

Leslie Tomasello Hart

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha de Sentencia: 21 de abril de 2016

ROL: 1941-2013

MATERIAS: Contrato de construcción – incumplimiento – excepción de contrato no cumplido – resolución en caso de incumplimiento recíproco – entidad o proporcionalidad del incumplimiento – imposibilidad de compensación judicial por no haberse hecho valer.

RESUMEN DE LOS HECHOS: El contratista imputó al mandante negligencia por los siguientes capítulos: **(i)** Por un grave retraso en la entrega de la ingeniería; **(ii)** por la entrega de ingeniería incompleta; **(iii)** por el cambio de las condiciones iniciales del contrato, tanto por problemas en la entrega de áreas de trabajo cuanto por la aparición de interferencias no declaradas y cambio en las condiciones de seguridad; **(iv)** por problemas de carácter administrativos internos del mandante, en la provisión de energía, en la recepción de sellos y en la entrega de información necesaria para dar inicio a las obras; y **(v)** por la realización de obras adiciones y extraordinarias no aprobadas, todo lo cual alegó no sólo afectó la ruta crítica del proyecto, sino que significó un aumento en los costos para el contratista. Reclamó el cumplimiento forzado del contrato con indemnización de perjuicios y solicitó se condene a la demandada (mandante) a pagar las prestaciones adeudadas cuyo cumplimiento exige.

La demandada principal (mandante) interpuso demanda reconvenzional, refutando íntegramente la demanda y reclamando perjuicios a título de cláusula penal, costos de reparación y finalización de las obras, arrendamiento temporal de un casino y comedor y gastos notariales y costos internos.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos: 44, 1.437, 1.443, 1.459, 1.479, 1.489, 1.543, 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.552, 1.553, 1.556, 1.559, 1.566 y 1.999.

Código del Trabajo: Artículo 183-C.

DOCTRINA: Atendido que ambas partes imputaron respecto de la otra incumplimiento, opusieron la excepción de contrato no cumplido, concretamente de cumplimiento no ritual o exceptio non rite adimpleti contractus, en términos tales que, atendido el efecto propio de la excepción, de ser acogidas ambas equivaldría a suspender la condena de los dos demandados, de modo que no debieren pagar su prestación mientras la otra parte no cumpliera o se allanare a cumplir lo que debían en virtud del contrato bilateral, quedando éste en una suerte de suspensión indefinida, el Árbitro compartió el criterio que ha sido enunciado desde mucho por la Excelentísima Corte Suprema (Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 29 de julio de 1931) en el sentido que el Tribunal tiene el deber de juzgar el asunto del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, no pareciendo justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que, de hecho, aparece así ineficaz por voluntad de las mismas, siendo la resolución precisamente el medio que la legislación contempla para desatar o romper un contrato que nació perfecto, pero que no está llamado a producir sus naturales conse-

cuencias en relación a que las partes se niegan a respetarlo. Se aludió a la extinción natural del contrato y al agotamiento del mismo, aunque no todas las obligaciones derivadas de él hayan sido cabalmente cumplidas por las partes.

De esta manera, se expresó que lo que en rigor correspondía era calificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para elucidar cuáles habrían sido incumplidas y, en consecuencia, más allá de la terminación que solicitó la demandante reconvencional, aceptar o rechazar las acciones de cumplimiento, ya sea en naturaleza o por equivalencia, calificando la entidad o proporcionalidad del incumplimiento de una y otra parte.

Se destacó que ninguna de las partes, conjuntamente con oponer sus respectivas excepciones de contrato no cumplido, hizo valer la excepción de compensación judicial para el evento que prosperare la acción contraria, en términos tales que en la Sentencia se compensaren unas prestaciones con otras a fin de que sólo se pagare la diferencia.

El Árbitro procedió a calificar como de mayor entidad o proporcionalidad el incumplimiento del mandante por estar relacionado nada menos que con el proyecto mismo que debía ejecutar el contratista y con el pago del precio del contrato y de las órdenes de cambio.

DECISIÓN: Se acogió la demanda del contratista aunque no por el total demandado y se rechazó la demanda reconvencional del mandante, ordenando la restitución al contratista de las garantías que hubiere otorgado en favor del mandante con motivo del contrato de construcción.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 21 de abril de 2016.

VISTOS:

A. PARTE EXPOSITIVA:

1. EL CONTRATO:

A fs. 5 rola contrato de construcción celebrado el 30 de agosto de 2012 entre ZZ (en lo sucesivo, ZZ) y XX (en lo sucesivo, XX).

a) En virtud de él (1. "Objeto del contrato"), el Contratista XX se obligó a prestar a suma alzada el servicio de construcción de edificio de comedor para alimentación del personal de ZZ al interior de su planta, conforme a las Bases Técnicas que forman parte del Anexo C del contrato y requerimientos técnicos que se describen en los anexos que se individualizan en su cláusula 2.

b) En el N° 2 ("Documentos del contrato"), las partes hicieron constar los antecedentes en consideración a los cuales se celebraba el acto, a saber, el contrato de construcción; las condiciones generales de

contratación (Anexo A); la oferta económica del Contratista (Anexo B); documentos emitidos durante el proceso de licitación o entregados por ZZ al Contratista previamente a la celebración del contrato (Anexo C); la oferta técnica y económica base del Contratista (Anexo D); el programa con el detalle actualizado de los tiempos y planificación de las obras (Anexo E); y el resumen del alcance de la póliza de seguros (Anexo F).

c) El Contratista (N° 3 "Declaraciones del Contratista") manifestó tener la experiencia necesaria para ejecutar el contrato y conocer toda la información necesaria para la ejecución de las obras.

d) En su N° 4 ("Definiciones"), las partes señalaron el significado de diversas expresiones, para en el N° 5 aludir a la "Ejecución de los trabajos", refiriéndose a los acápite "Seguridad y medio ambiente" (5.1); "Cumplimiento de normativa y permisos" (5.2); "Personal del Contratista" (5.3); "Vigilancia de las obras" (5.4); "Instalación de faenas propias del Contratista" (5.5); "Permisos" (5.6); "Coordinadores de las partes" (5.7), habiendo el Contratista designado al señor N.I. y ZZ al señor T.I.; y "Publicidad" (5.8).

e) Pactaron como fecha de inicio de la ejecución del trabajo el 7 de septiembre de 2012, una vez entregada la "Boleta de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato" a que alude la cláusula 13.1, añadiendo que en caso de existir un retraso en el inicio de las obras a causa de la no entrega de tal boleta, sería imputable al Contratista y no alteraría los plazos de ejecución de las obras, debiendo el trabajo encontrarse completamente terminado a satisfacción de ZZ a más tardar el 12 de abril de 2013 (N° 6 "Inicio y Plazo de Ejecución").

f) En su N° 7, las partes aluden a "La Inspección" conviniendo en las facultades que durante la ejecución de las obras tendría el Coordinador del contrato de ZZ.

g) En su N° 8, se alude a "Planos".

h) En su N° 9, se refiere a las "Órdenes de Cambio" pactando que ZZ, en cualquier momento, mediante instrucción escrita calificada, podría disponer cualquier modificación de los trabajos dentro del propósito general del contrato, tales como cambio en los planos y especificaciones, en el método y manera de realizar los trabajos, en los plazos y fechas programados y en las modificaciones de los materiales y equipo, en términos tales que cualquier cambio que se encuentre fuera del alcance del objeto del contrato no podría ser tratado mediante una orden de cambio, sino como una modificación del contrato.

En el acápite 9.1, convienen en el "Procedimiento de órdenes de cambio", pactando que si ZZ deseaba efectuar una modificación de los trabajos ("Cambio") debía enviar una solicitud de cambio al Contratista, quien previa revisión dentro de un plazo de 14 días corridos contados desde su recepción, debía comunicar al Coordinador del Contrato de ZZ el efecto que se pudiese producir en el contrato, en los plazos de ejecución de los trabajos y de garantías, en el programa de pago o en cualquiera de los demás derechos, obligaciones y aspectos del contrato que se afectarían por el cambio y que, con dicha información ZZ podría, sin estar obligado a ello, emitir una orden de cambio en un plazo no superior a 10 días corridos desde

su recepción. Mutatis mutandi, pactaron que si el Contratista tomaba conocimiento de alguna circunstancia que hacía necesario un cambio, enviaría al Coordinador del Contrato de ZZ la correspondiente solicitud con la información que allí se expresa, pudiendo ZZ, sin estar obligado a ello, emitir una orden de cambio respecto de una solicitud de cambio del Contratista.

Convinieron también las partes que si los cambios ordenados por una orden de cambio determinaren un aumento o disminución de los costos o de los plazos necesarios para ejecutar los trabajos, procurarían un aumento o disminución según corresponda, en los plazos y fechas programadas y un ajuste en el precio del contrato, debiendo la orden de cambio ser valorizada utilizando las tarifas señaladas en el análisis de precios unitarios de la oferta aceptada del Contratista. Igualmente, las partes pactaron el procedimiento a seguir en el evento que no se pusieren de acuerdo en el precio de la orden de cambio.

i) En el N° 10 ("Subcontratos"), las partes convinieron que el Contratista podría subcontratar con la aprobación previa y escrita del Coordinador del proyecto.

j) En su N° 11 ("Comunicaciones entre ZZ y el Contratista"), convinieron que las relaciones y comunicaciones entre las partes sólo tendrían validez para los efectos del contrato cuando se realizaren por escrito entre el Coordinador del Contrato de ZZ y el Coordinador del Contratista, debiendo el Contratista tener en el área de trabajo un Libro de Obras, según lo dispuesto por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en triplicado, correspondiendo el original al Coordinador del Contrato, una copia al Contratista y otra que permanecerá en el Libro de Obras.

k) En su N° 12 ("Informes administrativos"), convinieron que el Contratista debía enviar mensualmente al Coordinador del Contrato, dentro de los primeros 5 días de cada mes, los documentos que allí se expresan.

l) En su N° 13 ("Boletas de Garantías Bancarias"), las partes dejaron constancia de las garantías que debía entregar el Contratista, a saber, "Boleta Bancaria de fiel cumplimiento del contrato" (**13.1**) a más tardar el 3 de septiembre de 2012, por un monto de 4.016 unidades de fomento, equivalente al 12,04% del precio del contrato, con una vigencia igual a la fecha de emisión del certificado de recepción provisoria según la cláusula 22, boleta que ZZ debería restituir una vez emitido el certificado de recepción provisoria y entregada la boleta de correcta ejecución de las obras. Se pactó igualmente que ZZ quedaba facultada para ejecutar esta boleta en caso de incumplimientos por parte del Contratista y de hacer suyo lo correspondiente en los términos de los Artículos 1.535 y siguientes del Código Civil, como asimismo que si durante el desarrollo del contrato el Contratista no cumpliere alguna de las obligaciones del contrato, ZZ podría retener parte o el total del pago de los estados de pago en una suma equivalente a la contingencia asociada al incumplimiento y mientras éste se mantuviere; "boleta bancaria de correcta ejecución de las obras" (**13.2**), a saber, una vez emitido el certificado de recepción provisoria, el Contratista quedó obligado a entregar una boleta de garantía para caucionar la correcta ejecución de las obras por un monto de UF 1.668,3, equivalente al 5% del contrato, debiendo ZZ restituirla luego de 30 días de concluido el período de garantía y quedando facultado para ejecutar la boleta de garantía en caso

de incumplimiento del Contratista durante el período de garantía y hacer suyo lo correspondiente en los términos de los Artículos 1.535 y siguientes del Código Civil; y “Garantía bancaria por anticipo” (**13.3**), a saber, el Contratista quedó obligado a entregar dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de celebración del contrato siete boletas de garantía bancaria, todas con una vigencia igual al plazo de 270 días desde la fecha de celebración del contrato, prorrogables por el Contratista a la sola solicitud de ZZ, cada una por el monto de UF 953,3 que equivalen en su totalidad al 20% del precio del contrato, con el objeto de garantizar la devolución del anticipo entregado por ZZ. En el acápite **13.4** (“Período de garantía”), las partes pactaron que el Contratista otorgaba una garantía, en adelante el “Período de garantía”, correspondiente a un año desde la emisión del certificado de recepción provisoria.

