgado Civil de Santiago en la causa Rol 00-2011, las partes firmaron un contrato de transacción en cuya virtud TR restituiría voluntariamente, dentro de un determinado plazo, el inmueble arrendado en el cual estaba instalada su sucursal en DML1, con motivo de que la arrendadora requirió la restitución anticipada del inmueble ubicado en calle DML2.

Expresa que, con motivo de ello, TR debía abandonar y restituir el inmueble a más tardar el viernes 29 de junio de 2012, so pena de incurrir en el pago de una multa por el equivalente a 7.500 unidades de fomento a través de una boleta de garantía que debió entregar.

Agrega que, por lo anterior, TR comenzó la búsqueda de un nuevo inmueble para arrendar, siendo el de calle DML3, encargando el diseño de la obra al arquitecto don H.H., conocido con anterioridad por haberlo contratado para diseñar otra de las sucursales de TR, en aquella ocasión con un magnífico desempeño.

Manifiesta que, al efecto, se le ofreció desempeñar el cargo de Inspector Técnico de Obras (en lo sucesivo, ITO) y que, acordado el diseño y encargada la referida función, se le pidió recomendar a una empresa constructora responsable que pudiese ejecutar una obra de calidad, pero dentro de un plazo determinado en razón de la situación apremiante en que se encontraba, habiendo don H.H. recomendado a XX, por ser una constructora con la cual

había trabajado anteriormente y que cumplía con los requisitos necesarios para hacerse cargo de un proyecto de esta envergadura y dar debida ejecución a la obra de un plazo de 80 días.

Concluye que, en mérito de lo anterior, el 21 de febrero de 2012 se celebró el contrato general de construcción por suma alzada antes mencionado.

2. Contrato general de construcción por suma alzada:

Expresa que, conforme a la cláusula cuarta, el constructor quedaba obligado a ejecutar la totalidad de obra contratada y el mandante a pagar por ella, de acuerdo al presupuesto presentado en su oferta, por la suma única y total de 22.970 Unidades de Fomento, incluido IVA, pagadero en su equivalente en pesos a la fecha del pago del respectivo estado de pago.

Añade que la misma cláusula cuarta indica que “el presupuesto indicado se entiende de suma alzada, siendo el constructor responsable de sus cubriciones y precios unitarios. No podrá, en consecuencia, solicitar modificaciones del precio pactado por errores cometidos en sus estimaciones. El precio señalado incluye la totalidad de los materiales necesarios para su construcción (...) y cualquier otro gasto en que deba incurrir éste para la total y satisfactoria ejecución de las obras contratadas”.

Destaca que otro punto relevante era el plazo dentro del cual la obra debía estar terminada, atendida la necesidad de TR de trasladarse a la nueva sucursal de calle DML3 antes del 29 de junio de 2012, según contrato de transacción con TR1 ya mencionado y que, por esta razón, era de suma importancia para ZZ que la demandada fuera dando oportuno cumplimiento a los plazos en los cuales se iban desarrollando las obras, lo cual XX aceptó.

Expresa que, no obstante lo anterior, llegado el 11 de mayo de 2012, día de entrega de la obra, la demandante no hizo entrega de ella, incumpliendo la cláusula séptima, que indica como plazo de ejecución 80 días corridos desde la fecha en que se entregara materialmente el terreno apto para construir.

Concluye que, apremiados por el plazo para el desalojo del inmueble de calle DML1, ZZ se vio obligada a comenzar el traslado a la sede de calle DML3, aunque en conocimiento de que no se encontraba totalmente terminada, produciéndose, de esta manera, la recepción parcial de la obra según cláusula decimoquinta, en cuya virtud “también se entenderá como entrega parcial de las obras, y se verificará como tal con el propósito de efectuarse la recepción provisoria, el hecho de que la empresa mandante ingrese a las dependencias del inmueble, todo tipo de maquinarias, mobiliario, etc.”.

3. Incumplimientos al contrato señalados por la demandante:

3.1. Supuesto retraso en el pago del noveno estado de pago.

Destaca que, conforme a la cláusula quinta numeral 2, “el precio será pagado por el mandante mediante estados de pago quincenales por avance efectivo de la obra, en un plazo de 7 días desde su presentación, siempre y cuando cumpla con los requisitos que señala a continuación:

a) “La Empresa Constructora presentará cada estado de pago en triplicado y considerando sólo las obras realmente ejecutadas de acuerdo al presupuesto detallado. No podrá cobrarse, ni el mandante pagará, materiales depositados al pie de la obra, ni anticipos otorgados a subcontratistas”.

Expresa que dicho estado de pago jamás fue presentado para que se efectuara el pago del saldo pendiente y que los ocho anteriores estados de pago siempre fueron pagados oportunamente, existiendo un retraso por un máximo de cinco días, en el cuarto y quinto estado de pago.

En cuanto al requisito consistente en que los pagos se efectuarán considerando sólo las obras realmente ejecutadas, ZZ, próximo el vencimiento del plazo y último estado de pago que debía realizarse, se percató que las obras no habían sido ejecutadas de la forma que se había

instruido; que no demostraban los estándares mínimos de calidad esperables; y que, en consecuencia, XX no estaba dando fiel cumplimiento al contrato.

Añade que su representada contaba con un representante en terreno –don G.J.– quien se comunicaba directamente con el ITO don H.H., siendo la profesión del primero ingeniero comercial y que, por lo mismo, no contaba con un conocimiento técnico en el rubro de construcción, pero que ello no resultaba problemático atendido el hecho que se encontraba también contratado un ITO experto.

Con todo, expresa que fue a través de don G.J. que ZZ tomó conocimiento de las primeras sospechas en cuanto a que las obras no se estaban ejecutando conforme a los estándares mínimos de calidad, motivo por el cual se encargó un informe técnico sobre el estado de las obras al ingeniero don G.G., quien lo evacuó con fecha 17 de julio de 2012, manifestando que “se pueden apreciar a simple vista deficiencias en diversas terminaciones, por lo que se podría deducir que los trabajos de terminaciones fueron desarrollados por un profesional no calificado y que además la supervisión directa de estos trabajos, no estuvo a la altura profesional que estas obras de uso público ameritan”, enumerando a continuación una serie de fallas.

Añade que, amparado en la excepción de contrato no cumplido ZZ se reservó el derecho de efectuar el pago del Estado de Pago N° 9 hasta que se diera fiel cumplimiento a la reparación de las obras mal ejecutadas y se completara la construcción del proyecto original, amparado por lo dispuesto en la cláusula quinta numeral 5, en cuya virtud “el precio será pagado por el mandante mediante estados de pago quincenales por avance efectivo de la obra”.

b) “Cada estado de pago deberá contar con el visto bueno de la Inspección Técnica, quienes tendrán el plazo de tres días para su aprobación o rechazo”. Hace presente que a ZZ no consta que en el Libro de Obras aparezcan las certificaciones del ITO en el sentido de acreditar el visto bueno a las obras ejecutadas por la empresa constructora, habiendo manifestado el propio señor H.H. que, luego de haberle solicitado a XX en varias oportunidades el Libro de Obras durante el mes de julio, le manifestó que dicho Libro se encontraba extraviado.

Por ello, imputa a XX incumplimiento de la cláusula décima, numeral 2, letra c), en cuya virtud la demandante quedaba obligada a “tener permanentemente en la faena un Libro de Obras foliado en triplicado, por lo que estima que le es inoponible todo lo que pueda constar en el Libro de Obras que, no obstante ser su propósito dejar constancia de las observaciones del arquitecto, inspección técnica y constructor, constituye también un resguardo para ambas partes en el sentido de representar una prueba concreta de que lo señalado en él equivale a hechos fehacientes para ambas partes en igualdad de condiciones.

Añade que el Libro de Obras en triplicado no permaneció ininterrumpidamente en la faena, no constando a ZZ que su contenido no haya sido adulterado o que sencillamente no guarde relación con lo ocurrido en terreno y que, considerando la deficiente calidad de las obras, parece a todas luces improbable que una ITO con conocimiento técnico y seriedad hubiera aprobado una obra construida en tan pésimas condiciones.

Concluye que a principios del mes de agosto el ITO don H.H. fue removido de sus funciones por no desempeñar fiel y correctamente su cargo, lo cual expresa, confirma el informe técnico del señor G.G., a que ya se ha aludido.

c) Deberá acompañarse un certificado emitido por la Dirección o la Inspección del Trabajo competente con el que se acreditará la inexistencia de incumplimientos de obligaciones laborales y previsionales respecto del personal directamente contratado por el constructor, sus contratistas y subcontratistas. Junto a lo anterior, deberá acompañarse una declaración jurada emitida por la empresa constructora en donde se exprese que no mantiene obligaciones pendientes respecto de sus trabajadores”.

Señala que respecto de este último requisito tampoco se dio cumplimiento en el noveno estado de pago y hace presente que conforme a la cláusula quinta, acápite 4, en caso que el mandante no pague oportunamente los estados de pago y se superen 7 días corridos (como expresa la demandante), la sanción consistiría en el término anticipado del contrato y el retiro de la obra de los empleados y/o contratistas, sin que pueda ser objeto de multa. Añade que la demandante no hizo uso de esta herramienta que le otorgaba el contrato, pues lo que realmente ocurrió es que el noveno estado de pago nunca fue enviado y, por lo tanto, resultaría claro que sin la recepción de dicho documento y sin la aprobación por parte de la ITO, mal podría haber realizado pago alguno.

3.2. Encargo de supuestas obras adicionales:

Relata que XX también imputa incumplimiento del contrato debido al no pago de obras adicionales encargadas por el mandante ZZ y que ascenderían a más de 3.300 UF, si se suman los tres presupuestos que señala en la demanda.

Expresa que en la cláusula sexta del contrato se establece el procedimiento acordado para las disminuciones, aumentos o modificaciones de las obras originales, disponiendo que “éstas deberán ser ordenadas por éste (el mandante) en forma oportuna y por escrito. En consecuencia, el Constructor, no podrá hacer modificación alguna a los proyectos si no cuentan previamente con la autorización de la ITO, la que se estampará en el Libro de Obra por el arquitecto y/o ITO”.

Añade que ZZ nunca efectuó una modificación del proyecto original, en forma oportuna ni por escrito según la cláusula referida, y que, en cuanto a la ejecución de obras extraordinarias, sólo se reconoce la construcción de un baño en box de recuperación, sector Gastro, pero que fue encargada a un tercero ajeno al contrato, quien ejecutó la construcción percibiendo el pago correspondiente.

En cuanto a las 25 obras enumeradas en la demanda que XX califica como adicionales, expresa que algunas de ellas son meras instrucciones verbales del mandante en orden a incorporar obras no construidas contempladas en el proyecto original y que las obras restantes corresponden a instrucciones a XX para que efectuara las reparaciones pertinentes a obras ya construidas.

Añade que la situación en que el mandante considere la existencia de obras mal ejecutadas está contemplada en la cláusula sexta, acápite 5°, en cuya virtud la Constructora “no tendrá derecho a mayor pago por el valor de la reparación del defecto, siendo ésta de su exclusivo cargo”, concluyendo que de haber sido intención de ZZ efectuar una modificación al proyecto original realizando aumentos o disminuciones, era menester seguir el procedimiento establecido en el contrato, manifestándolo mediante orden por escrito en forma oportuna y previa autorización de la ITO.

4. Incumplimientos al contrato por parte de la demandante, Constructora XX:

4.1. Incumplimiento de la cláusula séptima del contrato. Plazo: Recordando el plazo de 80 días corridos desde la entrega material del terreno para ejecutar y entregar las obras encomendadas al mandante, señala que pese a lo anterior y el conocimiento de la situación apremiante en la cual se encontraba TR de calle DML1, XX retrasó la entrega de la obra, sin respetar en forma alguna el plazo originalmente acordado.

4.2. Incumplimiento de la cláusula décima numeral 1, letra a): Obligaciones especiales del Constructor y sanciones a su incumplimiento:

Refiere que la mencionada cláusula indica como obligación del Constructor “ejecutar fiel, íntegra y oportunamente la obra contratada, para lo cual deberá cumplir con las disposiciones de la Ley General de Construcciones y Urbanización, Ordenanzas y Reglamentos locales de carácter municipal y de toda otra Ley o reglamento que rijan las actividades de construcción y que sean pertinentes; como también cumplir con las especificaciones técnicas y planos del proyecto (...)”.