II) En su N° 14, se convino lo pertinente a “Paralización o suspensión de las obras”.

m) En su N° 15 (“Modalidad y precio del contrato”), las partes pactaron que el contrato era a suma alzada, siendo su precio total y único correspondiente a la completa ejecución del trabajo la suma de UF 33.365,09, más el impuesto al valor agregado (en lo sucesivo, IVA), precio que convinieron ser fijo e invariable, declarando el Contratista que en él se encuentra internalizado el riesgo de cualquier imprevisto que pudiese hacer más gravoso el cumplimiento del contrato y, en consecuencia, renunció a la posibilidad de demandar variaciones a los términos del contrato por cualquier circunstancia sobrevenida e imprevisible que pudiese acarrear una mayor onerosidad, en términos tales que el precio del contrato significaría el pago total que el Contratista recibiría de ZZ y cubriría su utilidad, los impuestos y todos los costos, gastos y responsabilidades y riesgos de cualquier clase involucrados con la ejecución del contrato, quedando entendido que el Contratista ha estudiado en el terreno el total del trabajo a ejecutar, su volumen y las condiciones locales en que se ejecutará, y que el precio del contrato representa y está acorde fielmente a esta información.

n) En el acápite **15.1** (“Ajustes al precio del contrato”), las partes convinieron que sólo se efectuarían estos ajustes cuando el Coordinador del Contrato de ZZ emitiera una orden de cambio, siendo en todos los demás casos el precio invariable, conviniendo en el acápite **15.2** en el procedimiento para solicitar, establecer, aprobar y valorar las compensaciones, el reembolso de gastos legítimos y necesarios, las órdenes de cambio y cualquier otro ajuste de similar índole, a saber, cuando se emitiera una orden de cambio que de acuerdo al contrato diere al Contratista el derecho a solicitar un ajuste del precio, debía notificarlo al Coordinador del contrato de ZZ dentro del más breve plazo, a más tardar, antes de transcurridos 15 días corridos desde la ocurrencia de dicha circunstancia y, en todo caso, antes de incurrir en gastos por esta causa, pactándose además que el hecho que el Contratista no enviare la notificación o la fundamentación del ajuste solicitado dentro de los plazos indicados significaría la caducidad del derecho a solicitar el ajuste del precio del contrato, como asimismo que el Contratista tendría derecho a la aplicación de una utilidad máxima del 10% en cada orden de cambio.

ñ) En el acápite 16 (“Forma de pago”), las partes convinieron lo pertinente, a saber, ZZ pagaría un anticipo de UF 6.673 equivalente al 20% del precio del contrato contra la recepción a satisfacción de la boleta de garantía bancaria a que se refiere la cláusula 13.3; el 75% del saldo del precio mediante estados de

pago conforme avance mensual efectivo del proyecto, debiendo el Contratista presentar al Coordinador del Contrato de ZZ una propuesta de estado de pago, para su revisión y aprobación y, en caso de ésta, quedó facultada para descontar en cada uno de ellos un monto equivalente al 20% del precio del contrato hasta completar el valor del anticipo pagado por ZZ; y mediante un estado de pago final por el 5% del precio del contrato una vez efectuada la recepción provisoria por parte de ZZ.

o) En el acápite 17 ("Estados de pago"), las partes convinieron lo pertinente al efecto, a saber, la "Emisión de estados de pago" (17.1); la "Revisión de los estados de pago" (17.2) y el "Estado de pago final" (17.3) una vez emitido el certificado de recepción provisoria y sólo si no hubiere defectos pendientes, el Contratista presentaría este estado dentro de los 7 días siguientes con la información que tal cláusula contempla.

p) En su número 18 ("Condiciones generales de los materiales y equipos"), las partes convinieron que todos los materiales del Contratista debían ser nuevos y de la calidad de que tal cláusula da cuenta.

q) En su N°19 ("Término anticipado"), se convino que ZZ podría poner término anticipado al contrato en caso de incumplimiento de cualquier obligación del Contratista, sin que éste tuviere derecho a cobrar cargo, multa o indemnización alguna por ello.

r) En el N° 20 ("Multas"), las partes convinieron que éstas serían a título de cláusula penal en los términos de los Artículos 1.535 y siguientes del Código Civil, sin que el cobro de la multa afectare la facultad de ZZ para exigir el cumplimiento forzado de la obligación incumplida y cobrar los daños y perjuicios adicionales que pudiese acreditar.

Las multas pactadas fueron por atraso (20.1), la que debía deducirse del más próximo estado de pago, al tiempo que en caso de atraso en la fecha de entrega de las obras ZZ tendría la facultad de aplicar una multa, por cada día de atraso, equivalente a 0,2% del precio del contrato, con tope de 10% del mismo; y que en el caso de multas aplicadas por la autoridad serían de responsabilidad del Contratista (20.2).

Asimismo, se pactó (20.3) que si el Contratista incumplía sus obligaciones, el Propietario podía retener parte o el total del pago de los estados de pago en la suma correspondiente.

s) El acápite 21 ("Otros"), da cuenta de otras obligaciones asumidas por el Contratista, en cuanto a daños o perjuicios causados por su personal con o sin relación con el trabajo encomendado, quedando ZZ facultada para detener y hacer corregir cualquier parte del trabajo que no cumpla, a juicio del Coordinador del Contrato, con las respectivas especificaciones o el nivel mínimo de calidad acorde con el arte de la construcción. Igualmente, convinieron que cualquier duda que se presentara al Contratista respecto de los cálculos, planos, especificaciones, antecedentes, terminología y otros temas varios debía ser consultada por escrito a ZZ, la cual debía resolver en igual forma.

t) En el acápite 22 ("Recepción de la obra"), las partes dejan constancia de lo pertinente a su "Recepción provisoria" (22.1) y "Recepción definitiva" (22.2). En cuanto a la primera, convinieron que en cuanto el

Contratista estimare terminadas las obras y sin que existieren observaciones o reparos que por su importancia y/o cantidad impidieren a juicio de ZZ recibirlas, debía solicitar por escrito al Coordinador del Contrato de ZZ su recepción debiendo éste inspeccionarla y, si no resultaren observaciones, emitir un acta de recepción, al tiempo que si existieren observaciones o reparos que a juicio de ZZ impidieren recibir las obras, ésta debía emitir un acta de recepción con un detalle de aquéllos dentro de un plazo de 5 días hábiles y solicitar al Contratista su corrección dentro de los 15 días siguientes, en términos tales que una vez corregidas y subsanadas las observaciones se podría aprobar el acta de recepción, al tiempo que si transcurrido tal plazo de 15 días hábiles no se habían practicado las correcciones necesarias, el Contratista podía solicitar un nuevo plazo, haciéndose aplicable las multas pactadas en la cláusula 20.1 del contrato por todo el período adicional requerido y, si aun así no se corrigiere la situación, ZZ podía encargar su corrección directamente a través de terceros por cuenta y cargo del Contratista y pudiendo cobrar la garantía bancaria otorgada por éste conforme a la cláusula 13.2.

Además, dentro del plazo de 45 días corridos contados desde la solicitud de recepción de las obras por parte del Contratista, éste debía entregar los comprobantes, aprobaciones, planos "As Built", certificados emanados de las autoridades o servicios públicos que fueren requeridos y de responsabilidad del Contratista para efectuar la recepción municipal de las obras ante la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de RO. Efectuada la entrega de los certificados señalados, ZZ debía emitir el certificado de recepción provisoria y en términos tales que la recepción municipal definitiva sólo podría tener lugar una vez corregidas y subsanadas todas las observaciones y/o objeciones de ZZ.

Por lo que concierne a la recepción definitiva, el Contratista sería enteramente responsable de lo que debía cumplir durante el período de garantía y de lo que le haya encomendado el Coordinador del Contrato durante la ejecución de las obras, al tiempo que transcurrido el período de garantía, incluidas sus extensiones, el Contratista podía solicitar al Coordinador del Contrato la emisión del certificado de recepción definitiva de las obras.

u) En su acápite 13 ("Seguros"), las partes pactaron los seguros que debía contratar el Contratista durante el período de ejecución de las obras, a saber, "Seguro de responsabilidad de equipos móviles" y "Seguro de todo riesgo (All Risk)", con aprobación de ZZ, como asimismo convinieron las cláusulas que debían contemplar las pólizas de seguro.

v) En su N° 24 ("Solución de deficiencias"), las partes estipularon que si en cualquier momento después de la recepción definitiva y ante de la expiración del período de garantía, ZZ determinare que los materiales son defectuosos, el Contratista debía corregir los defectos o retirar los materiales y reemplazarlos, distinguiendo la "solución a la prestación de servicios defectuosos" y el "costo de solucionar defectos".

w) En su N° 25 ("Arbitraje"), las partes convinieron que "toda diferencia entre las partes relativa a la interpretación, aplicación, validez, resolución o terminación del contrato, por cualquier causa, será resuelta mediante arbitraje, el que se llevará a cabo en Santiago de Chile, de acuerdo con el procedimiento dispuesto en esta cláusula y por el Reglamento Procesal de Arbitraje vigente a la época en que se solicite

la constitución del arbitraje, del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. El Árbitro tendrá la calidad de Árbitro Mixto.

El Árbitro será designado de común acuerdo por las partes. Si éstas no llegan a acuerdo respecto al nombramiento, éste deberá ser nombrado, a solicitud de cualquiera de las partes, por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al Árbitro Arbitrador de entre los integrantes del Cuerpo Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. Se entenderá que las partes no han podido alcanzar acuerdo sobre la persona del Árbitro por el solo hecho que cualquiera de ellas solicite su designación al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.

En contra de las resoluciones del Árbitro no procederá recurso alguno, salvo apelación, por lo que las partes renuncian expresamente a ellos. El Árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción”.

x) En su N° 26 (“Domicilio”), las partes lo fijaron en la ciudad de Santiago.

y) En su N° 27 (“Ejemplares”), convinieron el número de ejemplares en que se emitiría el contrato.

z) En su N° 28 (“Personerías”), dejaron constancia de ellas.

En autos se ha acompañado la demás documentación de que da cuenta el contrato, cuyo análisis detallado se efectuará al aludir a la prueba documental espontánea.

2. EL TRIBUNAL ARBITRAL Y EL PROCEDIMIENTO:

a) En la letra w) del N° 1 que antecede, se ha transcrito la cláusula 25 “Arbitraje” contenida en el contrato que vinculó a las partes.

b) Por solicitud de arbitraje ingresada el 11 de diciembre de 2013 (fs. 1), XX manifestó su interés en someter a arbitraje con su contraparte ZZ “las acciones legales que corresponden frente a los incumplimientos contractuales que ha incurrido ZZ con ocasión del contrato celebrado entre ésta y XX denominado “Contrato de Construcción N° 01””.

Por carta de 21 de enero de 2014 (fs. 108), la señora Secretaria General del CAM se dirige a la parte de ZZ manifestándole que la calidad del Árbitro sería la de Arbitrador, “lo cual no obsta a que se plantee un incidente sobre la materia, el cual deberá ser resuelto por el propio Tribunal Arbitral”.

c) El 6 de enero de 2014 a fs. 84 rola la designación del suscrito como Árbitro Arbitrador.

d) El 21 de enero de 2014 (fs. 109), el Árbitro infrascrito aceptó y juró el cargo en calidad de “Árbitro Arbitrador”, luego que por correo electrónico de 26 de diciembre de 2013 la señora Secretaria General del CAM nos comunicara la designación.

e) Con fecha 23 de enero de 2014 (fs. 110), este Árbitro tuvo por constituido el compromiso y citó a un primer comparendo de fijación de normas de procedimiento para el 13 de marzo de 2014, a las 09:30 horas.

f) A fs. 111 rola carta de 23 de enero de 2014 dirigida por ZZ a la señora Secretaria General del CAM manifestando que, conforme a la cláusula 25 del Contrato de Construcción, las partes acordaron que el Árbitro tendría la calidad de Árbitro Mixto, por lo que ZZ hacía reserva del derecho a promover un incidente en cuanto a la calidad del Árbitro.

g) Notificadas que fueron las partes de la primera resolución de este Árbitro (fs. 112 y 113), a fs. 126 XX confirió patrocinio y poder a diversos abogados, dejando constancia que podían actuar conjunta o separadamente en forma indistinta.

h) A fs. 124 y siguientes rola mandato judicial general otorgado por ZZ a diversos abogados, también pudiendo actuar indistintamente, el cual está contenido en escritura pública otorgada el 12 de marzo de 2014 ante el Notario de Santiago don NT, suplente del titular NT1.