Expresa que, no obstante lo anterior, las obras fueron ejecutadas deficientemente y, a continuación, ilustra lo que considera ejemplos de una serie de desperfectos que evidencian la deficiente ejecución del proyecto, distinguiendo entre el primer y el segundo piso, aludiendo a propósito del primero a la sala de procedimiento N° 1, sala de scanner, pasillo conducente al área imagenología, pasillo hacia salas de ecotomografía y rayos X, área

imagenología, sala de rayos X, sala de espera, sala de recuperación y sala de procedimiento gastroenterología, comedores del personal y separación entre las dependencias del área administrativa y sala de espera; y, en el segundo piso, baños destinados al público y piso.

4.3. Incumplimiento de la cláusula décima numeral uno letra f): Obligaciones especiales del Constructor y sanciones a su respecto:

Refiere que, conforme a tal cláusula, es obligación del constructor “cumplir y ejecutar las instrucciones que el arquitecto, ITO y/o los proyectistas establezcan en el Libro de Obras, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el presente Contrato”, constando que el ITO don H.H. realizó una serie de observaciones a desperfectos encontrados en la obra los cuales no fueron oportunamente reparados por XX.

4.4. Incumplimiento de la cláusula décima, numeral 2, letra c): Obligaciones especiales del Constructor y sanciones a su incumplimiento:

Refiere que, conforme a tal cláusula, es obligación del Constructor “tener permanentemente en la faena un Libro de Obras foliado en triplicado, en el cual se dejará constancia de las observaciones que hiciera el Arquitecto, Inspección Técnica y el Constructor, así como los proyectistas del proyecto”, habiendo recibido por parte del ITO don H.H. la comunicación que desde el mes de julio el Libro de Obras se encontraba extraviado, incumpliendo la cláusula 10°, numeral 2, letra c), del contrato.

5. Perjuicios sufridos por mi representada y multas aplicables a los incumplimientos.

Señala que en mérito de lo expuesto, procede el pago de las multas devengadas que indica:

a) Multa por incumplimiento de la cláusula 7° de plazo, en cuya virtud por cada día de retraso en la verificación de la recepción provisoria, la Constructora “pagará al mandante una multa equivalente al 1 por 1.000 del valor del presupuesto aprobado con un tope del 10% sobre el precio total del contrato, siempre que dicho atraso sea por causas imputables a la empresa Constructora”, y que “por la sola llegada del vencimiento del plazo establecido en el contrato sin que se hubiere verificado la Recepción Provisoria, se entenderá que la empresa Constructora está en mora de cumplir su obligación. Por ello, el mandante queda facultado para descontar de las retenciones efectuadas a los estados de pago, las multas antedichas”.

b) Multa por incumplimiento de la cláusula 10°, numeral 1, de obligaciones especiales del Constructor, que da derecho al mandante para cobrar una multa equivalente a 5 UF por cada día de atraso en el acatamiento de la obligación impuesta, con un tope máximo de 5% del precio total del contrato con un aumento por infracción a más de alguna de ellas.

c) Multa por incumplimiento de la cláusula 10°, numeral 2, de obligaciones especiales del Constructor y sanciones a su respecto, que dará derecho al mandante para cobrar una multa equivalente a 5 UF por cada día de atraso en el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones descritas en ella.

II. EL DERECHO:

Expresa que la demandada (entiéndase demandante) se equivocaría al exigir pagos a los cuales ZZ no se encuentra obligada, puesto que las obligaciones puras y simples emanadas del contrato han sido cumplidas en plenitud, quedando pendientes sólo las obligaciones sujetas a condición, que deben cumplirse una vez verificadas las condiciones a las cuales se encontraban sujetas.

Señala que los pagos alegados por la demandada (demandante) son dos: no pago del noveno estado de pago y por supuestas obras adicionales, contando ambos con un procedimiento para su procedencia y cobro, referido en las cláusulas 5.2 y 6 a que ya se ha aludido.

Concluye que las obligaciones de pago tienen una naturaleza jurídica de obligación condicional positiva, física y moralmente posible, mixta y suspensiva, refiriendo los Artículos 1.473, 1.474, 1.475 inciso 1°, 1.477, 1.478 inciso 2°, 1.479, 1.483 inciso 1°, 1.484 y 1.485 inciso 1° del Código Civil, de los cuales es posible concluir que las

obligaciones alegadas por la demandante como incumplimientos, no constituyen sino obligaciones sujetas a ciertas condiciones que no se han verificado, por lo que existirían dos posibilidades: 1) Que verificadas las condiciones, naciere para ZZ la obligación de pago, y 2) Que las obligaciones no nazcan jamás por encontrarse fallidas. Argumenta que se trata de la segunda hipótesis, en virtud de la cual los cobros que se están realizando no cumplen con ninguno de sus requisitos.

En cuanto al noveno estado de pago, manifiesta -además- que no se ejecutaron las obras que dieran lugar a la obligación de pago, por no haberse presentado jamás a cobro aprobados por la ITO, tanto porque el Libro de Obras se encontraba extraviado cuanto porque la obra demostraba deficiencias y no hacía posible que el ITO las hubiera aprobado.

En cuanto a los aumentos o disminuciones de obra, jamás se dio cumplimiento a los requisitos de ordenarlas por escrito y previa autorización de la ITO.

A continuación, señala disposiciones concernientes al contrato para la confección de una obra material contenidas en el Código Civil, en cuya virtud un empresario no puede exigir un aumento del precio originalmente pactado, ni aún a pretexto de haberse realizado agregaciones o modificaciones al plan primitivo, lo que, en la especie, significa que de haber ocurrido ello debió realizarse según el procedimiento establecido, lo cual no aconteció, porque jamás fue intención del mandante modificar el proyecto originalmente aprobado, sino más bien que se efectuaran las reparaciones a las obras mal ejecutadas y que se realizaran las obras faltantes que eran parte del proyecto originalmente aprobado en el contrato.

Excepción de contrato no cumplido:

Señala que, además, la actora no cumplió con sus obligaciones pactadas y, en consecuencia, no se hicieron efectivas las condiciones que hacían exigibles la obligación de pago por parte de ZZ; que el actor no cumplió con el principio de la buena fe contractual a que alude el Artículo 1.546 del Código Civil; y que, por ende, resulta aplicable la excepción de contrato no cumplido contenida en el Artículo 1.552 del Código Civil.

Parte petitoria:

Solicita tener por contestada la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, declarándose:

1. No ha lugar a la demanda de cumplimiento forzado.
2. En subsidio, se declare que no se da lugar a la indemnización de perjuicios por no cumplirse los requisitos válidos para que sea procedente.
3. En subsidio, se haga lugar a la excepción de contrato no cumplido.
4. Se condene en costas a la demandante.

3.2. DEMANDA RECONVENCIONAL:

A fs. 95 ZZ interpone demanda reconvencional en contra de XX, solicitando se declare judicialmente el incumplimiento por parte de la demandada reconvencional del contrato general de construcción por sumaalzada y que, en consecuencia, ésta deberá pagar las multas establecidas en el contrato.

I. LOS HECHOS:

Da por reproducidos los señalados en la contestación de la demanda.

II. EL DERECHO:

1. Normas relativas a los contratos para la confección de una obra material:

Expresa que el Artículo 1.999 del Código Civil regula la procedencia de la demanda reconvencional, ya que si bien en principio se ejecutó lo convenido, la ejecución de la obra se realizó de manera defectuosa, existiendo además un inexcusable retardo por parte de la demandada reconvencional.

Transcribe el Artículo 1.999 inciso 1° del Código Civil, en cuya virtud “habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos”, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”, y luego el Artículo 2.002 del mismo Código, en cuya virtud “si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrará por las dos partes peritos que decidan. Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios”.

2. Normas del contrato de compraventa relativas a los vicios redhibitorios:

Luego de argumentar que, conforme al Artículo 1.996 del Código de Civil, el contrato de autos se rige supletoriamente por las normas que regulan el contrato de compraventa, atendido que “si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino después de su aprobación, salvo que se haya constituido en mora declarar si la aprueba o no”, expresa que el mandante ZZ si bien no estimó terminados los trabajos de la obra, se vio obligada a efectuar la recepción parcial de la misma ingresando maquinaria y mobiliario a las dependencias del inmueble, con lo cual se realizó la aprobación de la misma, perfeccionándose el contrato de compraventa.

A continuación, alude a los Artículos 1.857, 1.858, 1.860, 1.861, 1.864, 1.866, 1.868 y 1.869 del Código Civil, señalando que ZZ tiene derecho a ejercer la acción redhibitoria en la modalidad de exigir una rebaja proporcional del precio por los vicios ocultos, según dispone el primer precepto citado y también el tercero.

Añade que conforme al cuarto precepto citado, “si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos en razón de su profesión u oficio, será obligado, no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios....”, expresando que además procede la indemnización de perjuicios en razón de haber tenido el vendedor conocimiento de estos vicios, no haberlos manifestado oportunamente al mandante y, lo que es más grave aún, haber intentado ocultarlos con el fin de que a los ojos de ZZ aparecieran como imperceptibles, aprovechándose de que por la profesión u oficio de sus representantes podrían no ser advertidos.

Concluye que la acción redhibitoria para solicitar la rebaja del precio por la venta de la obra que sólo sirve imperfectamente para su uso y para solicitar la indemnización de perjuicios en razón de haber conocido el vendedor los vicios que se demandan, se encuentra dentro del plazo de interposición por tratarse de un bien raíz.

3. Normas relativas a todo contrato bilateral:

Alude a los Artículos 1.545, 1.546, 1.489, 1.557, 1.556, 1.551, 1.558 y 1.559 del Código Civil, expresando que es evidente la intención positiva de la demandada reconvencional de causar daño a la demandante reconvencional por incumplimiento del plazo de entrega, deficiente ejecución de la obra, incumplimiento de obligaciones contractuales tales como seguir las instrucciones del ITO y no mantener el Libro de Obras en faena, entre otras, perjuicios que se deben con intereses según Artículo 1.559 del Código Civil.

Parte petitoria:

Solicita tener por interpuesta demanda reconvencional, declarándose:

1. Que la demandada reconvencional ha incumplido el contrato.
2. Que la demandada reconvencional debe pagar a la demandante reconvencional la suma que corresponda por concepto de las multas derivadas del incumplimiento del contrato hasta la de pago efectivo de la deuda.
3. Que se condene en costas a la demandada reconvencional.

Segundo otrosí:

Reserva sus acciones legales en contra del Inspector Técnico de la obra TR don H.H.

Tercer otrosí:

Solicita se certifique que la demandada no pidió en la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios que se mantuvieron en vigor las medidas precautorias decretadas, con lo cual está aludiendo a aquéllas que fueron solicitadas por XX en Juzgado Civil de Santiago en los autos Rol 000-2012, sin perjuicio de las que recabó en el presente Juicio Arbitral y a cuyo respecto esta sentencia definitiva no entrará en detalles, por cuanto según consta a fs. 46 del respectivo cuaderno, con fecha 26 de junio de 2013 las partes manifestaron que la solicitud de medidas cautelares había perdido oportunidad, de modo que por resolución de 29 de junio de 2013 (fs. 489), por innecesario, el Árbitro no dio lugar a las cautelares.

En la misma oportunidad, ZZ manifestó que la garantía a que alude el contrato (concretamente en su cláusula 5.3 “garantía de fiel cumplimiento” equivalente al 5% del presupuesto neto aceptado), se habría hecho efectiva, manifestando XX que ello le constaba.

4. Réplica y dúplica tanto respecto de la demanda principal cuanto de la reconvenicional:

Conforme a la facultad conferida a este Árbitro en el acápite 10, etapa de discusión, letra c), del acta de fs. 44 tendiente a acordar normas de procedimiento, por considerarlo necesario, confirió traslado para replicar respecto de la demanda principal, sin perjuicio del correspondiente traslado respecto de la demanda reconvenicional.