Por su parte, a fs. 126 rola escrito de patrocinio y poder ingresado por la parte de XX.

i) Con fecha 13 de marzo de 2014 (fs. 132), tiene lugar la audiencia fijada para dicha fecha, presentando la parte de ZZ el escrito de fs. 114 y siguientes en que promueve un incidente de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, precisamente relacionado con la calidad del Árbitro, a saber, Mixto en vez de Arbitrador. Con todo, se convinieron las normas de procedimiento pertinentes, dejándose constancia que el litigio se llevaría a cabo sin necesidad de actuario o ministro de fe (N° 4).

j) A fs. 142 la parte de ZZ solicita rectificar el acta de la audiencia antes mencionada en cuanto a ciertos apoderados y representantes de ella en este procedimiento.

k) A fs. 144 rola escrito ingresado por las partes en que convienen en que este Árbitro será Mixto y que en contra de sus resoluciones no procederá recurso alguno, solicitando las correspondientes modificaciones a la mencionada acta de fs. 132. Salvaron los recursos de reposición y de aclaración, interpretación o enmienda.

l) En mérito de lo anterior, a fs. 147 y con fecha 24 de marzo de 2014, este Árbitro tuvo por desistida a la parte de ZZ del incidente de nulidad por falta de jurisdicción y competencia promovido en la audiencia de 13 de marzo de 2014 y dispuso rectificar el acta en los términos solicitados por las partes, como asimismo el acta de aceptación y juramento del cargo, declarando que el nuevo texto del acta de tal audiencia pasaba a ser el adjunto a esa resolución, acta que rola a fs. 150 y siguientes y que está igualmente fechada 13 de marzo de 2014.

En ella consta que el Árbitro es Mixto (N° 1) y que en contra las resoluciones del Árbitro no procedería

recurso alguno, salvo los ya indicados (N° 20).

En cuanto al plazo del arbitraje (N° 15), convinieron que el Árbitro debía dictar Sentencia definitiva dentro del plazo y bajo las condiciones establecidas en el Artículo 4 del Reglamento Procesal de Arbitraje, es decir, contado desde la notificación de la resolución que recae sobre la demanda, pero en términos que la prórroga a que alude su inciso 1° operaría automáticamente, por una sola vez, a menos que previamente a ello el Árbitro dictare una resolución en contrario.

3. EL PLAZO DEL ARBITRAJE:

a) En la letra k) del párrafo 1 que antecede se ha dado cuenta de él.

b) Los hitos a considerar a fin de concluir que este Árbitro está dictando la Sentencia definitiva dentro del plazo exigible, son los que siguen:

- La resolución recaída en la demanda es de 23 de abril de 2014 (fs. 265).
- El 14 de julio de 2014 se cita a comparendo de conciliación (fs. 641), deteniéndose el cómputo del plazo acorde a lo que dispone el Artículo Cuarto del Reglamento Procesal de Arbitraje.
- El 23 de agosto de 2014 (fs. 670), el Árbitro deja constancia que la posibilidad de conciliación ha fracasado.
- Por resolución de 7 de octubre de 2014 (fs. 681), se designa al perito señor PE, quien presentó su informe el 7 de agosto de 2015 por escrito que rola a fs. 1100.
- Por resolución de 7 de agosto de 2015 que rola a fs. 1098, conjuntamente con ordenar la agregación a los autos del informe pericial presentado por don PE, se designó como perito a don PE1 para los efectos de que da cuenta el N° 3 de la referida resolución, de modo que el cómputo del plazo del arbitraje nuevamente se suspendió.
- Por resolución de 6 de enero de 2016 que rola a fs. 1257, se dispuso agregar a los autos el informe pericial evacuado por don PE1 y, en la misma resolución, se invitó nuevamente a las partes a estudiar la posibilidad de alcanzar una solución transaccional, fijando al efecto la audiencia del 14 de enero de 2016, en términos tales que el plazo del arbitraje continuó suspendido.
- El 14 de enero de 2016 se llevó a efecto la referida audiencia y las partes acordaron continuarla el 20 de enero de 2016 (fs. 1259), fecha en que las partes no alcanzan una conciliación, por lo que el Árbitro les confirió traslado para que en el término de 10 días presentaren sus escritos de observaciones a la prueba, quedando notificados en el acto.

c) En estos términos, el período útil para el cómputo del plazo del arbitraje es entre el 23 de abril de 2014 hasta el 14 de julio de 2014; entre el 23 de agosto de 2014 y el 7 de octubre de 2014; y a partir del 20 de enero de 2016 a la fecha. Lo anterior, sin perjuicio de haberse producido la prórroga automática al cabo de 6 meses y de la suspensión del plazo durante los meses de febrero.

Por consiguiente, manifiesto es que no ha transcurrido el plazo de un año para que este Árbitro desempeñare su cometido.

4. PERÍODO DE DISCUSIÓN:

4.1. La demanda principal de XX:

Aparece interpuesta con fecha 23 de abril de 2014 y rola a fs. 160 y siguientes, en contra de ZZ, reclamando el cumplimiento forzado del contrato con indemnización de perjuicios y solicitando que se condene a la demandada a pagar las prestaciones adeudadas cuyo cumplimiento se exige y a indemnizarle por la suma total de UF 66.663,33, más intereses, o la suma que el Árbitro estime pertinente acorde al mérito del proceso, por los conceptos que se señalan en el escrito y con expresa condenación en costas. Este libelo puede resumirse en los siguientes términos, lo que se hará siguiendo su estructura.

LOS HECHOS:

I. CONSTRUCTORA XX LIMITADA:

Relata la historia social.

II. EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN EDIFICIO CASINO ZZ:

Refiere el contrato de 30 de agosto de 2012, aludiendo al CD que acompaña conteniendo el contrato de construcción y sus anexos.

Deja constancia que el contrato es a suma alzada y que el Mandante ZZ designó como ITO a don V.I. y que cada parte designó un Coordinador de Contrato, XX al señor N.I. y ZZ al señor T.I.

Resume que la obra debía iniciarse el 7 de septiembre de 2012, pero sólo una vez entregada la Boleta de Garantía de la cláusula 13.1 y que debía concluir a más tardar el 12 de abril de 2013. Agrega que la entrega de la referida boleta se produjo el 14 de septiembre de 2012, por lo que el día final cuadraba exactamente con la exigencia que la obra estuviera terminada a más tardar el 12 de abril de 2013, pero que múltiples incumplimientos del Mandante, que impactaron gravemente la secuencia de la construcción y su ruta crítica, hicieron indispensable mayor tiempo para ejecutar los trabajos.

Concretamente, imputa al Mandante negligencia por los siguientes capítulos: **(i)** Por un grave retraso en la entrega de la ingeniería; **(ii)** En la entrega de ingeniería incompleta; **(iii)** En el cambio de las condiciones iniciales del contrato, tanto por problemas en la entrega de áreas de trabajo como por la aparición de interferencias no declaradas y cambio en las condiciones de seguridad; **(iv)** En problemas de carácter administrativo internos del Mandante, en la provisión de energía, en la recepción de sellos y en la entrega de información necesaria para dar inicio a las obras; y **(v)** En la realización de obras adicionales y extraordinarias no aprobadas, todo lo cual no sólo afectó la ruta crítica del proyecto, sino que significó un aumento inmenso en los costos para la demandante.

III. LOS INCUMPLIMIENTOS DE ZZ DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

III.1. CONSIDERACIÓN PREVIA:

Destaca que se trata de un contrato a suma alzada y refiere que es de la esencia de éste que el precio único

se mantenga inalterado siempre y cuando las condiciones básicas pactadas, las especificaciones técnicas, los planos y los demás documentos técnicos del proyecto sean respetados por el Mandante, de manera que la secuencia constructiva y el programa de trabajo no se vean sustancialmente alterados o interferidos; y que en estos contratos existen dos elementos de su esencia: **(i)** Que el Mandante cumpla con aquellas obligaciones que son requisito para que, a su vez, el Contratista pueda cumplir con las suyas, y **(ii)** Que se compensen los mayores costos y gastos que se producen como consecuencia de las modificaciones y alteraciones que durante la ejecución de la obra el Mandante introduce al proyecto.

Agrega que, en este caso, el Mandante ha demostrado tener un concepto errado de la sumaalzada, entendiendo que es una especie de seguro o garantía; que no se puede considerar actualmente el contrato original como única referencia válida de los trabajos realizados, pues alterarlos hasta tal punto por decisión o culpa de ZZ, de mantenerse invariable el valor pactado a sumaalzada, la demandante sufriría serios y graves perjuicios derivados de las sustanciales diferencias producidas por el Mandante al proyecto originalmente contratado; que XX formuló una oferta considerando ciertos supuestos: **a)** La responsabilidad de ingeniería de detalle del proyecto era del Mandante; **b)** Las áreas de trabajo serían entregadas en condiciones tales que XX pudiera desarrollar las labores contratadas por el Mandante; **c)** Los alcances realizados en su oferta serían respetados; y **d)** El plazo contractual estaba definido por la obra prevista por el Mandante en los documentos de licitación, por lo que un incremento importante en las cantidades y/o la introducción de modificaciones sustantivas en el alcance del contrato habilitaría y obligaría a las partes a analizar y acordar un incremento de plazo, pero que ninguno de los supuestos se cumplió; alude al aumento de recursos en este contrato y a la mantención de un contingente de personal y equipo por casi cuatro meses adicionales, habiendo finalizado los trabajos recién el 15 de julio de 2013; que XX ejecutó obras adicionales y extraordinarias no pagadas por ZZ y otras simplemente rechazadas, todo lo cual ha causado perjuicios a XX que le obligaron a recurrir a la banca, incurriendo en retraso de pago a sus proveedores y subcontratistas, llevándole a DICOM y a la pérdida de contratos que estaban adjudicados, generando perjuicios patrimoniales y un daño irreparable a la imagen, incluido el éxodo de valiosos profesionales; que se afectó la ruta crítica de la obra; y que se presentó un reclamo fundado el 6 de noviembre de 2013, el que acompaña.

III.2. PROBLEMAS OCURRIDOS RESPECTO DE LA INGENIERÍA DEL PROYECTO:

Luego de referir la cláusula primera del contrato y el Artículo 2.1 de las Bases Técnicas, señala que XX no tenía responsabilidad respecto de la elaboración de la ingeniería de detalles del proyecto, pero que debió sortear una serie de problemas e inconvenientes imputables al Mandante.

III.2.1. Retraso en la entrega de ingeniería del proyecto:

Señala que el Mandante debió cumplir a más tardar el 14 de septiembre de 2012, en que se dio inicio efectivo al contrato con la entrega por XX de la boleta de garantía de fiel cumplimiento, pero que ZZ no entregó ningún antecedente técnico firmado y validado; que la ingeniería para construir y las especificaciones técnicas validadas formalmente fueron entregadas a contar del 7 de enero de 2013, o sea, casi 4 meses después de iniciado el plazo para la ejecución de las obras, que se debían ejecutar en 210 días; que los planos venían con errores y mal identificados en cuanto a la subespecialidad de electricidad o incompletos, por ejemplo, el proyecto de clima, adicionalmente el proyecto que correspondía al concesio-

nario TR también fue entregado tardíamente, perjudicando las obras de hormigón; y que para mitigar el impacto, XX se vio en la necesidad de trabajar desde el 14 de septiembre de 2012 hasta el 7 de enero de 2013 con planos referenciales y que, en los últimos meses de trabajo (mayo, junio y julio), el Mandante siguió entregando planos nuevos, con distintas versiones de otros ya entregados y antecedente técnicos también nuevos.

III.2.2. Ingeniería incompleta:

Reitera que ZZ demoró más de 4 meses en entregar la ingeniería apta para construir.

III.2.2.A. Información insuficiente respecto de las redes eléctricas y red húmeda existente.

III.2.2.B. Inconsistencia entre la información entregada durante el proceso de licitación y la detectada en terreno.

III.2.2.C. Descoordinación proyectos subespecialidades. Proyectos de corriente débil, de climatización y de zona de cocina.

III.2.3. Impacto del retraso en la entrega de la ingeniería, de su insuficiencia, de sus errores y sus contradicciones.

III.3. CAMBIO EN LAS CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO Y SU IMPACTO.

III.3.1. Problemas en la entrega de áreas.

III.3.2. Aparición de interferencias no declaradas por el Mandante.

III.3.3. Cambio en las condiciones de seguridad.

III.3.3.A. Nuevos requerimientos del Mandante y aplicación de estándares de seguridad más altos que informados durante el proceso de licitación.

III.3.3.B. Cambio en las condiciones del tipo de suelo encontrado en el área a instalar el Casino de Personal de ZZ respecto del declarado por el Mandante durante el proceso de licitación, agravado por el atraso en la recepción de sellos.

III.3.3.C. Aparición de interferencias no declaradas, especialmente la referida a canalizaciones para cámara de circuito cerrado ubicada en el sector sur en el Edificio Casino Comedor.

III.3.3.D. Impacto por los cambios en condiciones de seguridad.

III.4. PROBLEMA DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO Y TÉCNICOS DE RESPONSABILIDAD DE ZZ.

III.4.1. Problemas con la provisión de energía eléctrica.

III.4.2. Atrasos del Mandante en la recepción de sellos de fundación.

III.4.3. Atraso en la entrega de la información necesaria para dar inicio a las obras.

III.5. OBRAS ADICIONALES Y EXTRAORDINARIAS EJECUTADAS Y NO APROBADAS.