5. Réplica en la demanda principal:

El 14 de diciembre de 2012 y a fs. 107 y siguientes replicó la parte XX, argumentando:

a) Reitera que ha interpuesto una acción de cumplimiento forzado de contrato con indemnización de perjuicios y que está sustentada en el hecho reconocido por su contraparte de haber incurrido en una serie de irregularidades en cuanto a su obligación de pagar el precio convenido por las obras ejecutadas, pues al momento de contestar la demanda no discute haber dejado de pagar tanto el noveno estado de pago cuanto aquéllos emanados de obras adicionales.

b) Señala para fundar la excepción de contrato no cumplido, ZZ toma como sustento la ya transcrita cláusula quinta, numeral 2, en cuanto a los requisitos que se establecieron para la procedencia de los estados de pago, refiriendo letra a) en cuya virtud “la empresa Constructora presentará cada Estado de Pago en triplicado y considerando sólo las obras realmente ejecutadas de acuerdo al Presupuesto detallado...” Expresa que la contraparte no ha indicado las obligaciones específicas que habría incumplido XX, de modo que tal excepción no pasaría de ser una mera excusa, agregando que su representada dio cabal y oportuno cumplimiento a cada uno de los requisitos establecidos en el contrato.

c) Añade que el incumplimiento de pago del noveno estado de pago se ha debido, no a que las obras no hubieren sido realizadas por su representada, sino a que aquéllas no habrían tenido la calidad que esperaba, haciendo presente que, según la cláusula decimocuarta, existía un Inspector Técnico de la Obra, quien verificó el cumplimiento de XX en cuanto a la ejecución de las obras convenidas, revistiendo la persona del ITO la más plena confianza de ZZ y que, en cuanto al informe técnico que se argumenta en la contestación, jamás ha sido de conocimiento de XX, ignorando los estándares bajo los cuales fue elaborado.

d) En cuanto a lo señalado por ZZ en el sentido que XX no habría utilizado la vía planteada por el contrato en su cláusula quinta, numeral 4, “Sanciones”, argumenta que es una explicitación de la condición resolutoria tácita y que, por ende, XX tuvo la opción de haber solicitado la terminación anticipada del contrato, pero que optó por solicitar su cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios.

e) En cuanto a las obras adicionales, señala que pese al abierto desconocimiento de ZZ en cuanto a las obras adicionales encargadas a su representada, fueron fielmente ejecutadas y no producto de meras instrucciones

verbales, sobrepasando aquellas contempladas en el contrato primitivo, motivo por el cual se enmarcan dentro de lo estipulado en la cláusula sexta del mismo, reiterando que ZZ solicitó la ejecución de obras no contempladas en el contrato suscrito por las partes, lo cual se ajustó a las formalidades estipuladas en el mismo.

f) Respecto a los incumplimientos que se imputan a XX, los niega, en los siguientes términos:

- En cuanto al incumplimiento de la cláusula séptima del contrato relativa al plazo, señala que no es efectivo porque el ITO declaró en el Libro de Obras que su representada había cumplido cabalmente con la Carta Gantt del proyecto, siendo tal ITO el único encargado de certificar incumplimientos en la ejecución de las obras.

- En cuanto al incumplimiento de la cláusula décima, numeral 1, letra a) Obligaciones Especiales del Constructor y sanciones a su incumplimiento, desconoce las supuestas deficiencias alegadas por XX por no haber sido certificadas por ningún organismo que goce de imparcialidad, destacando que tales imputaciones han sido efectuadas con posterioridad a la época en que la contraria debió cumplir con las obligaciones pecuniarias que para ella nacían del contrato, lo que evidenciaría su intención de crear, artificialmente, un escenario en que se justifique la purga de su propia mora.

- En cuanto al incumplimiento de la cláusula décima, numeral 1, letra f) Obligaciones Especiales del Constructor y sanciones a su incumplimiento, señala que ZZ no expresa mayor razón ni da mayores detalles de cuáles serían tales desperfectos.

- Finalmente, en cuanto al incumplimiento de la cláusula décima, numeral 2, letra c): Obligaciones Especiales del Constructor y las sanciones a su incumplimiento, niega que el Libro de Obras no hubiere estado en el lugar de ejecución de las mismas en la fecha que indica ZZ.

6. Contestación de la demanda reconvenional:

El 27 de septiembre de 2012 y a fs. 114, XX contesta la demanda reconvenional destacando que, atendido el hecho que la demanda reconvenional se sustenta en los mismos hechos que han servido de fundamento a su contestación, contesta la demanda reconvenional conforme a los argumentos que indica.

Reitera que las argumentaciones de ZZ se basan en hechos que se contradicen, incluso con lo expuesto en su contestación, pues sería un hecho reconocido por su contraparte el haber incurrido en una serie de irregularidades en cuanto a su obligación de pagar el precio convenido por las obras ejecutadas por XX, comenzando por destacar que en la contestación de la demanda no se discute que se ha dejado de pagar el noveno estado de pago, ni aquéllos que han podido emanar de las obras adicionales ejecutadas por XX por encargo de ZZ, sino que se limita a imputar un supuesto incumplimiento de las obligaciones del contrato de construcción basado únicamente en la calidad de las obras ejecutadas, siendo tales incumplimientos meras opiniones.

Reitera que XX no ha incurrido en incumplimiento alguno y que, en cuanto a los hechos, da por reproducidos los que fueron expuestos en el escrito de réplica.

Finalmente, señala que en todo momento XX ha estado llana al cumplimiento de las obligaciones que le ha impuesto el contrato.

7. Dúplica en la demanda principal:

El 28 de diciembre de 2012 y a fs. 118 duplicó ZZ.

Destaca que reconoció la existencia de un noveno estado de pago, pero que no procedió a su pago porque la demandante no dio efectivo cumplimiento a los requisitos dispuestos en la cláusula quinta, numeral 2, del contrato de construcción, antecedente fáctico y jurídico para que fuere procedente, actuando, por consiguiente, en ejercicio de una facultad que le otorga el contrato, agregando que de acuerdo a lo expuesto en la contestación tampoco es posible concluir que ZZ haya reconocido alguna obligación de pago en cuanto a las obras adicionales, puesto que se ha tratado de meras reparaciones. Reitera que ZZ no reconoce obligación de pago alguna al respecto, señalando

que se trata de un contrato de construcción por suma alzada, el que de por sí supone el encargo de una obra material única, por la cual se paga a cambio un precio fijo que incluye todos los costos asociados.

En cuanto a lo argumentado por XX en el sentido que la excepción de contrato no cumplido alegada por ZZ es insostenible debido a que no se señalan específicamente qué obligaciones de la cláusula décima habría incumplido, destaca que tales incumplimientos se enumeraron taxativamente en la contestación, reiterando que ZZ mantuvo un impecable historial de cumplimiento y puntualidad en el pago de los ocho estados de pago anteriores.

También reitera que la causa del no pago del noveno estado de pago fue el no cumplimiento por parte de XX a los requisitos dispuestos en el contrato, lo cual es un asunto distinto de la reparación de las obras mal ejecutadas que XX tenía la obligación de efectuar, sin cobros adicionales, al precio unitario pactado en el contrato y que tales obras adicionales no tienen tal naturaleza, en primer término, porque jamás fue intención de ZZ modificar el proyecto original y, en segundo término, porque ZZ no puso en marcha los mecanismos contractuales formalmente pactados para hacerlo.

Respecto del ITO, reconoce que si bien ZZ confió fundadamente en que desempeñaría el cargo debidamente, XX se aprovechó de su negligencia en la fiscalización de las obras a fin de que se ejecutaren con estándares de calidad inferiores al mínimo exigible, reiterando que lo anterior aparece respaldado por el informe elaborado por el ingeniero don G.G., el cual también es prueba de que ZZ no decidió arbitraria e infundadamente que las obras se encontraban mal ejecutadas, sino que existió un estudio de un tercero imparcial y profesional.

En cuanto a que a ZZ se le negó el acceso al Libro de Obras y, por lo mismo, ignora cualquier certificación presuntamente efectuada por el ITO, argumenta que seguramente ello se debe a que tal certificación no existe porque las obras se encontraban desde un inicio mal ejecutadas, y porque al no haber permanecido el Libro de Obras ininterrumpidamente en la faena, no le consta la fidelidad e integridad de tales declaraciones.

8. Fijación de la cuantía del juicio, honorarios del Árbitro y Tasa Administrativa del CAM Santiago:

Por resolución de 7 de enero de 2013 y a fs. 124, este Árbitro cumplió con la obligación de fijar la cuantía del juicio y, en consecuencia, su honorario y la consecuencial tasa administrativa del CAM, a cuyo efecto se deja constancia que ambas partes dieron cumplimiento a tales obligaciones respecto de la cuota inicial, aunque XX con retardo.

9. Réplica de la demanda reconvenzional:

El 9 de enero de 2013 y a fs. 126 ZZ ingresó este escrito, indicando que no ha incurrido en ninguna irregularidad en cuanto a su obligación de pagar; que no intenta eludir obligación de pago alguno; que fue XX la que no dio cumplimiento al contrato en cuanto a una serie de obligaciones, aprovechándose dolosamente de la negligencia y exceso de confianza del ITO designado por ZZ; y que XX pretendió y pretende que ZZ se conforme con la entrega de una obra objetivamente mal ejecutada. También reitera que los incumplimientos alegados por ZZ no son sólo opiniones, puesto que han sido efectuadas por un profesional calificado, a saber, el mencionado señor G.G.

Expresa que da por reproducido lo señalado en la dúplica de la demanda principal en cuanto a pretendidos incumplimientos de ZZ.

Finalmente, en cuanto a que XX ha estado siempre llana a cumplir con las obligaciones emanadas del contrato, reitera que jamás efectuó una cabal ejecución de las obras encomendadas, en primer lugar, porque nunca terminó de efectuar la totalidad de las reparaciones que se le solicitaron y, en segundo lugar, porque la calidad de las obras es inferior a los estándares mínimos que se esperan de cualquier constructora en una obra de estas características.

10. Dúplica de la demanda reconvenzional:

El 22 de enero de 2013 y a fs. 131 XX ingresó este escrito, señalando que la línea argumentativa de ZZ asume como efectivo el hecho que XX habría incurrido en incumplimientos contractuales, siendo imputaciones antojadizas tendientes al eludir su responsabilidad y que, por consiguiente, no cabe sino desestimar las imputaciones en su contra contenidas en la demanda reconvenzional.

11. Comparendo de conciliación:

El 24 de enero de 2013 y a fs. 133 se citó a comparendo de conciliación para el 8 de marzo de 2013, a las 12:30 horas.

En la fecha señalada, se llevó a efecto la audiencia asistiendo sólo la parte de ZZ y no así la de XX, motivo por el cual la conciliación no se produjo y el Árbitro quedó en resolver.

12. Recepción de la causa a prueba:

Por resolución de 11 de marzo de 2013 a fs. 135 se recibió la causa a prueba y, teniendo presente que, en síntesis, la cuestión controvertida dice relación con el noveno estado de pago y la eventual realización de obras extraordinarias, como asimismo con el propósito de facilitar la amplia producción de prueba por las partes, se fijaron como hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes lo que siguen:

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

13. La prueba:

13.1. Prueba testimonial:

Con fecha 20 de marzo de 2013 y a fs. 136 ZZ acompañó lista de testigos, fijando el Tribunal por resolución de 25 de marzo de 2013 y a fs. 137 la correspondiente a audiencia para su recepción.

Con todo, con fecha 3 de abril de 2013 y a fs. 138 ZZ renunció a la prueba testimonial, dictando el Tribunal la correspondiente resolución el 4 de abril de 2013 a fs. 141.

13.2. Prueba de posiciones:

El 11 de marzo de 2013 y a fs. 117, ZZ solicitó que fuera citado a absolver posiciones sobre hechos propios, personalmente y sin posibilidad de delegación, el representante de XX don S.A., a lo que este Tribunal dio lugar por resolución de 15 de abril de 2013 que rola a fs. 277, fijando la correspondiente audiencia y dejando constancia que, atendido el plazo para rendir prueba expiró el 11 de abril de 2013, fecha de presentación del escrito que se provee, en los términos de N° 12 "Etapa de prueba", letra b), del acta de fs. 44, fijaba al efecto el correspondiente término especial de prueba.