En las páginas 61 a 66 enumera las modificaciones y obras adicionales consecuencia de los errores e inconsistencias contenidas en los antecedentes del proyecto, además de mayores obras por efecto de la aparición de interferencias no declaradas, y otros hechos negativos ajenos a XX que ésta debió ejecutar.

III.6. OTROS INCUMPLIMIENTOS DEL MANDANTE.

IV. CONSECUENCIAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS DEL MANDANTE EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO

Menciona:

- a) Incremento de obras;
- b) Modificaciones de obras y adicionales;
- c) Reconocimiento de mayores costos (mayores gastos generales, improductividad, mayor uso de recursos humanos, costos financieros, entre otros).

También menciona:

- a) Trabajos en jornada extendida y en días feriados;
- b) Incorporación de mayor cantidad de personal;
- c) Subcontratos para arriendo de equipos mecánicos para movimientos de tierras internos y grúas para izajes; y
- d) Implementación de equipos telescópicos para hormigonado.

En la página 76, N° 174 del libelo, argumenta que el mayor plazo que se debió conceder por el Mandante por los incumplimientos descritos debió ser de 170 días; que los costos asociados a su mayor plazo y a las labores de mitigación para reducir la entrega, los demás costos y gastos que tienen su origen en dichos incumplimientos, las prestaciones adeudadas, como asimismo los perjuicios que deben ser indemnizados, serán descritos en el Capítulo "Prestaciones adeudadas y perjuicios cuya indemnización se demanda".

I. EL DERECHO

ACERCA DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y SUS OBLIGACIONES:

Luego de mencionar el Artículo 1.545 del Código Civil, se refiere al Artículo 1.546 del mismo Código, señalando que el cumplimiento de las obligaciones por parte del Mandante constituía un requisito esencial del contrato, de modo que el incumplimiento total o parcial, o el tardío, significaba graves perjuicios para XX, pues la secuencia constructiva y ruta crítica de las obras se veía claramente afectada, trayendo como consecuencia un aumento importante de los costos, así como un efecto ineludible en los plazos de ejecución establecidos en el contrato; que los precios propuestos por XX tienen como antecedente fundamental el estudio de información provista por el Mandante, tanto en la caracterización técnica del proyecto como respecto de las condiciones en que realizarían las obras; y que la ejecución de buena fe obligaba a rechazar el concepto de ZZ sobre suma alzada (página 78).

A continuación, argumenta en derecho, aludiendo a la intención de las partes, buena fe, equidad, requisitos de la indemnización de perjuicios y contratos colaborativos.

II. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE ZZ S.A. (*)

Expresa que la contraria incumplió las siguientes obligaciones contractuales y legales:

- A)** Incumplimiento de la obligación de entregar ingeniería, proyectos y planos de construcción oportunamente, completos, sin errores y consistentes entre sí.
- B)** La contraria incumplió la cláusula novena del contrato, en cuanto a la obligación de pagar por los cambios a la obra y otorgar mayores plazos para su ejecución.
- C)** La demandada incumplió la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, sin modificar las condiciones iniciales del mismo, y cumplir lo que emana de su naturaleza, que incluye pagar los mayores gastos y costos sufridos por el Contratista imputables al Mandante.
- D)** Incumplimiento de la obligación del demandado de ejecutar el contrato diligentemente.
- E)** Incumplimiento de la obligación del demandado de pagar oportunamente los estados de pago.
- F)** Incumplimiento de la obligación del demandado de pagar íntegramente el precio del contrato; y
- G)** Incumplimiento de la obligación del demandado de restituir las boletas de garantía.

III. ACCIÓN QUE SE EJERCE: CUMPLIMIENTO FORZADO DEL CONTRATO CON INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:

Señala que el contrato es bilateral, para luego transcribir el Artículo 1.489 del Código Civil, expresando que atendido que la obra se encuentra finalizada en cuanto compete a XX y entregada, sólo resta exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de ZZ con indemnización de perjuicios.

PRESTACIONES ADEUDADAS CUYO CUMPLIMIENTO SE EXIGE Y PERJUICIOS CUYA INDEMNIZACIÓN SE DEMANDA

Vuelve a mencionar el Artículo 1.489 del Código Civil y luego el inciso 1° del Artículo 1.556 del mismo Código.

I. PRESTACIONES CONTRACTUALES ADEUDADAS:

A)	Estado de pago N° 9, final	UF 3.298,76
B)	Órdenes de cambio total	UF 5.674,44
C)	Gastos por cambio de condición por mano de obra.	UF13.638,02
D)	Gastos por arriendos más allá del plazo considerado	UF 1.193,97
E)	Gastos generales por mayor plazo de obra	UF 5.133,21
F)	Costo ineficiencia provocada por gestión proyecto ZZ	UF 2.826,83
TOTAL		UF31.765,23

Expresa que el anterior es el valor neto y que lo que se encuentra afecto a IVA será incluido en la respectiva facturación de XX, para que sea soportado por la contraria.

II. PERJUICIOS CUYA INDEMNIZACIÓN SE EXIGE:**II.1. Costos financieros:**

A)	Interés financiero demora pago de facturas	UF 602,02
B)	Interés financiero demora pago de órdenes de cambio	UF 672,36
C)	Interés financiero demora pago de último estado de pago	UF 633,48
TOTAL		UF1.907,86

II.2. Pérdida de contratos adjudicados:

A)	Licitación Empresas TR1, Proyecto Centro de Distribución	UF 5.551,70
B)	Licitación Empresas TR1, Proyecto Planta LL	UF 5.222,14
C)	Licitación Proyecto Oficinas TR2	UF 2.216,7
TOTAL		UF 12.990,54

II.3. Otros perjuicios directos a consecuencia del incumplimiento de contrato de la demandada:

Alega falta de confianza financiera, imposibilidad de obtener crédito bancario, imposibilidad de participar en nuevas licitaciones y ganar aquéllas en que pudiese participar y éxodo de profesionales, reclamando un total de UF 20.000.

II.5. (*) Petición subsidiaria: Prestaciones contractuales que se demandan, en caso que no procedan como tales, se piden indemnizar como perjuicios:

Expresa que para el caso de las prestaciones indicadas en los N°s. 3, 4, 5 y 6 del Capítulo "Prestaciones contractuales adeudadas" se rechacen como tales, se demandan como indemnización de perjuicios.

III. INTERESES:

Los reclama conforme al Artículo 1.559 del Código Civil "desde la fecha de esta demanda y hasta su pago efectivo, o desde la fecha que el S.J.A. determine".

En la parte petitoria del escrito, solicita tener por interpuesta demanda de cumplimiento forzado de contrato con indemnización de perjuicios y, en definitiva, declarar:

1. Que ZZ incumplió con el contrato, en particular con las obligaciones del mismo que indica.
2. Que el demandado debe ser condenado a cumplir forzosamente según Artículo 1.489 del Código Civil.
3. Que se le debe condenar a pagar el equivalente a UF 31.765,23 por los conceptos que indica y que ya han sido referidos.
4. Que, como consecuencia de los incumplimientos, sufrió perjuicios por UF 34.898,4, por los conceptos que indica.
5. Que se condene a la demandada a pagar como indemnización de perjuicios sufridos por la demandante por los incumplimientos de ZZ la suma equivalente en pesos a la fecha de su pago efectivo a UF 34.898,4, o la suma que el Árbitro estime pertinente de acuerdo al mérito del proceso.
6. Que para el caso de los gastos y costos descritos en las letras c), d), e) y f) del N° 2 precedente sean rechazadas como prestaciones contractuales, se ordene pagarlas como indemnización de perjuicios.

7. Que se condene a la demandada al pago de las sumas señaladas más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo, o desde la fecha que el S.J.A. determine.
8. Que ZZ debe pagar la suma a que sea condenada más el impuesto al valor agregado respecto de aquellas partidas en que corresponda la aplicación de dicho impuesto.
9. Que se condene a ZZ a la devolución a la demandante de todas las boletas de garantía que se encuentren en su poder.
10. Que se condene a la demandada al pago de costas.

En el primer otrosí, acompaña diversa documentación a que se aludirá a propósito de la prueba; en el segundo otrosí, se reserva el derecho de producir prueba documental adicional hasta el vencimiento del término probatorio; en el tercer otrosí, solicita una audiencia de percepción documental respecto del CD que acompaña con su presentación; en el cuarto otrosí, solicita tener presente la personería del compareciente por XX; y, en el quinto otrosí, tener presente el patrocinio y poder otorgado a los abogados comparecientes por escrito de 13 de marzo de 2014.

El escrito de demanda fue proveído el 23 de abril de 2014 a fs. 265, en lo que concierne a lo principal, confirmando el correspondiente traslado; en cuanto al primer otrosí, teniendo por acompañados los documentos con citación y ordenando la formación de cuaderno separado; en cuanto al segundo otrosí, tenerlo presente; respecto al tercer otrosí, dejando constancia que se resolvería una vez que la causa fuere recibida a prueba, teniendo presente al efecto que acorde al acta de 13 de marzo de 2014, N° 12, letra c), "la regulación de la prueba en cuanto a su admisibilidad, rendición y ponderación son aspectos de carácter procesal", siendo este Árbitro Mixto, es decir, Arbitrador en cuanto al Procedimiento. Se ordenó agregar al CD al cuaderno separado; y en cuanto al cuarto y quinto otrosíes, tenerlo presente.

4.2. La contestación a la demanda principal por parte de ZZ:

Con fecha 15 de mayo de 2014 a fs. 266 y siguientes, ZZ, en lo principal de su escrito, contesta la demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, en los términos que se pasa a resumir, siguiendo su estructura.

I. ANTECEDENTES GENERALES

Resume la demanda y la niega, rechaza y controvierte íntegramente. En su acápite 1.5, señala que se le ha imputado dolo y que, por lo tanto, el peso de la prueba recae sobre la demandante. Argumenta que el dolo es uno de los fundamentos transversales de la demanda, así como de los perjuicios reclamados.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

2.1. Presentación de ZZ:

Protesta contra las imputaciones que se le hacen atendido el nivel de una empresa como ZZ y formula un cuestionamiento general a la conducta de la demandante.

2.2. Comentarios relativos al contrato de construcción:

Expresa que en él y en los documentos anexos denominados "Documentos de contrato" a que se alude en la cláusula segunda del contrato de construcción, constan sus términos, acuerdos y condiciones.

2.3. Se refiere al proceso de licitación privada.**2.4. Destaca algunas cláusulas del contrato, a saber:**

- a) La cláusula séptima, relativa al plazo máximo de ejecución de siete meses contados desde el 7 de septiembre de 2012 hasta el 12 de abril de 2013.
- b) La modalidad y precio pactados para la ejecución de las obras a suma alzada, por un monto de UF 33.365,09, según su cláusula decimoquinta. Refiere la forma de pago, a saber, anticipo de 20%, 75% según estados de pago conforme a avance; y el saldo de 5% mediante estado de pago final. Destaca que la demandante pretende obtener una suma superior al 200% del precio estipulado.
- c) Expresa que las partes estipularon un procedimiento para efectuar ajustes al precio y/o al plazo acordado, a saber, la cláusula 15.1 del contrato de construcción que se refiere a las órdenes de cambio, por lo que refuta la imputación de la demandante en el sentido que ZZ entiende el contrato como una suerte de garantía o seguro sin límite alguno.

Destaca que los cambios podían consistir en: **(i)** La ejecución de mayores obras o trabajos adicionales; **(ii)** El aumento del plazo originalmente pactado; **(iii)** La disminución de alguna de las obras contratadas; y/o **(iv)** La disminución del plazo originalmente pactado.

Se refiere al procedimiento de órdenes de cambio como una cláusula de uso común y que es una garantía que cede en beneficio de ambos contratantes; señala que conforme a la cláusula 9.1 letra c), solamente la emisión de orden de cambio debidamente suscrita por las partes dará lugar a la ejecución de un cambio; precisa que ZZ siempre ha estado llana a pagar por obras adicionales efectivamente ejecutadas y que aún órdenes de cambio aprobadas necesitan de la firma de XX para proceder a su pago, lo que no ocurrió; reconoce que existen algunas que se encuentran pendientes de aprobación, pero que ello se debe a que el Contratista jamás formalizó su solicitud ni acompañó los antecedentes justificativos del cambio y del precio solicitado; añade que no se puede calificar como "cambio" obras que sólo corresponden al cumplimiento del contrato; y refiere la cláusula 20.1 del contrato que contiene la cláusula penal: 0,2% del precio del contrato por cada día de atraso con tope de 50 días, equivalentes a un 10% del precio del contrato.