Las posiciones fueron absueltas el 25 de abril de 2013 a fs. 286, conforme al pliego de posiciones que se agregó a fs. 282 de autos, con el siguiente resultado:

1. Reconoció que XX presentó a ZZ un presupuesto y oferta, aunque sin precisar el monto exacto.
2. Reconoció la celebración del contrato a que aluden estos autos.
3. Reconoció que el plazo para la ejecución de las obras era de 80 días corridos contado desde la fecha en que se efectuó la entrega material del terreno para construir.
4. Reconoció que la entrega material del terreno se efectuó con fecha 21 de febrero de 2012.
5. Manifestó no constarle que TR debía abandonar el inmueble de calle DML2.
6. Reconoció que el ITO don H.H. trabajó anteriormente en otros proyectos con Constructora XX.
7. Manifestó no constarle que don H.H. haya continuado trabajando en otros proyectos junto a XX.
8. Negó que XX haya infringido la obligación de ejecutar totalmente las obras y entregarlas al mandante a su entera conformidad, agregando que solicitó obras adicionales.
9. Manifestó no constarle que el 29 de junio de 2012, ZZ se vio obligada a efectuar la recepción parcial de la obra incompleta, apremiada por el plazo que tenía para abandonar la sucursal de TR en calle DML1.
10. Negó que el noveno estado de pago no haya sido presentado a ZZ.
11. Manifestó no constarle que el Libro de Obras se extravió durante el mes de julio del año 2012.

12. Negó que XX ejecutó una obra de calidad deficiente, con una serie de desperfectos a la fecha de su entrega, que luego debieron ser reparados por ZZ.

13. Negó que las reparaciones efectuadas por XX a los desperfectos de la obra no corresponden a obras adicionales y reiteró que sí las hubo.

13.3. Prueba documental:

13.3.1. ZZ Propiedades:

Sin perjuicio de la que provocó respecto de XX y que a la que se aludirá a propósito de ésta como prueba documental provocada, ZZ rindió la siguiente prueba documental espontánea:

a) El 5 de abril de 2013, en lo principal de fs. 142, solicitó oficio a TR2 Compañía de Seguros para que remitiera copia del informe del liquidador asociado a la correspondiente póliza tomada por XX, y a la Dirección de Obras Municipales de Santiago para que remitiera copia del certificado de recepción final de la obra Clínica TR, informando además con qué fecha dicha recepción fue solicitada por la demandante XX.

Con fecha 25 de abril de 2013 y a fs. 299 se agregó la respuesta de TR2, señalándose que la póliza en cuestión no estaba sujeta a liquidación, por lo que no existía informe de liquidador asociado a la póliza.

Con fecha 27 de marzo de 2013 a fs. 299, primer otrosí, ZZ manifestó que, atendida la respuesta de TR2, solicitaba al Árbitro tener presente para los efectos de ejercer sus facultades de oficio que si bien existía un informe de TR2 asociado a la póliza en cuestión tomada por XX en beneficio de ZZ, no se trataría de un informe de liquidador, como erróneamente había señalado, sino de un informe de distinta naturaleza asociado a la misma póliza de seguro.

El 29 de mayo de 2013 y a fs. 304, el Árbitro solicitó aclarar la petición, esclareciéndose qué se ha querido expresar con las palabras “un informe de distinta naturaleza asociado a la misma póliza de seguros”.

Con fecha 27 de mayo y a fs. 299, ZZ solicitó se reiterare el oficio enviado a la Dirección de Obras Municipales, la que respondió por oficio de 19 de junio de 2013, agregado a fs. 363, en el sentido que respecto de la propiedad ubicada en calle DML3, subterráneo, se aprobó el correspondiente permiso de obra nueva de fecha 5 de julio de 2012, destinado a Centro Médico, y que no registraba recepción final, dejando constancia que la respuesta ya había sido proporcionada por oficio de 30 de abril de 2013 (fs. 364), no retirada en la oficina del Municipio.

b) El 11 de abril de 2013 y a fs. 217 (segundo otrosí), ZZ rindió la siguiente prueba documental:

1. Informe técnico del ingeniero G.G.
2. Factura N° 18 de XX correspondiente a demoliciones de la edificación existente en calle DML3.
3. Factura N° 25 de XX correspondiente a anticipo de la obra TR.
4. Factura N° 26 de XX correspondiente al estado de pago N° 1 y devolución de anticipo.
5. Factura N° 28 de XX correspondiente al estado de pago N° 2.
6. Factura N° 29 de XX correspondiente al estado de pago N° 3 y retenciones.
7. Factura N° 32 de XX correspondiente al estado de pago N° 4.
8. Factura N° 34 de XX correspondiente al estado de pago N° 5 y retenciones,
9. Factura N° 35 de XX correspondiente al estado de pago N° 6 y retenciones.
10. Factura N° 36 de XX correspondiente al estado de pago N° 7 y retenciones.
11. Factura N° 38 de XX correspondiente al estado de pago N° 8.
12. Carta enviada el 13 de septiembre de 2012 por doña L.V., de ZZ, a XX, señalando una lista de desconformidades que existían en la entrega de la obra.
13. Correo electrónico de 19 de enero de 2012 enviado por don H.H. a H.V. y G.J. de TR, exponiendo la conveniencia de contratar a XX.
14. Correo electrónico de fecha 11 de febrero de 2012 enviado por don H.H. a P.A. de XX con una lista de los ítems que corregir del presupuesto presentado previo al proyecto.
15. Correo electrónico de 15 de febrero de 2012 de don H.H. a don P.A., don H.V., don G.J. y doña L.V. de TR, adjuntando imágenes en 3D de lo que sería la proyección del proyecto.

16. Correo electrónico de 15 de febrero de 2012 de don H.H. a don P.A., don H.V., don G.J. y doña L.V. de TR, adjuntando más imágenes en 3D de lo que sería la proyección del proyecto.
17. Correo electrónico de 17 de febrero de 2012 enviado por don H.H. a don H.V. y don G.J. de TR, explicando que se comenzaría a trabajar con un presupuesto de un 12% menor a lo pactado.
18. Correo electrónico de 4 de mayo 2012 enviado por don G.J. (TR) a don H.H., en el cual le instruye que no comprometa recursos de la empresa aceptando el listado adicional y plazos propuestos por la Constructora.
19. Correo electrónico de 15 de mayo de 2012 enviado por don H.V. (TR) a don H.H., en el cual manifiesta su preocupación por el retraso de la obra.
20. Correo electrónico de 15 de mayo de 2012 enviado por don G.J. (TR) a don H.H., en el cual le expresa no haber recibido aún un informe que explique las razones del atraso en la entrega de la obra.
21. Correo electrónico de 12 de julio de 2012 enviado por don H.V. (TR) a don H.H., en el cual le manifiesta que los valores enviados por los supuestos adicionales no coinciden con el presupuesto.
22. Cadena de correo electrónicos de fecha 10 de agosto de 2012 entre don P.A. (XX) y don H.H., en el cual el primero reconoce que don H.H. señaló que las obras no se encuentran bien ejecutadas mientras que éste reconoce que a esa fecha las obras aún no se encuentran terminadas.
23. Correo electrónico de 6 de septiembre de 2012 enviado por don H.V. (TR) a don H.H. en el cual le solicita enviar una lista de documentos que obran en su poder.

13.3.2. Constructora XX:

a) Espontánea:

El 8 de abril de 2013 a fs. 144, XX produce la siguiente prueba documental:

1. Copia del contrato general de construcción por suma alzada.
 2. Set fotográfico.
- 3 a 21.** Libro de Obras correspondiente a las fechas 14 de marzo de 2012, 15 de marzo de 2012, 19 de marzo de 2012, 26 de marzo de 2012, 26 de marzo de 2012, 27 de abril de 2012, 30 de abril de 2012, 30 de abril de 2012, 28 de mayo de 2012, 13 de junio de 2012, 18 de junio de 2012, 22 de junio de 2012, 26 de junio de 2012, 26 de junio de 2012, 27 de junio de 2012, 5 de julio de 2012, 6 julio de 2012, 10 de julio de 2012 y 10 de julio de 2012, dando cuenta de lo que expresan, y
22. Resumen de presupuesto de Centro Médico TR.

El 11 de abril de 2013 a fs. 195 XX rinde la siguiente prueba documental:

1. Libro de obras original de fechas 1° de marzo de 2012 a 28 de junio de 2012.
2. Libro de obras original de fechas 30 de junio de 2012 a 12 de julio de 2012.
3. Estado de pago N° 9.
4. Estado de pago N° 1, de obras adicionales.
5. Estado de pago N° 2, de obras adicionales.
6. Estado de pago N° 3, de obras adicionales.

b) Provocada:

El 5 de abril de 2013 a fs. 142, primer otrosí, ZZ solicita que XX exhiba los libros de obra de construcción de la obra TR de DML3, fijando el Tribunal por resolución de 9 de abril de 2013 que rola a fs. 143 la audiencia del 18 de abril de 2012.

A fs. 278 rola acta de la referida audiencia celebrada con la sola asistencia de ZZ y en rebeldía de Constructora XX, dando la primera por cumplida la exhibición de documentos en mérito del escrito presentado por XX a fs. 195, a que recién se ha aludido.

13.4. Prueba pericial:

- a) Con fecha 9 de abril de 2013 y a fs. 189, ZZ solicita la práctica de una pericia a las instalaciones de Clínica TR ubicadas en calle DML3, indicando los puntos que debieran ser materia del informe, a saber:

1. Distribución de la edificación de la Clínica TR de DML3.
2. Características constructivas de la Clínica TR de DML3, determinando tipología de revestimientos, terminaciones e instalaciones.
3. Detalle de las deficiencias detectadas en cada una de las áreas.
4. Considerando los resultados de los puntos anteriores y los informes externos sobre la Clínica TR de DML3, efectuar un análisis respecto a lo siguiente:
 - a) Determinación de las deficiencias existentes al momento de entregarse la obra.
 - b) Determinación de aquellas deficiencias que habrían recibido una reparación posterior y efectiva según lo observado en terreno.
 - b) Determinación de las deficiencias y desperfectos que son irreparables y sus motivos técnicos.

Al respecto, destaca que el informe deberá evacuarse sobre la base del análisis y valoración de los informes del liquidador de TR2 seguros, sin perjuicio de cualquier otro documento que el perito requiera para la realización de su informe, y del informe técnico del ingeniero don G.G.

b) Por resolución de 11 de abril de 2013 que rola a fs. 194 se citó a las partes para la audiencia del 18 de abril de 2013 a fin de proceder a la designación del perito y, en cuanto a sus honorarios, el Árbitro declaró que no obstante haber sido solicitada la prueba por una sola parte, debían ser pagados por mitades, por cuanto estimaba que el medio probatorio era indispensable para resolver la cuestión controvertida, dado que existen puntos de hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de una ciencia o arte, sin perjuicio que la decisión aparece avalada por la circunstancia que XX es demandante principal y ZZ demandante reconvenzional, existiendo íntima relación entre los hechos alegados por una y otra parte, y todo sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre costas.

c) El 18 de abril se llevó a efecto la audiencia de designación de perito con la sola asistencia de ZZ y en rebeldía de XX, por lo que no habiendo comparecido ambas partes, el Tribunal quedó en resolver.

d) El 19 de abril de 2013 y a fs. 280 el Tribunal resolvió:

1. Designar un solo perito.
2. Hacer recaer el nombramiento en la persona del ingeniero civil don PE.
3. Señaló los siguientes puntos sobre los cuales debería recaer el informe:
 - a) Proyecto inicial y proyecto ejecutado. Eventuales deficiencias y su reparación. Valores involucrados. Cumplimiento de plazos.
 - b) Estados de pago y su pago. Solución.
 - c) Existencia de obras adicionales.
 - d) Recepciones de la obra.

Se dejó constancia que el señor Perito, sin perjuicio de toda la documentación allegada al proceso, quedaría facultado para requerir la información adicional que precisare, especialmente de carácter técnico, a fin de llevar a cabo su cometido; proponer sus honorarios, fijar plazo para evacuar su informe; celebrar reuniones con las partes, de propia iniciativa, o a requerimiento de cualesquiera de ellas, pero con asistencia de ambas, con constancia de que si la contraparte de quien ha solicitado la reunión no asiste, igualmente se llevará a cabo; y que podrá mantener correspondencia por correo electrónico con las partes, copiando a la otra y al Árbitro.

e) El 25 de abril de 2012, conjuntamente con llevarse a cabo la diligencia de absolución de posiciones según ya se ha referido, las partes quedaron notificadas y manifestaron su conformidad con la nominación del perito señor PE, según resolución de fs. 280 ya referida.

f) Con fecha 15 de mayo de 2012 y a fs. 296 el perito señor PE presentó su propuesta para desarrollar el informe inicial, indicando sus alcances, equipo profesional, plazo y costo.

g) Según consta del acta de fs. 295, el 15 de mayo de 2013 el señor Perito aceptó y juró el cargo, fijando como fecha para la audiencia de reconocimiento el 22 de mayo de 2013.

h) El 15 de mayo de 2013, a fs. 296, el señor Perito, expresó que de acuerdo con lo resuelto por el Árbitro, las materias objeto del peritaje serían las siguientes: i) Proyecto inicial y proyecto ejecutado. Eventuales deficiencias y su reparación. Valores involucrados. Cumplimiento de plazos. ii) Estados de pago y su pago o solución. iii) Existencia de obras adicionales. iv) Recepciones de obra.

i) Por resolución de 15 de mayo de 2013 que rola a fs. 294, se tuvo por aceptado y jurado el cargo por parte del señor Perito, se fijó como fecha para el reconocimiento la ya mencionada y se ordenó tener presente la propuesta del señor Perito, también de la misma fecha.

j) Con fecha 22 de mayo de 2013 según consta del acta de fs. 295, tiene lugar la audiencia de reconocimiento con la sola asistencia de ZZ y en rebeldía de XX.

El acta da cuenta de los honorarios del señor Perito y plazo para evacuar el encargo. Acto seguido, por insinuación del mismo y aprobada por el Árbitro, la representante de ZZ expuso sucintamente la posición de su representada, formulándole el perito las preguntas que estimó pertinentes.

Luego el señor Perito puntualizó algunos aspectos, de los cuales cabe destacar la información para el peritaje, a saber:

- i) Proyecto entregado por ZZ a XX, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones.
- ii) Proyecto recibido por XX para la construcción de las obras, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones;
- iii) Presupuesto que precedió a la celebración del contrato presentado por XX a ZZ para la ejecución de las obras, oferta de XX, incluida la Carta Gantt;
- iv) Estado de pago cursados, pagados y no pagados;
- v) Identificación, descripción, cubicación y precio de las obras extraordinarias;
- vi) Informes periódicos del ITO e informe final.
- vii) Recepciones provisionales y definitivas, actas si las hubiere; y
- viii) Eventuales contratos suscritos por ZZ a fin de concluir y/ o reparar la obra.

La parte de ZZ manifestó que haría entrega de todos los documentos que tuviere e hizo reserva de su derecho a solicitar la exhibición de los documentos, si fuere necesaria. Se estableció un plazo de 20 días corridos a contar de la fecha para allegar la documentación solicitada por el perito.

k) En consonancia con lo anterior, el 27 de mayo de 2013 y a fs. 299, ZZ solicitó ordenar al ITO don H.H. la exhibición de los instrumentos y documentos requeridos por el perito don PE y que obren en su poder, a saber, los mismos referidos en la letra que antecede.

l) También en consonancia con lo ordenado por el señor Perito, el 6 de junio de 2013 y a fs. 305 ZZ acompañó la documentación que ya ha sido referida.

m) 13 junio de 2013, por resolución de fs. 345 se dispuso notificar por receptor judicial al ITO señor H.H. a fin de llevar a cabo la audiencia de exhibición de documentos a que se ha aludido, señalando al efecto el 26 de junio de 2013.

n) El 13 de junio de 2013 y a fs. 344, ZZ solicitó la fijación de nuevo día y hora para la exhibición de documentos por parte de don H.H., a fin de alcanzar a practicar la correspondiente notificación.

ñ) El Árbitro dio lugar a lo anterior con fecha 13 de junio de 2013 por resolución de fs. 345, fijando al efecto el 14 de junio de 2013.

o) El 26 de junio de 2013, según acta que rola a fs. 356, se lleva a cabo la diligencia exhibición de documentos por parte de don H.H., quien manifiesta ignorar su propósito concreto por cuanto sólo se le había notificado la

solicitud de fijación de nuevo día y hora, no así los documentos que debía exhibir, solicitando se le otorgue un plazo al efecto, a lo que el Árbitro da lugar señalando el 12 de julio de 2013. Agrega el señor H.H. que hará lo posible por exhibirlos con anterioridad, dejando constancia de aquellos que eventualmente no obren en su poder.

p) Por e-mail de 26 de julio de 2013, pero que no fue agregado a los autos, el perito señor PE se dirige a los abogados de XX manifestándoles haber tomado conocimiento por intermedio del Árbitro que han asumido su representación, reiterándoles haber sido nombrado perito y que el acta de reconocimiento de 22 de mayo de 2013 estableció la forma de trabajo, señalando la información necesaria que debían proporcionar las partes para su elaboración, sin que hasta el momento nada hubiere recibido de parte de XX. Por ello, solicitó proporcionarle la información para el peritaje requerida en el numeral 4 letra b) del acta referida, es decir, la totalidad de los documentos de que da cuenta el acta de la audiencia de reconocimiento que tuvo lugar el 22 de mayo de 2013 y que rola a fs. 297, ya referida.

q) Con fecha 12 de julio de 2013 y a fs. 361, el ITO señor H.H. manifiesta hacer entrega de la información con que cuenta, mencionando que el computador en que se desarrolló este proyecto, que era el que se manejó durante el desarrollo de la obra, le fue hurtado y que, por consiguiente, a continuación entregaba la información que había podido recopilar de correos electrónicos entre las partes:

i) Proyecto entregado por ZZ a XX, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones: Responde que las informaciones fueron siendo entregadas en la medida que los proyectos se iban terminando, coordinando entre sí, adecuando a la realidad observada en terreno y a los nuevos requerimientos que el mandante requería.

ii) Proyecto recibido por XX para construcción de las obras, incluidos, planos, especificaciones y cubicaciones: Idem.

iii) Presupuesto que precedió a la celebración del contrato presentado por XX para la ejecución de las obras, oferta de XX, incluida la Carta Gantt. La adjuntó.

iv) Estados de pago cursados, pagados y no pagados: Se adjuntó algunos de ellos que se encontraban revisados, señalando que su cancelación es facultad del mandante.

v) Identificación, descripción, cubicación y precio de las obras extraordinarias: Responde que si bien la Constructora en varias ocasiones hizo presentaciones al respecto, su análisis por nuestra parte no pudo ser concretado antes de que se nos ordenara cesar funciones.

vi) Informes periódicos del ITO e informe final: Informa que su servicio no incluía lo que se indica.

vii) Recepciones provisionales y definitivas, actas si las hubiere: Responde que no las hay. Se adjunta listado de observaciones entregado a la Constructora.

viii) Eventuales contratos suscritos por ZZ a fin de concluir y/o reparar la obra: Responde desconocer esa información, puesto que se le había desvinculado de la obra.

r) 16 de agosto de 2013 a fs. 376 se agrega nuevo e-mail del señor Perito dirigido al Árbitro, en el cual hace constar:

- Que ha recibido la información aportada por el arquitecto señor H.H.
- Que en la audiencia de reconocimiento de 22 de mayo de 2013, a que no concurrió XX, se estableció lo concerniente a sus honorarios y forma de pago, dejando constancia que XX no ha cumplido.
- Que en la misma audiencia se solicitó la información requerida para elaborar el informe pericial, habiendo hasta el momento ZZ hecho entrega de su información y luego el aporte del ITO señor H.H., pero sin que se haya recibido información alguna de parte de XX.
- Que el 26 de julio de 2013 envió un correo electrónico a los abogados de XX requiriendo los datos para facturar el anticipo de sus honorarios y la información necesaria mencionada en la respectiva acta, sin que hubiere recibido respuesta alguna.
- Que en ese estado de cosas no podría llevarse a cabo el peritaje si XX no cumplía con los dos aspectos que se le han requerido.
- Que en el evento que XX cumpliera con los dos requerimientos, el plazo del peritaje comenzaría a correr a partir de esa fecha, pues de lo contrario estimaba cabe entenderse que se ha desistido de llevar adelante el peritaje.
- Que en el evento que el Árbitro resuelva que no se ejecute el peritaje, devolvería el anticipo que ha pagado ZZ, puesto que el servicio no se ha iniciado hasta la fecha.

s) Por resolución de 16 de agosto de 2013 que rola a fs. 374, este Árbitro dispuso agregar a los autos el correo electrónico recién referido y, luego de referir todas las actuaciones procesales relativas al peritaje, teniendo presente

lo que había expresado a fs. 194 en el sentido que el Árbitro estima que el medio probatorio consistente en el informe pericial es indispensable para resolver la cuestión controvertida por existir puntos de hecho para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de una ciencia o arte, sin perjuicio de que XX es demandante principal y ZZ es demandante reconvenional, existiendo íntima relación entre los hechos alegados por una y otra parte, como asimismo teniendo presente las amplias facultades de que está dotado el Árbitro conforme al acta de procedimiento de fs. 44, citó a las partes a una audiencia a celebrarse el 27 de agosto de 2013, a las 10:00 horas, a fin de discutir lo pertinente del informe pericial decretado en autos, como cuestión previa a que el Árbitro adoptare las medidas que correspondieren a fin de dar curso progresivo a los autos.

t) El 22 de agosto de 2013 el señor Perito acusa recibo de un correo electrónico que le envió este Árbitro en el cual le manifestó tuviera a bien indicar cuáles son los antecedentes mínimos que faltan para que pudiese llevar a cabo su cometido, tomando pie en lo que solicitó en la audiencia de reconocimiento que tuvo lugar el 22 de mayo de 2013 y cuya acta rola a fs. 297, en términos tales que el Árbitro quedaría preparado para la audiencia fijada para el 27 de agosto de 2013 manifestando al perito que si le fuere posible asistir lo hiciere, consciente de que ello podía representar una carga adicional que, en definitiva, sea sólo eso.

En su respuesta el perito manifiesta que, en cuanto a los antecedentes mínimos necesarios, no tiene los aportes de XX, de modo que sería preciso insistir en que se acompañen los que indicó en los puntos ii), iii), iv), v), vii) de la letra d) de numeral 4 del acta de reconocimiento del perito de 22 de mayo de 2013, complementaria de la que se encuentra en el expediente y que otorgaría el punto de vista de XX, que es lo que buscaba. Agregó que haría lo conveniente por asistir a la audiencia del día 27 de agosto de 2013.

Esta correspondencia no aparece agregada a los autos.

En consecuencia, el señor Perito aludió a:

- **ii)** Proyecto recibido por XX para la construcción de las obras, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones.
- **iii)** Presupuesto que precedió a la celebración del contrato presentado por XX a ZZ para la ejecución de las obras, oferta XX, incluida la Carta Gantt.
- **iv)** Estados de pago cursados, pagados y no pagados.
- **v)** Identificación, descripción, cubicación y precio de las obras extraordinarias.
- **vii)** Recepciones provisionales y definitiva, actas si las hubiere.

Por lo mismo, obvió:

- **i)** Proyecto entregado por ZZ a XX, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones.
- **vi)** Informes periódicos del ITO e informe final.

u) El 27 de agosto de 2013 a fs. 377 rola el acta de la audiencia fijada para la fecha, la que tuvo lugar con la sola asistencia de ZZ y del perito señor PE, y en rebeldía de XX, por lo que el Árbitro manifestó que el propósito de la audiencia quedaba frustrado y quedaba en resolver.

v) Por correo electrónico de 6 de septiembre de 2013, el señor Perito acompañó una minuta (fs. 378), con los fundamentos del caso, en que hace presente su posición respecto de la imposibilidad de realizar el informe pericial si XX no cumple con lo que le ha sido requerido y, luego de relatar los antecedentes procesales, manifiesta en el número 1.

2. Antecedentes técnicos:

Respecto de los antecedentes mínimos necesarios, hasta el momento no se dispone de aportes de la parte XX, por tanto sería preciso insistir en que acompañe lo siguiente: ii), iii), iv), v) y vii) de la letra b) del numeral 4 del acta de reconocimiento de perito de fecha 22 de mayo de 2013. Esta información sería complementaria a la que se encuentra en el expediente y otorgaría el punto de vista de XX, que es lo que busca el perito.