2.5. Expresa que los trabajos de XX y obras ejecutadas estuvieron lejos de cumplir con los estándares acordados.**2.6. Destaca que el Contratista abandonó las faenas en julio de 2013, por lo que no es efectivo que hayan concluido el 15 de julio de ese año.**

2.7. Manifiesta que ZZ pagó el precio convenido en cada una de las etapas y por los porcentajes acordados, mencionando la cláusula décimo sexta del contrato, pero que cuando XX pretendió la recepción final de estos trabajos, ZZ le representó una serie de imperfecciones, no siendo efectivo que la obra concluyó el 15 de julio de 2013.

2.8. Manifiesta que no existió abuso, actuar malicioso y tampoco graves errores del proyecto imputables a ZZ, pues todos los problemas, retrasos y circunstancias que impactaron gravemente la ejecución de las obras, sólo son consecuencias de la negligencia e incapacidad técnica de XX. Disputa que haya habido graves errores en los proyectos y planos de ingeniería, puesto que el edificio pudo construirse tal como fue proyectado de un principio y que tampoco hubo retraso de cuatro meses en la entrega de proyectos aptos para construirlo, pues las obras pudieron iniciarse en septiembre de 2013. Niega que existió inconsistencia entre la información entregada durante la licitación y aquella encontrada en terreno, pues las condiciones del suelo fueron exactamente las mismas que aquellas informadas durante la licitación; que tampoco existieron cambios permanentes en las condiciones de seguridad; y que si hubo retardo en el pago de los estados de pago, ello se debió únicamente a que el Contratista no presentó oportunamente los antecedentes que justificaban el cumplimiento de las obligaciones labores y previsionales para con sus trabajadores.

III. EXCEPCIONES, ALEGACIONES Y DEFENSAS DE ZZ

Sostiene que no concurren los elementos de la responsabilidad civil contractual: incumplimiento imputable, mora, daños y relación de causalidad; que la demandante debe acreditar que ZZ ejecutó en forma negligente una acción antijurídica, o sea, que incurrió en un comportamiento contrario a la legalidad, argumentación que este Árbitro desde luego califica como confusa, puesto que la culpa contractual se presume de manera simplemente legal (Artículo 1.547 inciso 3° del Código Civil), y conforme al Artículo 1.698 inciso primero del mismo Código pesa sobre el deudor probar el cumplimiento de sus obligaciones.

3.1. NO EXISTEN LOS SUPUESTOS PROBLEMAS, ERRORES E INCONSISTENCIAS EN LA INGENIERÍA DE ESTE PROYECTO.

Refiere que la demandante hace mención a: **(i)** Retraso de cuatro meses en la entrega de ingeniería del proyecto; **(ii)** Entrega de ingeniería con información insuficiente respecto de la red eléctrica y red húmeda; **(iii)** Inconsistencias entre la información entregada durante el proceso de licitación y la detectada en terreno; y **(iv)** Descoordinación de proyecto de subespecialidades, corrientes débiles, climatización y zona de cocina.

Controvierte todo señalando que la ingeniería entregada fue suficiente, dentro de un proceso de licitación privada, en que los oferentes tuvieron la oportunidad de estudiar, analizar y revisar todos los antecedentes técnicos y de formular preguntas. Añade que llama la atención que los graves errores en la ingeniería que dice haber detectado XX no los haya representado durante el proceso de licitación, mencionando la cláusula tercera, en que el Contratista declara conocer toda la información necesaria para la ejecución de las obras.

Destaca que el Contratista no formuló preguntas relativas al proyecto; que por e-mail de 8 de marzo de 2013, ZZ indicó al representante de XX no haber recibido consultas y que el plazo para ello se encontraba vencido, señalando el Contratista que no había encontrado mayores dudas respecto del proyecto y luego

sólo formuló consultas administrativas; expresa que XX sostiene que los errores detectados serían poco menos que “vicios reheditorios u ocultos”, pero que en todo caso XX no pudo ignorar, sin negligencia grave de su parte o fácilmente conocer en razón de su profesión u oficio, citando el Artículo 2.003 regla segunda del Código Civil, relativo al contrato de construcción de obra material; niega que se haya afectado la ruta crítica de los trabajos y que haya implicado la ejecución de obras extraordinarias que impactaron en los plazos y costos; refiriéndose al supuesto retraso en la ingeniería de proyecto, menciona diversa correspondencia (páginas 29 y 30 a fs. 294 y 295); en cuanto a la supuesta insuficiencia en la información de las redes eléctricas y húmedas, expresa que es práctica habitual de cualquier contratista experimentado realizar calicatas en las áreas a excavar y que esta práctica habitual fue considerada por el Contratista en el documento denominado “Procedimiento de movimiento de tierra y excavaciones”; que durante el proceso de licitación las interferencias fueron indicadas como referenciales, de modo que no se entregaron a los licitantes planos con un listado exhaustivo y taxativo de las interferencias; se refiere a las condiciones reales del terreno (páginas 32 y 33 a fs. 297 y 298); por lo que concierne a la supuesta descoordinación de proyectos de subespecialidades, alude al proyecto de climatización, de conexiones del proyecto TR y que si bien las conexiones eléctricas, sanitarias y de clima para el equipamiento indicadas en la licitación sufrieron algunas modificaciones menores que se informaron a XX, fueron objeto de sendas órdenes de cambio, pero que hasta la fecha no han sido gestionadas en forma completa por parte de XX, encontrándose pendiente la entrega de antecedentes básicos para poder formalizar órdenes de cambio y proceder a su pago.

3.2. NO EXISTEN LOS SUPUESTOS CAMBIOS EN LAS CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO:

Destaca que XX alega: **(i)** Problemas con la entrega de áreas; **(ii)** Falta de aprobación del procedimiento de instalación de faena; **(iii)** Atraso en la entrega de puntos de referencia para el trazado de la zona de excavación masiva; **(iv)** Cambio en las condiciones del suelo; **(v)** Hallazgos de estructuras no declaradas por el Mandante en las áreas de excavación; **(vi)** Demora en la entrega de los planos del área de cocina y servicio/TR; y **(vii)** Cambio en los requerimientos de seguridad.

A continuación se refiere a diversas materias, de las que se destacan:

- Supuestos problemas en la entrega de las áreas: Expresa que fue efectuada sin observación ni reparo alguno por parte del Contratista.
- Aparición de interferencias supuestamente no declaradas por ZZ: Reitera que las indicadas durante el procedimiento de licitación eran referenciales y no taxativas, y que las interferencias fueron determinadas y aclaradas previo al inicio de las excavaciones.
- Alude al caso de la red de CCTV que paralizó las obras el 22 de octubre de 2012 al ser arrastrado y cortado el cable alimentador por la excavadora, lo que no tuvo impacto alguno en la ejecución de las obras.
- Se refiere a los hallazgos de estructuras sólidas, lo que fue objeto de la Orden de Cambio N° 1, en que se aprobó un día de atraso y el pago de UF 128,67, pero que por razones imputables al Contratista la orden de cambio no continuó su tramitación completa, agregando que en el Estado de Pago N° 1 se informa que la excavación masiva está completa en un 100%, por lo que no hubo atraso alguno a raíz de este hallazgo.
- Alude al hallazgo de la viga de hormigón en eje “F”, pero que ZZ no ha recibido los antecedentes

para formalizar la respectiva orden de cambio.

- Lo mismo en cuanto al hallazgo de la estructura de hormigón armado en los ejes 2 y 3.
- Luego refiere que el Contratista pretende presentar como supuestos cambios en las condiciones de seguridad ciertas circunstancias que previamente incorporó dentro de los errores e insuficiencias del proyecto, aludiendo a los estándares relativos a trabajo en altura (andamios), con mención del Reglamento Especial para Contratistas y Subcontratistas (Artículos 19 y 27), señalando que sorprende la liviandad con que XX califica las medidas de seguridad, materia en la cual destaca diversas consideraciones: **a)** En la invitación efectuada el 7 de febrero de 2012 a presentar ofertas, se incluyó el Reglamento Especial para Empresas Contratistas y Subcontratistas, **b)** El Anexo HSSE Nivel 1 Riesgo Alto; y **c)** Salva Vidas reitera el “Reglamento Especial para Empresas Contratistas y Subcontratistas”, mencionando su objeto y, a continuación, el Anexo HSSE Nivel 1 Riesgo Alto; **(iii)** Indica que por correo electrónico de 13 de julio de 2012, XX remitió a ZZ el documento “Declaración de Política de Higiene, Seguridad y Salud Laboral”, mostrando que los procedimientos de trabajo seguro no le eran algo ajeno o inusual, y que también envió un instructivo de los procedimientos de trabajo seguro, destacando que entre los documentos de licitación se encuentra el documento requerimiento de propuesta, mencionando su punto 6 (página 45 a fs. 310); **(iv)** En cuanto al Plan de seguridad (HSSE), expresa que XX presentó un programa tipo de prevención de riesgos en obra; **(v)** Refiere diversa correspondencia y acta de reunión en la materia; **(vi)** Califica que es incomprensible e inaceptable lo argumentado por XX en cuanto a los permisos de trabajo, en circunstancias que la documentación y correspondencia que menciona demuestran conocimiento por parte de XX; **(vii)** Argumenta que la implementación de esquemas o sistemas de Análisis Seguro de Trabajo (“AST”) es una práctica habitual y que ZZ recoge en los Artículos 11 y 15 del “Reglamento de Contratistas” y también en la Sección 2.2.1 del “Anexo HSSE Nivel 1 Riesgo Alto”. Manifiesta que la seguridad laboral es un aspecto esencial para ZZ.(*)

3.3. NO EXISTEN PROBLEMAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO Y TÉCNICO DE RESPONSABILIDAD DE ZZ QUE HAYAN AFECTADO LA EJECUCIÓN DE ESTE CONTRATO:

Al respecto, alude a las siguientes materias:

- Provisión de energía eléctrica: Expresa que entre el 7 de enero y 16 de mayo de 2013, ZZ la proveyó a través de generadores que permitían contar con energía suficiente; y que la mantención a los generadores no afectó el desarrollo de las obras.
- Luego alude a los supuestos atrasos en la aprobación de los sellos de fundaciones, reiterando que no existió error o inconsistencia entre el tipo de suelo informado durante la licitación y el encontrado en la obra, formulando algunas precisiones, entre ellas, que como consecuencia de que ZZ tardó en hacer la recepción, se aprobó descontar 25 días del total de atraso acumulado, así como el pago de UF 792,74 para compensar por los gastos incurridos durante dicho período. En cuanto a los supuestos atrasos en la aprobación del Plan y Programa de Prevención de Riesgos, señala que no es correcto lo afirmado por XX.

3.4. ARGUMENTOS QUE DESESTIMAN LAS AFIRMACIONES DEL CONTRATISTA, RELATIVAS A SUPUESTAS OBRAS ADICIONALES O EXTRAORDINARIAS EJECUTADAS Y NO APROBADAS:

Recuerda que XX postula que se habría modificado el procedimiento de órdenes de cambio de la cláusula 9.1 del contrato, en el sentido de solicitar obras adicionales sin previa orden de cambio y sin ingeniería de

detalle, lo que califica como una pretensión de desentenderse, a su propia conveniencia, de lo estipulado (Artículo 1.545 del Código Civil), concretamente las órdenes de cambio reguladas en la cláusula 9.1 como una garantía que cede en beneficio de ambas partes.

Destaca que XX enumera un listado de 64 actividades que califica como modificaciones y obras adicionales ejecutadas en este proyecto por instrucción del Mandante, pero que, en su gran mayoría, no se trata de obras adicionales o extraordinarias, sino simplemente de la ejecución de obras contempladas en el contrato y/o de mayores obras que el Contratista debió ejecutar producto de su propia negligencia, incapacidad técnica y falta de estudios de los antecedentes de la licitación.

Con todo, considera importante referirse a los cambios que sí fueron reconocidos por ZZ y materia de orden de cambio según cláusula 9.1:

1. Cierro de obra que aumentó la longitud periférica para dar cumplimiento a la exigencia LEED: Orden de cambio N° 1.
2. Plano de muro de contención que es diferente a lo indicado por arquitectura: Orden de cambio N° 7 (rechazada) y 12, respondida por ZZ solicitando la rectificación del presupuesto sin que haya constancia que XX lo haya efectuado.
3. Viga VI 20/56, modificada con posterioridad a la firma del contrato, para cumplir con cambio de altura de rellenos, para jardines sobre losa: Orden de cambio N° 4.
4. Fichas técnicas de barandas con especificaciones posteriores a la firma del contrato: Se rechazó orden de cambio N° 6.
5. Piletas zona de cocina, cambiar, proyecto original incluía canaletas: Orden de cambio N° 6.
6. Crecimiento de chimeneas en cámaras de alcantarillado que quedan bajo 4 metros de relleno: Orden de cambio N° 7.
7. Se define ejecutar muro de EJE 3, el cual debe ser de contención: Orden de cambio N° 12.
8. Cambio de altura de cielos modulares: Orden de cambio N° 16.
9. Canterías en cielo, especificadas para salvar instalaciones que van entre losa y cielo: Orden de cambio N° 15.
10. Crecimiento de loseta en EJE B, para fijar cristales en ventanas V9 y V11: Orden de cambio N° 14 (rechazada).
11. Cambio de arquitectura para rack de electricidad: Orden de cambio N° 18, aprobada parcial-

mente y que tiene partidas pendientes de aprobación.

12. Cambio de acometidas eléctricas subterráneas, respaldadas en presupuesto eléctrico como extra: Orden de cambio N° 11 (rechazada).

Expresa que lo anterior es la mejor prueba de que las partes no sustituyeron el procedimiento de órdenes de cambio regulado en la cláusula 9.1 del contrato y que el rechazo de algunas no puede ser calificado de incumplimiento contractual. Asimismo, que los trabajos que XX menciona dentro de la planilla órdenes de cambio inserta en la demanda hayan sido "ejecutadas por el Contratista y recibidos por el Mandante", no cambia la naturaleza de las obras objeto del contrato por la de obras extraordinarias o adicionales, pues siempre formaron parte del proyecto y debieron ser consideradas por XX en su propuesta.

3.5. SON TOTALMENTE INEXISTENTES LOS "OTROS INCUMPLIMIENTOS" CONTRACTUALES QUE XX IMPUTA A NUESTRA REPRESENTADA:

Destaca que el Contratista indica el no pago oportuno de estados de pago, la retención al estado de pago final y la retención de las boletas de garantía.

En cuanto al supuesto no pago oportuno de los estados de pago, señala que las facturas que no fueron pagadas en el plazo de 30 días se debe a que el Contratista no presentó los antecedentes que acreditaban el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, mencionando el Artículo 183-C del Código del Trabajo y que no corresponde reclamar por retraso de 261 días en el pago de facturas, pues el hecho de que ZZ no haya pagado dentro de los 30 días de recibida la factura, se debe a la mala gestión y desorden administrativo de XX.

En cuanto al no pago del estado de pago final, expresa que obedece a una situación prevista en el contrato (cláusula 16 letra c)), cual es que se haya efectuado la recepción provisoria por parte de ZZ, lo que no ocurrió porque XX abandonó las obras el 15 de julio de 2013 y dejó el proyecto inconcluso, lo que obligó a ZZ a asumir la terminación del edificio a través de los servicios prestados por un tercero. En consecuencia, niega que las obras hayan sido terminadas por XX el 15 de julio de 2013 y concluye que la falta de pago del 5% del saldo de precio obedece a un derecho consagrado en el contrato, en cuya virtud no se hace exigible sino una vez ejecutada la obra a satisfacción de ZZ, quien en ese momento debía efectuar la recepción provisoria, lo que no ocurrió, por lo que dice que no se ha devengado este 5%, que es una obligación condicional suspensiva no cumplida y que incluso se podría estimar fallida (cita el Artículo 1.479 del Código Civil).

Por último, en cuanto a la retención de boletas de garantía, invoca la cláusula 13.1 del contrato en el sentido que la entrega debe producirse una vez emitido el certificado de recepción provisoria y entregada la boleta de correcta ejecución de las obras, no habiéndose cumplido ninguno de estos requisitos, sin perjuicio que las boletas de garantía en poder de ZZ vencieron hace meses sin que fueren presentadas a cobro.

3.6. LOS SUPUESTOS IMPACTOS EN LAS OBRAS QUE RECLAMA EL CONTRATISTA NO SON IMPUTABLES A ZZ:

Respecto de las medidas indicadas en las letras a) a g) del párrafo 169 de la demanda de XX, manifiesta que son actividades propias de la obra y que, en relación a la letra i) consistente en el cambio de hormigón, obedeció a una propuesta del propio Contratista; que no cabe hablar de medidas adicionales no previstas, pues son todas actividades propias del proyecto; y que si el Contratista debió destinar personal adicional o extender las jornadas de trabajo, ello se debió a los graves atrasos producto de su propia negligencia.

3.7. LA ÚNICA PARTE QUE INCUMPLIÓ EN FORMA PREVIA EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN FUE LA PROPIA DEMANDANTE. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO:

La opone fundado en el Artículo 1.552 del Código Civil, señalando que los incumplimientos de XX fueron no ejecutar las obras conforme a lo pactado y, posteriormente, la negativa y/o incapacidad técnica para concluir las obras y entregarlas sin deficiencias u observaciones, constituyendo también incumplimiento el abandono de la obra el 15 de julio de 2013, lo que impidió a ZZ recibir las obras otorgando el certificado de recepción provisoria y que recibiera la boleta de garantía de correcta ejecución de las obras (cláusula 13.2 del contrato).

Añade que ZZ no se encuentra en mora de pagar el saldo final del 5% del precio, así como tampoco ninguna de las sumas y/o conceptos reclamados en la demanda.

3.8. CONCURRENCIA DE UNA CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN:

En subsidio, la alega constituida por la culpa de la propia demandante, señalando que XX no puede aprovecharse de su propia culpa para configurar un pretendido incumplimiento contractual de ZZ y demandar una millonaria indemnización de perjuicios.

3.8. (*) ZZ RECHAZA Y DISCREPA DE LOS COMENTARIOS EFECTUADOS POR EL CONTRATISTA AL REFERIRSE A LAS NORMAS DE DERECHO QUE SERVIRÍAN DE FUNDAMENTO A SU DEMANDA:

Manifiesta que XX sostiene que el precio ofertado sería una consecuencia del estudio de la información provista por el Mandante, pero que ya se ha visto que XX no analizó acuciosamente los antecedentes puestos a disposición de todos los oferentes durante la licitación, de modo que si existió algún error en el cálculo del precio, no se debió a información incorrecta que haya requerido modificaciones ni obras extraordinarias, sino que es fruto de la negligencia del Contratista.

Indica que XX acusa a ZZ de actuar de forma "prepotente o de mala fe", indicando que no puede existir abuso al rechazar aumentos de precio o extensiones de plazo por la ejecución de actividades objeto del contrato. En la página 68 (fs. 333), refiriéndose a la opinión de Arturo Alessandri y de la doctrina respecto al valor de la "promesa", señala que XX expone una suerte de responsabilidad objetiva e ilimitada de ZZ, volviendo a destacar que XX ha demandado una cifra que supera en un 200% al precio del contrato de construcción; que XX sostiene en el párrafo 193 (página 83 a fs. 242) que "no habría aceptado un precio como el contenido en la cláusula 15a del Contrato, si hubiera conocido las (reales) dificultades en que se desarrollaría la Obra", recordándole que el precio no fue "impuesto", sino que propuesto por el propio Con-

tratista como parte de su oferta económica, agregando que si ZZ hubiera conocido la incapacidad de XX, no le habría adjudicado el contrato. Añade que la cláusula novena no "condona" la negligencia del Contratista, lo que implica que el aumento de costos y/o el mayor plazo sólo son aplicables en la medida que se refieran a obras distintas a las que son objeto del contrato y, en particular, no imputables al Contratista.

Vuelve sobre la imputación de dolo y la carga probatoria del Artículo 1.459 del Código Civil.

Luego, a modo de resumen, expone los argumentos por los cuales no existen los incumplimientos que XX imputa a ZZ:

- 1.) No existe incumplimiento de la obligación de entregar ingeniería, proyectos y planos de construcción oportunamente, completos, sin errores y consistentes entre sí.
- 2.) No hay incumplimiento a la obligación de pagar por los cambios de obra y otorgar mayores plazos de ejecución.
- 3.) No hay incumplimiento a la obligación de ejecutar de buena fe este Contrato de Construcción.
- 4.) No existe incumplimiento a la obligación de ejecutar el Contrato de Construcción diligentemente.
- 5.) No hay incumplimiento al deber de pagar oportunamente los Estados de Pago.
- 6.) No hay incumplimiento en la obligación de pagar íntegramente el precio del Contrato de Construcción; y
- 7.) No hay incumplimiento en la obligación de restituir las boletas de garantía.

IV. OBJETAMOS LA EXISTENCIA, NATURALEZA Y MONTO DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR XX

4.1. Rechazo de las supuestas "prestaciones contractuales" que el Contratista reclama como adeudadas:

- a.) Estado de Pago Final N° 9, por UF 3.298,76: Destaca que no se ha hecho exigible según cláusula 16, letra c) del contrato y que debe descontarse el monto correspondiente al anticipo por 824,70 UF.
- b.) Órdenes de Cambio, por un total de UF 5.674,44: Expresa que ZZ sólo ha aprobado órdenes de cambio por un total de UF 1.519, que detalla; que se encuentran pendientes de aprobación órdenes de cambio por la cantidad total de UF 119,45, que detalla; que el resto fueron fundadamente rechazadas por un total de UF 2.521,36. Agrega que, no obstante que el pago de órdenes de cambio no se ha efectuado debido a la negligencia de XX, lo cierto es que el monto reclamado es improcedente, pues el monto total a que tiene derecho asciende a UF 1.619,64 y no a UF 5.674,44 que reclama.
- c.) Gastos debido a cambio de condición por mano de obra, ascendentes a UF 13.638,02: Indica que no son imputables a ZZ, aludiendo al gasto de mano de obra por \$ 450.475.512, y que lo mismo debe aplicarse al gasto por concepto de traslado de personal ascendente a \$ 8.316.667. En cuanto al "conflicto de los enfierradores" por la suma de \$3.038.489, indica que es improcedente porque se les contrató antes de lo necesario.

Añade que tampoco corresponde reclamar \$41.040.322 por concepto de sobrecostos en materia de seguridad, citando el Artículo 184-C del Código del Trabajo y 21 del Decreto Supremo 40. Concluye que es improcedente cobrar mayores costos de personal incluidos en gastos generales considerados en el presupuesto por la cantidad de \$82.477.667.

- d.) Gastos por arriendos más allá del plazo considerado, ascendentes a UF 1.193,97: Argumenta que fueron producto de la culpa e incapacidad técnica del Contratista para ejecutar las obras.
- e.) Gastos generales por mayor plazo de obra, por UF 5.133,21: Expresa que la improcedencia de esta pretensión se debe a que la extensión de la obra más allá de lo originalmente pactado es única y exclusivamente imputable al Contratista, por su mala gestión y deficiente ejecución de los trabajos, por lo que los mayores gastos generales son sólo aquellos reconocidos y aprobados por ZZ. Concluye que, por ende, cualquier sobrecosto en que eventualmente hubiere incurrido el Contratista debe ser soportado únicamente por éste.
- f.) Costos de ineficiencia provocada por gestión de proyecto ZZ, por UF 2.286,83: Señala que el Contratista no explica en qué consistiría y cómo se habría producido este daño, y que de todas formas objeta su existencia, naturaleza y monto.

4.2 Rechazo de los supuestos “perjuicios cuya indemnización se exige”, por la cantidad de UF 1.907,86:

- a) Rechazo del cobro de intereses por demoras en el pago de facturas, por UF 602,02: Manifiesta que es improcedente porque se debió a la negligencia del propio Contratista.
- b) Rechazo del cobro de interés financiero por demora en el pago de órdenes de cambio, por UF 672,36: Expresa que no es atribuible a ZZ, reiterando que la gran mayoría de las órdenes de cambio presentadas por XX fueron rechazadas por no corresponder a cambios de proyectos, sino a obras objeto del contrato y que el atraso en la formalización de algunas órdenes de cambio se debe a la culpa del Contratista en presentar antecedentes técnicos.
- c) Rechazo del cobro de interés financiero por demora en el pago de Estado de Pago Final, por UF 633,86: Dice que no es atribuible a ZZ, sino al Contratista, volviendo a citar la cláusula 16, letra c) del contrato de construcción.
- d) Rechazo de la supuesta “pérdida de contratos adjudicados”, por la cantidad total de UF 12.990,54: Manifiesta que lo desconoce y que, en todo caso, es un perjuicio imprevisto y que, para que sea procedente su indemnización, debe acreditarse dolo (Artículo 1.558 del Código Civil).
- e) Rechazo de los otros perjuicios reclamados, por la cantidad estimada de UF 20.000: Dice que es un perjuicio artificial infundado e indirecto, no indemnizable por no corresponder a daño emergente, lucro cesante ni daño moral.

En la parte petitoria solicita tener por contestada la demanda de cumplimiento e indemnización de perjuicios interpuesta por XX, negando lugar a ella, con costas.

4.3. La demanda reconvenional interpuesta por ZZ en contra de XX:

En el primer otrosí del escrito de contestación de demanda, concretamente a fs. 346 y siguientes, la demandada principal ZZ interpone demanda reconvenional en contra de la demandante principal XX, la que sintetizaremos a continuación, siguiendo su estructura.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Se remite a lo expuesto en su contestación a la demanda principal de XX.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Dice no haber duda que entre las partes existió una relación de carácter contractual consistente en una obligación de hacer, citando el Artículo 1.437 del Código Civil.