El detalle solicitado es el siguiente:

ii) Proyecto recibido por XX para la construcción de las obras, incluidos planos, memorias, especificaciones y cubicaciones. Disponer de este proyecto permitiría al perito conocer lo que originalmente cotizó XX, que debería ser lo contratado con ZZ, en consecuencia, las obras extraordinarias reclamadas por XX se deberían poder deducir de la comparación de lo ejecutado con lo contratado, a partir del proyecto original.

iii) Presupuesto que precedió a la celebración del contrato presentado por XX a ZZ para la ejecución de las obras, oferta XX, incluida la Carta Gantt. El presupuesto elaborado por XX a partir del proyecto recibido para ofertar debe permitir distinguir las obras originales del contrato y deducir, entonces, las que serían extraordinarias según alega esta parte. Además, la Carta Gantt permitiría conocer el cronograma de plazos según XX, para revisar los atrasos en la ejecución de las obras que reclama ZZ.

iv) Estados de pago cursados, pagados y no pagados. El contrato entre ZZ y XX tiene en su cláusula quinta una definición del procedimiento de presentación y cobro de estados de pago. Interesa saber cómo se desarrolló este trámite durante la ejecución de las obras y reconocer, desde la perspectiva que otorgue la información que entregue XX, si los cobros que reclama por el estado de pago N° 9 y los asociados a obras adicionales, están fundamentados, bien formulados, aceptados por ZZ, rechazados por ZZ, si transcurrió el plazo de tres días disponibles para aceptación y rechazo, en fin, formarse una opinión de la situación de éstos y la validez de su cobro, cuestión esencial para las pretensiones de XX.

v) Identificación, descripción, adjudicación y precio de las obras extraordinarias. XX aporta en el expediente unos cuadros con los presupuestos de obras extraordinarias. El contrato en su cláusula sexta regula las disminuciones, aumentos o modificaciones de las obras, teniendo en cuenta que la mayor reclamación de XX corresponde a las que serían obras extraordinarias, es clave tener no sólo un presupuesto de estas pretendidas obras sino los respaldos detallados de su existencia, de las razones que no las hacen exigibles como parte de lo contratado originalmente y los fundamentos técnicos para su formulación, así como la forma en que se tramitó su aprobación oportuna por parte del mandante y posteriormente su pago.

vii) Recepciones provisional y definitiva, actas si las hubiere. El Contrato entre las partes regula en su cláusula decimoquinta lo que denomina Recepción Provisoria de la Obra y en su cláusula decimosexta la Recepción Definitiva de la Obra. Interesa saber si en opinión de XX alguno de estos trámites se llevó a cabo, incluso más, si hubo alguna recepción provisional, parcial de las obras.

3. Conclusión:

a) Desde el punto de vista técnico, queda claro que la información solicitada a XX es necesaria e indispensable para hacer el peritaje.

Sin la información que falta, y que debe proporcionar XX, el perito no podrá producir un informe pericial completo, adecuado y que cumpla el fin para el cual fue decretado, que es proporcionar al Árbitro una visión completa y acabada de los hechos que el propio SJA ha estimado requieren de conocimientos especiales de una ciencia o arte para su análisis e informe.

Así las cosas, el peritaje no podrá llevarse a cabo si XX no cumple con lo que se le ha requerido, tal como ya informó el perito en su correo electrónico de fecha 16 de agosto de 2013.

b) Atendido todo lo anterior y la indispensable necesidad del peritaje, por resolución de 6 de septiembre de 2013 que rola a fs. 382, conjuntamente con ordenar la agregación a los autos del correo electrónico de la misma fecha remitido al Árbitro por el señor Perito y que se pusiere en conocimiento de las partes, dando por reproducidas las consideraciones que contiene la resolución de fs. 374 y teniendo presente la inasistencia de XX, según se infiere del acta de 27 de agosto de 2013, a la audiencia dispuesta por la citada resolución, como asimismo teniendo presente lo expresado por el señor Perito en el correo electrónico referido en el número anterior, se fijó a la parte XX un plazo de diez días para que agregare a los autos la documentación requerida por el señor Perito, bajo apercibimiento de definitivamente prescindir de ella y resolver lo que corresponda para dar curso progresivo a los autos, resolución que, al igual que todas las demás libradas en autos, le fue oportunamente notificada.

c) El 1° de octubre de 2013 a fs. 383 este Árbitro, teniendo presente la referida resolución de fs. 382; el vencimiento del plazo establecido en ella sin que se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado; el deber del Árbitro de dar curso progresivo a los autos; y lo dispuesto en el acápite 13 "Gestiones posteriores a la prueba" del acta de procedimiento de fs. 44 y siguientes, declaró a XX incurso en el apercibimiento de que daba cuenta la resolución de fs. 382; que no resultaba posible llevar a cabo el peritaje dispuesto por la resolución de fs. 394; y, que en consecuencia, se le dejaba sin efecto, a la vez que se confirió traslado a las partes para que, en el plazo de diez días, presentaren sus observaciones a la prueba.

14. Observaciones a la prueba:

Sólo las formuló la parte de ZZ, según escrito ingresado el 17 de octubre de 2013 y que rola a fs. 386 y siguientes.

Destaca que la demanda principal de XX es de cumplimiento forzado del contrato, solicitando el pago del noveno estado de pago y los tres estados de pago correspondientes a obras adicionales, atribuyendo incumplimientos a ZZ.

Agrega que XX no contribuyó con los medios de prueba suficientes como para acreditar los hechos señalados como fundantes de su demanda y que, en cuanto a la demanda reconvencional de incumplimiento de contrato presentada por ZZ, se ha acreditado de manera fehaciente el incumplimiento de la cláusula séptima de plazo y de la cláusula décima, numeral 1, letra a), Obligaciones especiales del constructor y sanciones a su incumplimiento.

Añade que, con el fin de dar un orden a las alegaciones efectuadas por cada una de las partes durante el juicio y dada la íntima relación existente entre ambos puntos de prueba, se procederá a efectuar un análisis en conjunto, dividido sólo respecto de las efectuadas en la demanda principal y en la demanda reconvencional.

A continuación, refiere los puntos de prueba señalados por el Árbitro, para pasar a aludir a las dos demandas.

a) Respecto de la demanda principal:

1) Supuesto retraso del noveno estado de pago:

Señala que ninguna de las pruebas rendidas por XX ha acreditado el incumplimiento imputado a ZZ, reiterando los requisitos de procedencia de los estados de pago según refirió en el período de discusión del juicio y que XX no le ha presentado el noveno estado de pago, puesto que el documento acompañado el 11 de abril de 2013 bajo tal denominación, no es más que una planilla Excel que enumera aleatoriamente una serie de obras ejecutadas y saldos pendientes de pago, no figurando en el documento las firmas de aprobación de las personas que aparecen dando el visto bueno a dicho estado de pago.

Agrega que el referido documento acompañado como supuesto noveno estado de pago no tiene valor probatorio debido a que no se encuentra respaldado por otras pruebas del juicio tendientes a reconocer su autenticidad, y que no puede dar fe de la veracidad ni de la exactitud de las declaraciones que en él constan.

Añade que el noveno estado de pago no aparece firmado por el ITO arquitecto de la obra don H.H. y en las copias del Libro de Obras acompañadas por la contraparte con fecha 11 de abril de 2013 tampoco aparecen aprobaciones, certificaciones o vistos buenos que digan relación con el noveno estado de pago efectuadas por el ITO arquitecto don H.H.

Expresa que no consta en autos prueba documental referente a algún certificado de la Dirección o Inspección del Trabajo que acredite la inexistencia de incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales por parte de XX.

Luego expresa que, contrariamente a lo anterior, ZZ probó haber pagado oportunamente los ocho estados de pago presentados por XX y que las facturas de éstos se acompañaron con la presentación de 11 de abril de 2013.

Por último, reitera que aún en el caso que XX diera cumplimiento a los requisitos de procedencia de pago del noveno estado de pago, de todas formas no procedería que ZZ hiciera este último pago amparada en la excepción de contrato no cumplido, específicamente respecto de las cláusulas 7 y 10 numeral 1 letra a), y en el derecho que le otorga el contrato en su cláusula 5 numeral.

2) Encargo de supuestas obras adicionales:

Relata que XX imputó a ZZ haber solicitado una serie de obras adicionales a través del Libro de Obras, respecto de las cuales asegura haber enviado un presupuesto por la suma de 3.330 UF, sin que a la fecha le hayan sido pagadas.

Al respecto, reitera el procedimiento establecido en la cláusula sexta del contrato para las disminuciones, aumentos o modificaciones de las obras originales y que ZZ jamás efectuó disminuciones, aumentos o modificaciones al proyecto original, siendo prueba de ello que no constan instrucciones del mandante en tal sentido en el Libro de Obras.

Agrega que el 8 de abril de 2013, XX acompañó extractos del Libro de Obras, pero que al contrastar dichas declaraciones con las copias materiales del Libro de Obras acompañadas por la contraparte, se concluye que ninguna de las anotaciones señaladas como “instrucciones escritas del mandante” tienen el carácter de tal, debido a que no fueron firmadas por los representantes que ZZ designó en terreno para supervisar la obra, siendo prueba de lo anterior el correo electrónico de 4 de mayo de 2013, en el cual don G.J. de ZZ instruye a don H.H. no aceptar un listado de adicionales propuesto por la Constructora, comprometiendo recursos de la empresa, y que en el mismo sentido existe el correo electrónico de 12 de julio de 2012 enviado por don H.V. de ZZ al ITO don H.H., en el cual manifiesta que los valores de los supuestos adicionales no coinciden con el presupuesto enviado por la Constructora.

Añade que los representantes de ZZ sí aparecen realizando otro tipo de actuaciones en el Libro de Obras, como la de 5 de junio de 2012 de don H.V. tendiente a hacer constar el ingreso de los muebles de TR a la Clínica con fecha 18 de junio y que, luego de enumerar un listado no menor de adicionales a solicitud del mandante don G.J. de ZZ, agrega que con fecha 19 de junio de 2012 “no autorizado”. Se refiere también a la firma de don H.V. de ZZ de 26 de junio de 2012, en una instrucción del ITO don H.H. a la Constructora, que señala “en sala de scanner una de las perforaciones del anclaje del equipo evidenció un espesor menor al esperado. Se solicita levantar el piso y sacar un área del radier para evaluar la situación, lo cual da cuenta de que la obra efectivamente se estaba ejecutando negligentemente”.

Manifiesta que en cuanto a los costos en la ejecución del proyecto, si bien existen posibilidades de que, por diversos motivos, se experimente ciertas alzas de costos en comparación al presupuesto inicial entregado al cliente, XX previó esta situación entregando al mandante ZZ un presupuesto aumentado en un 12% aproximadamente, siendo prueba de ello el correo

electrónico de 17 de febrero de 2012 enviado por don H.H. a don H.V. y don G.J. de TR, en el cual les explica que se comenzaría a trabajar con un presupuesto de 12% menor a lo pactado con el fin de dejar un margen para los posibles aumentos de costos que se calculaba serían entre 5 y 10%.

Concluye que de lo anterior y de varias otras anotaciones en el Libro de Obras es posible inferir que las instrucciones que, a juicio de la demandante principal constituyen obras adicionales, no fueron más que instrucciones verbales del mandante para que la Constructora efectuara correcciones de los trabajos mal ejecutados, o bien obras contempladas en el proyecto original que la Constructora no estaba incorporando en la ejecución, pero bajo ninguna circunstancia constituyen disminuciones, aumentos o modificaciones de las obras originales de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula sexta.

A continuación, enumera algunas afirmaciones fundantes de la demanda principal que estima la demandante principal no logró acreditar en el juicio.

b) Respecto de la demanda reconvencional:

Recapitula que en ella solicitó se declarare el incumplimiento del contrato por parte de XX, debiendo pagar a ZZ la suma correspondiente por concepto de multa de las cláusulas 7, 10 numerales 1 letra a) y f) y 2 letra c), derivada del incumplimiento del contrato hasta el pago efectivo de la deuda, condenándola en costas.