2.2. Indica que el contrato de construcción es consensual (Artículo 1.443 del Código Civil), pero que no obstante ello sus estipulaciones constan por escrito; que según el Artículo 1.545 del mismo Código, el contrato obliga a XX con la misma fuerza de una ley; y que según el Artículo 1.546, también del Código Civil, le obligaba a ejecutarlo de buena fe, lo que disputa fundamentalmente por el retraso y abandono de las obras.

2.3. Expresa que las partes responden de la culpa leve (Artículos 44 y 1.547 del Código Civil).

2.4. Manifiesta que los incumplimientos contractuales de XX le obligan a resarcir todos los perjuicios que ha ocasionado a ZZ, citando el Artículo 1.556 del Código Civil, para luego resumir los incumplimientos que alega:

- (i) El cumplimiento imperfecto de obligaciones, pues las obras no fueron ejecutadas debida y correctamente conforme a lo pactado.
- (ii) El incumplimiento a los deberes legales y contractuales que pesaban sobre el Contratista para proteger eficazmente la vida e integridad de los trabajadores.
- (iii) El grave retraso en el cumplimiento del plazo pactado.
- (iv) El abandono de las obras con fecha 15 de julio de 2013, lo que obligó a contratar con terceros su terminación y significó que ZZ no pudiera emitir el "Certificado de Recepción Provisoria" ni contar con la boleta de garantía bancaria para asegurar "la correcta ejecución de las obras", según cláusula 13.2 del contrato de construcción".

2.5. Manifiesta que concurren todos los requisitos de la responsabilidad civil contractual, a saber:

- a.) Incumplimiento de una obligación, aludiendo fundamentalmente a la cuestión relativa al plazo y el abandono de las obras.
- b.) Existencia de perjuicios y nexo causal, señalando que los daños sufridos por ZZ debido a los incumplimientos contractuales de XX son cuantiosos y de diversa naturaleza. ZZ debió contratar con terceros la terminación de las obras para que pudieran ser recibidas sin observaciones y solicitar a la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de RO la recepción definitiva. ZZ se vio obligada a contratar asesoría legal para defenderse de las temerarias e infundadas demandas interpuestas en su contra por XX. Se remite a la cláusula penal de la cláusula 20.1 del contrato y señala que tiene derecho a cobrarle UF 3.336,5. Menciona la cláusula 20 párrafo 1° del Contrato de Construcción en el sentido que puede cobrar daños adicionales, de modo que puede pretender el máximo de la multa y los demás perjuicios que indicará.
- c.) Imputabilidad del perjuicio, manifestando que son atribuibles exclusivamente a XX; que el incum-

plimiento se presume culpable, correspondiendo a XX acreditar que los retrasos no se deben a hechos o circunstancias imputables a su culpa; y que sólo corresponderá a la demandada probar que el contrato fue ejecutado debidamente y conforme a los términos convenidos y los trabajos acometidos dentro del plazo estipulado, o bien que las deficiencias e incumplimientos no se debieron a un hecho o culpa suya (Artículo 1.698 del Código Civil).

d.) No concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, indicando que XX no podrá oponer a esta demanda reconvenzional la excepción de contrato no cumplido porque los incumplimientos no tuvieron su causa en circunstancias excepcionales o fortuitas, expresando que debe probarlo (cita el Artículo 1.674 del Código Civil).

e.) La mora del deudor, invocando el Artículo 1.551 N° 1 del Código Civil en relación a la cláusula sexta del Contrato de Construcción, en que se estipuló como plazo máximo para la terminación de estas obras el 12 de abril de 2013 (N° 1) y que, si no es así, la presente demanda constituye requerimiento judicial (N° 3).

2.6. Menciona el Artículo 1.999 del Código Civil, en el sentido que “habrá lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”. Insiste en que es una obligación de hacer y menciona el Artículo 1.553 regla 2 del Código Civil en cuanto a que, junto con la indemnización por la mora, puede pedir que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor. Concluye que junto con reclamar los perjuicios de la mora, pide indemnización de todos los costos, gastos y desembolsos en que debió incurrir a consecuencia de los incumplimientos contractuales de XX, entre ellos, contratar terceros para subsanar observaciones y acometer trabajos que quedaron pendientes y que eran necesarios para obtener la recepción definitiva.

III. PERJUICIOS RECLAMADOS

3.1. Cláusula penal: Cita la cláusula 20 del contrato y como el retraso superó con creces el plazo máximo de 50 días, reclama el máximo de la multa ascendente al 10% del precio del contrato: UF 3.336,50.

3.2 Costos de reparación y finalización de las obras: Señala que conforme a la regla 2ª del Artículo 1.553 del Código Civil debió asumir costos para reparar defectos y concluir trabajos, mencionando diversas empresas: TR3, en cuanto al sistema de aguas lluvias e impermeabilización de la losa (UF 2.946,59); TR4, por trabajos asociados a la recomposición de la red de incendio (UF 693,39); TR5, trabajo de servicios de climatización y ventilación (UF 86,23); TR6, por arriendo de andamios (UF 472,47); TR7, por evaluación y puesta en marcha de los sistemas de climatización y de agua caliente solar (UF 647,10); TR8, por excavaciones para la verificación de la impermeabilización en el edificio comedor (UF 120,83); TR9, por reparación de la membrana EPDM bajo la cubierta verde y en pasadas de tuberías de climatización del edificio (UF 54,44); y, finalmente, un ITO para la inspección técnica (UF 367,10).

3.3. Arriendo temporal de casino y comedor: Contrato con TR a partir del mes de junio de 2013 (UF 1.146,45).

3.4. Gastos notariales y costos internos: Se trata del Notario Público de RO (UF 23,05) y recursos y personal propio para la inspección, administración y gestión de todos los trabajos (UF 3.398,67).

El costo total de los perjuicios sufridos por ZZ lo estima en UF 13.262,82, que reclama más los intereses legales correspondientes calculados desde la fecha de la demanda reconvenzional hasta su pago efectivo, así como las costas de la causa.

En la parte petitoria concluye solicitando se tenga por interpuesta la demanda reconvenzional y declarando terminado el contrato de construcción debido a los incumplimientos contractuales en los que incurrió el Contratista; condenándole al pago de la multa pactada en el contrato y a la indemnización de los perjuicios reclamados por un total de UF 13.262,82; y disponer que las sumas antes señaladas sean pagadas más los intereses legales correspondientes, con costas.

En el otrosí acompaña documentos consistentes en cartas de diversas fechas, a que se aludirá a propósito de la prueba.

Por resolución de 19 de mayo de 2014 que rola a fs. 376, se tuvo por contestada la demanda y, por estimarlo necesario y conforme a la facultad que se otorga al Árbitro en el acápite 10 letra d) del acta de procedimiento de 13 de marzo de 2014, se confirió traslado para replicar por el término de 10 días. Se tuvo por interpuesta la demanda reconvenzional y se confirió traslado por el mismo término de 10 días.

4.4. La réplica en la demanda principal:

Con fecha 4 de junio de 2014 a fs. 377 y siguientes, la demandante principal presentó su réplica en la demanda principal, la que se resume a continuación, siguiendo su estructura:

I. RATIFICACIÓN DE LA DEMANDA: Se ratifica íntegramente, sin perjuicio de las aclaraciones o complementaciones que se señalen en la réplica.

II. CUESTIÓN PREVIA: ALGUNOS COMENTARIOS RELATIVOS A LA DISPOSICIÓN CON QUE LA CONTRARIA ENFRENTA ESTA DISPUTA Y CÓMO ELLO RETRATA FIELMENTE LA FORMA EN QUE ACTUÓ DURANTE EL DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO SUB-LITE:

En general, protesta contra ZZ en el sentido que tendría un tratamiento abusivo y que intentaría desacreditarle. En el acápite 9 (fs. 381), se refiere al supuesto abandono de las obras el 15 de julio 2013, señalando que, en concepto de su parte, estaba completamente ejecutada en lo que le concernía y, por ello, en condiciones de ser recibida por la demandante, por lo que el 12 de julio de 2013 envió una carta a ZZ para revisar las obras ejecutadas, dejando constancia de que sólo cuatro obras menores no se realizarían por causas no imputables a XX; que el 15 de julio de 2013 no se presentó nadie de ZZ para efectuar la recepción provisoria, enviando una nota en el sentido que las obras no se encontraban terminadas; que el 26 de julio de 2013 envió una nueva carta solicitando la recepción, la que sólo fue respondida el 2 de agosto de 2013 con un listado de 83 observaciones a resolver; que el 26 de agosto de 2013 solicitó nuevamente la recepción de la obra, pero que ZZ siguió rechazándola; y que por correo de 30 de agosto de 2013, y

luego por carta de 2 de septiembre de 2013, solicitó la participación del arquitecto para definir si habían labores pendientes, a lo que ZZ se rehusó, insistiendo en que tal decisión debían tomarla exclusivamente su Coordinador y su ITO.

Expresa que durante septiembre (2013) siguió con personal en terreno para dar el gusto a la Mandante y poder obtener la recepción provisional, liberando el estado de pago pendiente y enfrentar los demás asuntos no resueltos por el Mandante, lo que se extendió hasta fines de septiembre. Por todo ello, concluye que es falso que haya abandonado la obra el 15 de julio de 2013.

En cuanto al retardo en la solución de los estados de pago, señala que el Contratista debe acreditar al Mandante el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales hasta la fecha de presentación del estado de pago, pero que una vez aprobado y emitida la factura, ésta debe pagarse, sin que pueda pedírsele que acredite nuevamente ningún supuesto para probar el estado de pago que debe ser solucionado.

En el N° 18 (fs. 385), indica que ZZ incurrió en retraso respecto de facturas ya emitidas y también en la aprobación de los estados de pago dentro de cuatro días, en circunstancias que el reclamo por falta de acreditación del cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales fue una excusa para retardar la aprobación de los estados de pago.

En el N° 22 (fs. 386), se refiere al problema de falta de respuesta de la carta de 6 de noviembre de 2013, respondida el 31 de enero de 2014, es decir, con casi 3 meses de retraso cuando ya se había iniciado el proceso arbitral; y añade que la presentación de 6 de noviembre de 2013 contenía el reclamo que en parte importante funda la demanda.

En el N° 25 (fs. 388), protesta porque en la contestación sólo se acompañan cuatro cartas de la propia emisión de ZZ.

III. HECHOS RECONOCIDOS O NO CONTROVERTIDOS EN LA CONTESTACIÓN DE ZZ:

Destaca que de los dichos de ZZ puede desprenderse una cantidad relevante de hechos reconocidos o no controvertidos. En el N° 28 (fs. 389), que el proyecto presentaba "ciertos aspectos menores que debían ser resueltos, mejorados, complementados y/o modificados durante la ejecución de los trabajos"; en el N° 29 (fs. 389 y 390), que las conexiones eléctricas, sanitarias y de clima para el equipamiento sufrieron algunas modificaciones menores que fueron informadas a XX, objeto de órdenes de cambio que no han sido gestionadas en forma completa por parte de XX, de modo que el cambio se reconoce; en el N° 30 (fs. 390 y 391), se refiere al tipo de suelo encontrado en el lugar de la obra, señalando que fue necesaria la asesoría de un mecánico de suelos, quien debió dejar instrucciones para proseguir con la faena; en el N° 31 (fs. 391), alude a los 25 días de atraso reconocidos como consecuencia de lo que tardó ZZ en hacer la recepción de los sellos de las fundaciones; en el N° 32 (fs. 391 y 392), señala que en relación a las 64 actividades descritas en el párrafo 155 de la demanda (fs. 220 y siguientes), ZZ se pronuncia respecto de ellas, lo que significa que si bien cuestiona su naturaleza, no controvierte el hecho que fueron realizadas; y en el N° 35 (fs. 392), expresa que ZZ reconoce la procedencia de algunas órdenes de cambio por UF 1.619,64, que

no ha pagado ni reconoce en definitiva adeudar.

IV. REFUTACIÓN A ALGUNAS CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDADA

IV.1. En cuanto al factor de imputación en que se basaría la demanda: En esencia, expresa que aunque no se descarta la existencia de dolo, no se ha imputado a la demandada, sino haber ejecutado el contrato de manera abusiva y contraria a la buena fe contractual, volviendo sobre el Artículo 1.546 del Código Civil. Señala que la demandada está sosteniendo que los perjuicios serían imprevistos y que, por ello, se requiere de dolo, en circunstancias que todos eran previsibles.