1) Incumplimiento de la cláusula séptima de plazo: Señala que conforme a la cláusula pertinente, el plazo era de 80 días para la ejecución de la obra, venciendo el 11 de mayo de 2012 sin que la Constructora hubiere cumplido con lo dispuesto en el contrato.

Estima que lo anterior se encuentra acreditado según el Libro de Obras, el cual si bien fue llevado con irregularidades da cuenta sobradamente de que existen una serie de anotaciones con instrucciones de ejecuciones de obras que seguirían realizándose aún luego de vencido el plazo de 11 de mayo de 2012.

Así, el 5 de junio de 2012, TR debió comenzar a trasladar los muebles a la obra sin finalizar, efectuándose su recepción parcial. Asimismo, la Carta Gantt que acompañó con fecha 6 de junio de 2013, en el numeral 2, da cuenta tanto de la fecha de inicio del proyecto, como de entrega en el mes de mayo de 2012.

A mayor abundamiento, cita los correos electrónicos que acompañó el 11 de abril, numerales 19 y 20 del segundo otrosí, en los cuales don H.V. de ZZ con fecha 15 de mayo de 2012 manifiesta su preocupación al ITO don H.H. por el retraso de la obra y del incumplimiento de la Constructora en los compromisos de entrega, y por otra parte don G.J. de ZZ con fecha 15 de mayo de 2012 manifiesta al mismo ITO don H.H. no haber recibido aún un informe que explique los retrasos de la obra.

Recapitula lo que dispone la cláusula séptima (octava) en cuanto a la sanción por cada día de atraso en la verificación de la recepción provisoria de la obra, cual es pagar al mandante una multa equivalente al 1 por 1.000 del valor del presupuesto aprobado con un tope del 10% sobre el precio total del contrato, “siempre que dicho atraso sea por causas imputables a la Empresa Constructora” y que “por la sola llegada del vencimiento del plazo establecido en el contrato sin que se hubiere verificado la recepción provisoria, se entenderá que la Empresa Constructora está en mora de cumplir su obligación. Por ello, el mandante queda facultado para descontar de las retenciones efectuadas a los estados de pago, las multas antedichas”. Concluye que procedería el pago de una multa equivalente a 25 días de atraso en la entrega de la obra, por 1.000 del valor total del presupuesto aprobado por 22.970 UF.

2) Incumplimiento de la cláusula décima, numeral 1, letra a): Luego de reiterar que consiste en “ejecutar fiel, íntegra y oportunamente la obra contratada, para lo cual deberá cumplir con las disposiciones de la Ley General de Construcciones y Urbanización, Ordenanzas y Reglamentos locales de carácter municipal, y de toda otra Ley o

reglamento que rijan las actividades de construcción y que sean pertinentes; como también cumplir con las especificaciones técnicas y planos del proyecto (...)", expresa que para acreditar la ejecución de la obra contratada de forma fiel e íntegra, ZZ solicitó al Árbitro con fecha 9 de abril de 2013 la realización de un peritaje a la obra TR, el que fue oportunamente ordenado, pero que la falta de participación y colaboración en el proceso por parte de XX hicieron imposible la conclusión de dicho medio probatorio. Añade que a pesar de que XX se opuso a que su propia obra fuera sometida al escrutinio de un profesional de la construcción, el informe pericial no lo estima necesario para que el Árbitro considere como acreditado el incumplimiento de XX a la cláusula décima, numeral 1, letra a), por dos razones:

a) Porque la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Santiago informó que la propiedad ubicada en calle DML3, subterráneo, no registra recepción final, agregando que para que una obra pueda obtener su recepción final definitiva, es necesario que la Municipalidad certifique que la construcción se hizo cumpliendo con lo dispuesto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contando con el permiso de edificación, el expediente completo del proyecto y las especificaciones técnicas de éste aprobadas.

Por lo anterior, concluye que la obra aún no ha podido obtener su recepción final definitiva después de más de un año de haber sido entregada provisoriamente, y que ello significa que no cumple con lo dispuesto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, estando en consonancia con ello el correo electrónico de don P.A. a don H.H. de 10 de agosto de 2012, el cual reconoce que el ITO le indicó que las obras no se encontraban bien ejecutadas, aceptando además que a la fecha de dicho correo, las obras aún no se encontraban terminadas.

b) Porque el informe técnico sobre el estado de las obras acompañado con la presentación de 11 de abril de 2013, consistente en el informe de don G.G., fue tajante en concluir que "se pueden apreciar a simple vista deficiencias en diversas terminaciones, por lo que se podría deducir que los trabajos en terminaciones fueron desarrollados por un profesional no calificado y que además la supervisión directa de estos trabajos, no estuvo a la altura profesional que estas obras de uso público ameritan".

Por todo ello, señala que es forzoso concluir que procedería el pago de una multa por incumplimiento de la cláusula décima, numeral 1, letra), en cuya virtud la infracción grave a cualquiera de los numerales de la cláusula 10 N° 1 dará derecho al mandante para cobrar una multa equivalente a 5 UF por cada día de atraso por el acatamiento de la obligación impuesta, con un tope máximo de 5% del precio total del contrato si hay un aumento por infracción a más de alguna de ellas.

3) **Incumplimiento de la cláusula décima, numeral 1, letra f):** Por las razones que expresa, señala que no se harán más alegaciones a este respecto.

4) **Incumplimiento de la cláusula décima numeral letra d):** Expresa otro tanto.

15. Citación para oír sentencia:

Por resolución de 23 de octubre de 2013 que rola a fs. 313, el Árbitro tuvo por formuladas observaciones a la prueba por parte de ZZ, dejó constancia que XX no lo hizo dentro del término correspondiente, y citó a las partes para oír sentencia, resolución que fue notificada el 25 de octubre de 2013 y que, conforme a las normas de procedimiento oportunamente acordadas, implica que el plazo para dictarla expira el 10 de diciembre de 2013.

5. Plazo del arbitraje:

a) En el acta de fs. 44, acápite 15, se convino en que el plazo sería de seis meses a contar de la audiencia que tuvo lugar el 31 de octubre de 2012, el cual se prorrogaría automáticamente, por una sola vez, por igual periodo, a menos que previo a ello el Árbitro dictare una resolución en sentido contrario.

Se pactó, además, que el plazo se entendería suspendido en los períodos de conciliación, durante el mes de febrero de cada año, durante el tiempo que la tramitación de la causa haya estado suspendida por petición de común

acuerdo de las partes, y en el plazo en que el perito solicitado por las partes o por el Tribunal deba evacuar su informe.

- b) La referida prórroga del plazo se produjo, de modo que éste ha ascendido a total de un año.
- c) El cómputo del plazo se suspendió durante el período de conciliación, es decir, a partir del 28 de enero de 2013, fecha de notificación de la resolución de 25 de enero de 2013 que dispuso la celebración de la audiencia de conciliación, hasta el 8 de marzo de 2013, en que la conciliación fracasó, sin perjuicio que durante el mes de febrero de 2013, el plazo quedó igualmente suspendido.
- d) Por último, el referido plazo ha de entenderse suspendido entre el 15 de mayo de 2013, fecha de la aceptación y juramento del cargo por parte del perito y el 1° de octubre de 2013, fecha en que, por las razones ya expresadas, se dejó sin efecto el referido peritaje.
- e) En estos términos, manifiesto es que la presente sentencia definitiva se está dictando dentro del plazo de que da cuenta el acta de normas de procedimiento de fs. 44, como asimismo dentro del plazo a que alude el N° 15 anterior.

CONSIDERANDO:

1. Que según se infiere de lo señalado en la parte expositiva, en estos autos las dos partes del contrato general de construcción por suma alzada que oportunamente celebraron se imputan incumplimientos a diversas cláusulas contractuales, ya sea en mérito de las recíprocas demandas interpuestas en autos, la principal por parte de XX al mandante ZZ y la reconvenzional por parte de éste en contra de aquélla, sin perjuicio de las alegaciones, excepciones o defensas que cada una de ellas hace valer respecto de las acciones interpuestas en su contra, en términos tales, que las acciones, excepciones, alegaciones y defensas de una y otra parte se encuentran íntimamente relacionadas, tal como este Árbitro lo destacó al proceder por resolución de fs. 194 a decretar el correspondiente peritaje, oportunidad en que, conjuntamente con dejar constancia que para resolver la cuestión controvertida estimaba indispensable tal medio probatorio por existir puntos de hecho cuya apreciación precisa de conocimientos especiales de una ciencia o arte, manifestó que la decisión aparecía avalada por la circunstancia que una y otra parte habían interpuesto demanda, existiendo íntima relación entre los hechos alegados por una y otra parte y todo sin perjuicio de lo que en definitiva se resolviera sobre costas.

2. Que, en efecto, la demanda principal interpuesta por XX en contra de ZZ es una de cumplimiento forzado de contrato con indemnización de perjuicios que, en esencia, dice relación con el noveno estado de pago ascendente a 364,3342 Unidades de Fomento más alegadas obras adicionales, con tres estados de pago que totalizan 3.395,9488 Unidades de Fomento, cantidades que se demandan con más el interés convencional máximo para operaciones reajustables, en los términos de que dan cuenta las respectivas cláusulas del contrato general de construcción.

Por su parte, ZZ, sin perjuicio de desconocer todo incumplimiento del referido contrato, sostiene que no es exigible lo que sería el noveno estado de pago y, en cuanto a las obras adicionales, manifiesta que nunca se encargaron, salvo la construcción de un baño, que lo fue a un tercero y a quien se le pagó, pues las demás obras a que se alude en la demanda principal corresponderían a obras no construidas o reparaciones, todo según el correspondiente contrato. En consonancia con ello, alega incumplimiento de la cláusula relativa al plazo, obras mal ejecutadas, incumplimiento de las instrucciones del arquitecto, ITO y proyectistas consignadas en el Libro de Obras, y no mantener éste en debida forma, lo cual estima da lugar a las correspondientes multas contempladas en el contrato de autos y, en todo caso, opone la excepción de contrato no cumplido, para terminar solicitando que no se dé lugar a la demanda de cumplimiento forzado ni de indemnización de perjuicios.

3. ZZ en su demanda reconvenzional solicita que se declare el incumplimiento del contrato y se ordene el pago de las multas que han sido referidas en la parte expositiva de esta sentencia, con costas.

XX, contestando la demanda reconvenzional, niega la existencia de incumplimiento e insiste en la falta de pago del noveno estado de pago y de aquéllos correspondientes a obras adicionales.

4. En las respectivas réplicas y dúplicas una y otra parte insistieron en su posición.
5. Como se expresó en la parte expositiva, este Árbitro dictó una interlocutoria de prueba absolutamente amplia, a fin de que las partes pudieran producir toda la prueba pertinente, a saber:
- 1.- Contrato entre las partes: Hechos y circunstancias en torno a su ejecución y cumplimiento, y
 - 2.- Prestaciones que se adeudarían entre las partes.
6. Sin perjuicio de la prueba documental y confesional de que se ha dado cuenta en la parte expositiva, este Árbitro estima que -sin lugar a dudas- el medio idóneo para esclarecer las cuestiones de hecho controvertidas en autos y, en consecuencia, dejarle en posición de, en su caso, aplicar las respectivas cláusulas contractuales en cuanto a las pretensiones mismas de una y otra parte, fue el informe pericial, a cuyo respecto se da por reproducido todo lo expuesto en la parte expositiva de esta sentencia, pero que puede resumirse manifestando que, en definitiva, fue la demandante principal XX la que frustró este medio probatorio al no aportar los antecedentes mínimos indispensables requeridos por el señor Perito a fin de poder evacuar su informe conforme a los puntos oportunamente fijados por este Árbitro, habiéndolos incluso reducido a lo que estimó ineludible, circunstancia que motivó al Árbitro a dejar sin efecto el nombramiento del perito.
7. Que por tratarse de un contrato de construcción a suma alzada, con todos los avatares derivados de la relación contractual habida entre las partes, sin lugar a dudas han existido antecedentes de hecho cuya apreciación supone conocimientos especiales de una ciencia o arte que, traducidos en el correspondiente informe pericial debidamente ponderado por el Árbitro, como se ha dicho, permita a éste resolver la cuestión controvertida misma, emitiendo pronunciamiento tanto respecto de la demanda principal cuanto de la reconvenional.
8. Que, en estos términos, al margen de la causa que acarreó el que no se haya podido allegar al proceso el referido informe pericial, lo cierto es que el Árbitro ha sido privado de un elemento probatorio esencial para dar por establecidos o rechazados los hechos aducidos por una y otra parte, que en realidad son múltiples, de modo que, no está en condiciones de acoger ninguna de las dos demandas interpuestas en autos, por de pronto la de XX, pues si bien el Árbitro entiende establecido que existen estados de pago de XX a ZZ que no fueron pagados, no está en condiciones de concluir que ellos se hicieron efectivamente exigibles, conclusión que es suficiente para rechazar su demanda de cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios, al margen de lo que se expresará en cuanto a su solicitud de condenación en costas.
9. Que, por su parte, en lo que concierne a la demanda reconvenional interpuesta por ZZ en contra de XX, sin perjuicio que según consta del cuaderno separado de medidas precautorias hizo efectiva la garantía de que da cuenta el contrato, según su escrito de observaciones a la prueba quedaron reducidas a dos pretensiones, cabe expresar lo siguiente:
- a) En cuanto al incumplimiento de la cláusula séptima relativa al plazo para la ejecución de la obra, a cuyo respecto se pretende la multa por retraso de que da cuenta la cláusula octava del contrato equivalente al 1 por 1.000 del valor del presupuesto aprobado con un tope del 10% sobre el precio total del contrato, la cláusula en cuestión agrega “siempre que dicho atraso sea por causas imputables a la empresa constructora”, conclusión que este Árbitro, por las razones ya expresadas, no está en condiciones de alcanzar, por no haber quedado debidamente establecido, respecto de una y otra parte, el cumplimiento o incumplimiento de sus respectivas obligaciones. Por lo mismo, concluye que la multa en cuestión no puede estimarse exigible.
 - b) Respecto al incumplimiento de cláusula décima, numeral 1, letra a), relativa a ejecutar fiel, íntegra y oportunamente la obra contratada, para lo cual (la empresa constructora) deberá cumplir con las disposiciones de la Ley General de Construcciones y Urbanización, a cuyo respecto la demandante reconvenional señala que, no obstante no haberse podido practicar el informe pericial decretado en autos, éste no sería necesario para concluir el incumplimiento de la referida cláusula, por dos razones, en primer término, por cuanto la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Santiago, por oficios remitidos con fechas 30 de abril y 19 de junio de 2013, señaló que, no obstante haberse aprobado el correspondiente permiso de obra nueva con fecha 15 de julio de 2012, a la fecha no registra recepción final, lo cual implicaría que no cumple con la Ley General de Urbanismo y Construcciones; y, en segundo término, atendido el informe técnico sobre el estado de las obras que, a su requerimiento, fuera preparado por el ingeniero don G.G.

Respecto de esta pretensión, por las mismas razones antes expresadas, este Árbitro estima no está en condiciones de concluir que la falta de recepción final de la obra es necesariamente atribuible a XX y que, por lo mismo, se haya hecho exigible la correspondiente multa equivalente a 5 Unidades de Fomento por cada día de atraso por el acatamiento de la obligación impuesta, con un tope máximo del 5% del precio total del contrato.

Por lo demás, este Árbitro estima que el contrato de construcción general no regula cuándo debe tener lugar la recepción definitiva y, por lo mismo, se pueda hacer exigible la multa en cuestión, al tiempo que por lo que concierne a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, según texto fijado por Decreto Supremo del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo N° 458 publicado el 13 de abril de 1976, su Artículo 144 sólo preceptúa que “terminada una obra o parte de la misma que pueda habilitarse independientemente, el propietario y el arquitecto solicitarán su recepción definitiva por la Dirección de Obras Municipales, sin perjuicio de las recepciones definitivas parciales, habrá, en todo caso, una recepción definitiva total de las obras....”.

10. Que, en estos términos, se reitera que este Árbitro, conforme a lo que su prudencia y la equidad le dictan, como asimismo el mérito probatorio que se infiere de autos y que ha sido latamente referido en la parte expositiva de esta sentencia definitiva, concluye que no está en condiciones de acoger la demanda principal ni la demanda reconvenzional, o lo que es igual, que debe rechazar ambas, en último término, porque estima que los fundamentos de las respectivas acciones y excepciones no están suficientemente acreditados, lo que es sin perjuicio que ZZ hizo efectiva la garantía de que da cuenta el contrato.

11. Que la jurisprudencia (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de noviembre de 2010, Rol 0-2010, Indemnización de perjuicios. Contrato a suma alzada, realización de una obra por un precio fijo) ha expresado: “Como el perito no ha dado a conocer el estudio técnico que efectuó, sino se limita a emitir una conclusión que carece de fundación científica o de acuerdo a los principios de su técnica o profesión, no resulta posible valorar dicho medio de prueba conforme a los principios de la sana crítica, esto es, de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. Que el informe de perito carezca de una fundamentación científica le resta toda eficacia probatoria, puesto que en ésta se basa la conclusión del perito, la que no encuentra sustento, haciéndolo inconsistente” (considerando 8). En la especie, siquiera nos hemos encontrado en presencia de un informe pericial que arribe dogmáticamente a determinadas conclusiones, sino que simplemente, por las razones expresadas, no ha existido tal informe, de modo que a *fortiori*, estimamos pertinente la jurisprudencia recién citada.

12. Que, desde un punto de vista doctrinario, nos parece pertinente el Artículo de don Hugo Pereira Anabalón denominado “Naturaleza Jurídica de la Prueba Pericial” publicado en la Gaceta Jurídica N° 217, año 1998, N° 217, del que destacamos lo que sigue:

“Sostuvo Couture que “pensando bien, tratando de mirar bien claramente la misión del perito, se llega a advertir que más que un medio de prueba, más que un medio de controlar la verdad de las proposiciones hechas en el juicio, el examen pericial es un medio de ilustración del magistrado, un medio de información mayor que el puede proporcionarle la cultura común del juez” (“Procedimiento”, Primer Curso, versión taquigráfica de sus clases, Montevideo, sin fecha, tomo II, pp. 312 y 313, posición que reitera en sus “Fundamentos”, 1952, p.266, y en su “Vocabulario”, 1960, p.464).

Como puede advertirse, el jurista no niega que la pericia sea un medio de prueba, pero piensa que más que eso es una forma de ampliar o extender la cultura e información del magistrado.

A su vez, en la Ponencia de Hernando Devis Echandía al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en México D.F., en 1972, advierte este catedrático que “existe una opinión pacífica y uniforme en la doctrina contemporánea respecto de la calificación jurídico-procesal del perito como auxiliar o colaborador del juez, con cita de destacados autores como Carnelutti, Florian, Bonnier, Franchi, Virota, Silva Melero, Mallard, Morel, Amaral Santos, Viada-Aragoneces y otros”. El mismo ponente participa de esta opinión aunque no le niega el carácter de medio de prueba....

Señala que en el Derecho Procesal Civil y Penal chileno, el informe de peritos tiene el doble carácter que la doctrina le reconoce. Como medio de prueba, los textos son suficientemente categóricos; y en cuanto medio de ilustración al juez y por tanto de auxiliar, lo confirman los datos que el autor indica, a saber, si el juez está facultado para ordenar el informe de peritos de oficio en cualquier estado de la causa, sin perjuicio de poder hacerlo como medida para mejor resolver; el juez oír o pedirá informe de peritos si hay “necesidad de consultar opiniones periciales”; si “se necesitan conocimientos especiales de alguna ciencia o arte”; o si “para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio”, en el interdicto posesorio de obra ruinoso el Tribunal debe practicar una inspección personal “asociado a un perito”; y a propósito de la interdicción del demente el juez debe oír el dictamen de facultativos de su confianza.

“Del conjunto de los preceptos referidos se infiere la índole o naturaleza que reviste la función del perito en orden a prestar auxilio, asesoría o ayuda al conocimiento del juez, precisamente en materia o temas ajenos a su cultura, pero necesarios para un acertado juzgamiento. En tal sentido, se ha dicho, tiende la pericia a convertirse “en instrumento para la integración de los conocimientos del juzgador fuera de su sede natural” (Vittorio Denti en ponencia presentada al ya mencionado V Congreso Internacional verificado en México D.F. en 1972).

Este auxilio del perito al juez puede ser de tal relevancia que llegue a constituirse en la antesala de la sentencia, o tener el conocimiento que aquél le aporta tanta especialización que sea difícil para el juzgador sustraerse de su motivación o de sus conclusiones.

13. Que, por citar un ejemplo, este carácter de asesor del perito más allá de constituir un medio de prueba, aparece claramente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 158 de la Ley de Navegación (Decreto Ley 2222, publicado el 31 de mayo de 1978), cuando a propósito de los procedimientos jurídicos relativos a contaminación, dispone que “el Tribunal durante toda la tramitación del proceso, actuará asesorado de un perito naval....”.

14. Que, en cambio, por lo que concierne a las costas de la presente causa, traducidas en el honorario del Árbitro, Tasa Administrativa del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, honorarios del perito y demás en que una y otra parte puedan haber incurrido, dejando constancia que este Árbitro, atendida su facultad de fallar conforme a lo que su prudencia y la equidad le dicten no está necesariamente obligado por lo que disponen los Artículos 144 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que debieran conducir a que no se condene en costas a ninguna de las partes, o lo que es igual, que cada una sufra las suyas, estima prudente y equitativo condenar en costas a la demandante principal XX que, al margen de no haber pagado la segunda cuota de los honorarios del Árbitro y tasa administrativa del CAM ni el abono correspondiente al perito designado en autos, precisamente con motivo de su demanda, generó la correspondiente actividad jurisdiccional por parte de ZZ, traducida no sólo en la correspondiente contestación, sino en la interposición de demanda reconvenzional en su contra, parte esta última que dio cabal cumplimiento a todas sus obligaciones pecuniarias que se hicieron exigibles durante el presente juicio arbitral, a saber, el total de los honorarios del Árbitro, el total de la referida Tasa Administrativa y su parte en la primera cuota de los honorarios fijados por el perito señor PE, a cuyo respecto este Árbitro deja constancia que, no obstante que éste manifestó que de ser requerido restituiría lo que le fue pagado por ZZ, en el hecho ésta no formuló el correspondiente requerimiento, fuera de que si bien el peritaje se dejó sin efecto, este Árbitro deja constancia que sí desempeñó toda una labor, traducida en el examen acucioso de la totalidad del proceso para los efectos de definir acaso aceptaba o no el cargo; en definitiva, concurrió al CAM Santiago a fin de aceptar y jurar el cargo; concurrió a la audiencia de reconocimiento y otra posterior; y atendió a todos los requerimientos formulados por este Árbitro a fin de que, tratando de reducir los requerimientos documentales que oportunamente formuló para un cabal desempeño de su cometido, en definitiva los redujo parcialmente, pero en términos tales que quedó igualmente imposibilitado de desempeñar su cometido, lo cual obligó a este Árbitro a dejar sin efecto el peritaje decretado en autos, luego de múltiples requerimientos, tanto por parte del Árbitro cuanto del señor Perito, a la parte de XX, a fin de que, en resguardo de sus propios derechos alegados en autos, allegare la documentación probatoria que existía o debía existir en su poder, lo que no hizo.

Lo anterior sin perjuicio de su actuar procesal observado en autos, traducido en inasistencias a las audiencias decretadas por el Árbitro y silencio en cuanto a varios requerimientos formulados por éste y el señor Perito en los términos ya referidos, motivo por el cual este Árbitro, al margen de que una y otra demanda sea desestimada, es de opinión de que XX, precisamente en su carácter de demandante principal, deba ser condenada en costas, además por que su actuar no se compeadece con la buena fe procesal, evitando toda conducta ilícita o dilatoria.

RESUELVO:

- 1º. NO HA LUGAR a la demanda principal interpuesta por parte de XX en contra de ZZ.
- 2º. NO HA LUGAR a la demanda reconvencional interpuesta por ZZ en contra de XX
- 3º. Condénase en costas a la parte de XX.
- 4º. Notifíquese por cédula a través de receptor judicial.

Leslie Tomasello Hart, Árbitro Arbitrador.