IV.2. En cuanto a las interferencias informadas v/s encontradas: Tomando las palabras de la contestación en el sentido que ZZ no entregó a los licitantes planos con un listado exhaustivo de las interferencias, sino sólo aportó antecedentes que daban cuenta de aquéllas que posiblemente podrían aparecer durante la ejecución de las obras, expresa que estos párrafos confirman que ZZ interpreta el contrato como una especie de seguro o garantía, en que el Contratista debe correr los riesgos por cuenta del Mandante, sin límite alguno, lo que se aleja de un contrato de construcción a suma alzada y lo transforma en una especie de contrato de construcción a todo evento (N° 42 a fs. 395).

En el N° 47 a fs. 397, se refiere al hecho que en la contestación se expresa que el 2 de octubre de 2012 se entregaron a XX copias de los planos de arquitectura firmados y adicionalmente el 7 de enero de 2013 se entregó al Contratista una copia física de los documentos singularizados en acta de entrega de documentos 03, llamando la atención respecto de las fechas en que los antecedentes sufrieron modificaciones.

IV.3. En cuanto a la imputación de falta de estudio acucioso y diligente de los antecedentes por parte de XX: ZZ refuta la imputación y da cuenta de los numerosos planos entregados durante el desarrollo de la obra.

IV.4. En cuanto a la calidad del suelo y la necesidad de complementar el proyecto: Manifiesta que con una visita a terreno y con la sola revisión visual de la superficie, un neófito no puede determinar la calidad del mismo, menos en la profundidad necesaria para fundar el edificio que se pretenda construir. Más aún, tampoco lo puede hacer incluso un experto a simple vista. Por eso existe una especialidad en la ingeniería dedicada a la mecánica de suelos y procedimientos técnicos para definir la calidad del terreno. Agrega que cuando XX hizo presente la real calidad del suelo, el propio ingeniero calculista contratado por ZZ no quiso emitir opinión, requiriendo la de un mecánico de suelo, experto que pudo dar instrucciones de cómo seguir para construir adecuadamente las fundaciones, todo lo cual significó un retraso de 33 días, 25 de ellos reconocidos por ZZ. Agrega que el 15 de febrero de 2012 visitó el terreno y tomó fotografías, de cuyo examen no se infiere que se trate de un terreno arenoso.

IV.5. En cuanto a las órdenes de cambio: Expresa que ZZ hizo imposible o muy engorroso cualquier cobro porque: **a)** Ninguna orden de cambio, nunca, fue aceptada pura y simplemente; **b)** Más aún, las mismas o no eran contestadas, o eran requeridos mayores antecedentes, o los trabajos indicados por XX eran

divididos en múltiples acciones distintas, de manera que el rechazo de una de ellas justificaba el rechazo de la orden de cambio completa; **c)** En el caso de aquellas órdenes de cambio aceptadas parcialmente, ZZ exigía la modificación de la misma y la emisión de una nueva orden de cambio o su reemplazo, de modo que XX renunciara al cobro del saldo no aceptado unilateralmente por el Mandante; y **d)** Fue práctica habitual de ZZ demorar la respuesta a las órdenes de cambio presentadas por XX (generalmente meses), su rechazo permanente y, cuando eran aprobadas en una mínima parte, tampoco eran pagadas, puesto que se exigía suscribir una nueva orden de cambio con renuncia de todos los derechos por parte del Contratista.

En el N° 54 (fs. 403), insiste en que durante la ejecución del contrato ZZ solicitó obras adicionales o extraordinarias sin cumplir con las exigencias formales de la cláusula 9.1 del Contrato de Construcción.

IV.6. En cuanto a la alegación por parte del demandado de ciertas cláusulas contractuales: En esencia, argumenta que el contrato ha sido dictado por ZZ y que, por consiguiente, debe interpretarse contra redactor según Artículo 1.566 inciso 2° del Código Civil y que determinadas cláusulas son nulas ab initio por derogar normas de derecho público que adolecerían de objeto ilícito para justificar futuros incumplimientos.

IV.7. En cuanto a las defensas y excepciones alegadas por la demandada: Reitera que los hechos descritos en su demanda constituyen incumplimientos contractuales imputables a ZZ por haber incurrido en ellos a lo menos culpablemente, lo que hace procedente la acción deducida de cumplimiento forzado de contrato con indemnización de perjuicios, que han sido causados directa y previsiblemente por dichos incumplimientos; y que XX no ha incurrido en incumplimiento alguno, menos en incumplimientos que no se explican y que tampoco ha incurrido en culpa alguna que justifique los incumplimientos de la contraparte.

V. CONCLUSIONES

Se expresa que el demandado actúa alejándose de la buena fe y abusivamente, entre otras, por las siguientes razones:

- a)** Retrasó permanentemente la solución de los estados de pago;
- b)** Retrasó la tramitación de las órdenes de cambio, para en definitiva no pagar nunca ninguna, ni siquiera aquellas aprobadas parcialmente por él;
- c)** Modificó las condiciones de contratación y demoró la entrega de planos, especificaciones técnicas y proyectos necesarios para continuar la obra;
- d)** Nunca se hizo responsable de sus propias negligencias;
- e)** Redactó el contrato de la manera más conveniente para sus intereses;
- f)** Exigió el cumplimiento de las obligaciones del Contratista con niveles de perfección derechamente excesivos, condicionando con ello el cumplimiento de sus propias obligaciones;
- g)** Rechazó artificialmente la recepción provisoria de las obras;
- h)** Efectuó declaraciones manifiestamente alejadas de la realidad, como aquella referida al abandono de las obras; e
- i)** Interpretó las normas –contractuales, legales, procesales en este arbitraje– a su propio gusto y conveniencia.

En la parte petitoria, solicita tener por evacuado el trámite de la réplica reiterando su petición de que se acoja la demanda, con costas.

4.5. La contestación a la demanda reconvenional:

En el primer otrosí a fs. 408 y siguientes, la demandada reconvenional XX contesta la demanda reconvenional de ZZ, la que sintetizaremos, siguiendo su estructura.

Comienza expresando que, atendido que la contestación centra sus esfuerzos en refutar los fundamentos de la acción deducida por XX alegando no haber incurrido ella misma en incumplimientos contractuales, no ve cómo dichas alegaciones puedan servir de fundamento a la reconvenición, pues no corresponde a XX, ni menos al Juez, suponer qué partes de la contestación contendría los hechos que fundan la acción reconvenional, sin perjuicio que XX no ha incurrido en incumplimiento contractual alguno, por lo que acoger una demanda planteada de esta manera significaría incurrir en ultra petita.

Agrega que deducir una demanda por UF 13.262,82, equivalente a un tercio del precio del contrato de construcción, sin describir los hechos en que se funda, es una absoluta desprolijidad.

Añade que la vaga descripción de los incumplimientos contenidos en la página 24 del escrito de ZZ (fs. 289), no permiten concluir en qué hechos se basan los mismos, pues no se describe cuáles son las obras mal ejecutadas ni menos en qué consistiría la incorrección; no se describen incumplimientos de los deberes legales y contractuales que pesaban sobre el Contratista; no se señala desde cuándo cabe computar la tardanza que el actor reclama, aunque se puede adivinar que lo computa a partir de la fecha original de entrega de la obra, lo que no es posible por cuanto algunas órdenes de cambio implicaban un aumento de plazo, por ejemplo, en relación a la recepción de sellos de fundaciones (25 días); y que el abandono de las obras con fecha 15 de julio de 2013 es una afirmación falsa.

Niega haber incurrido en incumplimiento alguno y, si en alguno hubiere incurrido, opone la excepción de contrato no cumplido por cuanto ZZ no ha cumplido los siguientes aspectos:

- a) La obligación de entregar ingeniería, proyectos y planos de construcción oportunamente, completos, sin errores y consistentes entre sí;
- b) La obligación de pagar por cambios y mayores obras y otorgar mayores plazos para la ejecución de la obra;
- c) La obligación de ejecutar el contrato de buena fe, sin modificar las condiciones iniciales del mismo y cumplir lo que emana de su naturaleza, que incluye pagar los mayores gastos y costos sufridos por el Contratista imputables al Mandante;
- d) La obligación de ejecutar el contrato diligentemente;
- e) La obligación de pagar oportunamente los estados de pago;
- f) La obligación de pagar íntegra y oportunamente el precio del contrato; y
- g) La obligación de restituir las boletas de garantía (N° 6 a fs. 411).

Añade que es improcedente la acción (de terminación) porque el contrato ya se encuentra terminado (N° 7 a fs. 412); que es improcedente el cobro de la multa porque no se ha incurrido en atraso culpable y no se ha señalado por la demandante reconvenional cuál sería el plazo de atraso que se imputa (N° 8 a fs. 412); que en cuanto a los costos de reparación y finalización de las obras, se deben rechazar no sólo porque no se han descrito en la demanda reconvenional, sino porque se controvierte su existencia y cuantía y, si existiera algún costo, no ha sido causado por incumplimiento de XX (N° 9 a fs. 412); en cuanto al arriendo temporal de casino y comedor, se debe rechazar no sólo porque no se ha detallado de manera alguna en la demanda reconvenional, sino porque se controvierte su existencia y cuantía y, si existiera algún costo, no ha sido causado por incumplimiento de XX y que estarían indemnizados con la multa (N° 10 a fs. 412); y en cuanto a los gastos notariales y costos internos de ZZ, se deben rechazar porque no se han descrito y se controvierte su existencia y cuantía y, si existiera alguno, no ha sido causado por incumplimiento de XX, resultando sorprendente que ZZ pretenda el cobro de personal que, según el Contrato de Construcción, era de su propio cargo, como la inspección de obras o la coordinación por su parte del contrato (N° 11 a fs. 412 y 413).

Por providencia de 4 de junio de 2014 a fs. 447, se proveyó el escrito de réplica y de contestación de la demanda reconvenional, confiriendo los correspondientes traslados para duplicar y replicar, respectivamente.

4.6. La dúplica en la demanda principal:

Por escrito ingresado el 24 de junio de 2014 a fs. 501, ZZ duplicó en la demanda principal, escrito que a continuación se resume, siguiendo su estructura.

I. BREVES COMENTARIOS RELATIVOS AL ESCRITO DE RÉPLICA PRESENTADO POR XX:

Se sintetizarán sus aspectos más relevantes:

1.1. Llama la atención que XX ratifique su demanda señalando que ninguno de los argumentos contenidos en la defensa modifican lo expuesto en la demanda, porque ello es gravemente contrario al mérito del expediente.

1.2. XX dedica tres páginas a desarrollar una teoría conforme a la cual ZZ sería una empresa que se destaca por el evidente desprecio que manifiesta por empresas menores. Enuncia diversos argumentos para controvertirlo.

1.4. (*) Aludiendo a los incumplimientos contractuales en que incurrió XX y a la circunstancia que ésta dice que no se han señalado cuáles serían, expresa:

a.) No obstante no ser efectivo que en la contestación de demanda no se precise por qué la contraria no ejecutó los trabajos conforme a lo pactado, los documentos adjuntos al escrito de defensa otorgan absoluta claridad respecto de los incumplimientos del Contratista, así como de las obras mal ejecutadas y/o inconclusas.

b.) Los documentos adjuntos a la contestación contienen un listado pormenorizado de las obras no ejecutadas por XX y de aquellas obras o actividades con observaciones pendientes de solución por parte del Contratista.

- c.) XX presenta como argumento novedoso y como muestra de su supuesto cumplimiento del contrato, el pago de todos los estados de pago, salvo el último por parte de ZZ, lo que dice no es novedoso, pues fue expresamente mencionado en la contestación.
- d.) XX reconoce la existencia de no conformidades, aunque las califica de menores y aparentemente tardías.

1.5. Refutando otras argumentaciones de XX, manifiesta:

- a) XX reconoce que habría ejecutado sus trabajos hasta el 15 de julio de 2013.
- b) XX también reconoce que durante el mes de agosto de 2013 habría debido ejecutar trabajos para solucionar algunas observaciones.
- c) XX igualmente reconoce haber solicitado varias veces la recepción de las obras, lo que fue rechazado por ZZ, debido a los defectos que presentaban y que debido a la falta de ejecución de ciertas actividades de ZZ, no estuvo en condiciones de otorgar al Contratista la recepción provisoria de las obras porque se encontraban sin terminar y presentaban diversos defectos al mes de agosto de 2013, como lo constató el Notario Público de RO.
- d) Expresa que no estuvo en condiciones de otorgar al Contratista la recepción provisoria de las obras porque a agosto de 2013 se encontraban sin terminar y con defectos.
- e) ZZ debió confiar a terceros la terminación de las obras que XX se negó a concluir conforme a lo pactado; y
- f) El certificado de recepción emitido por la Municipalidad de RO sólo pudo ser otorgado el 6 de febrero de 2014.

Concluye que todo lo anterior demuestra que no es efectivo que las obras hayan estado listas al 15 de julio de 2013 y que la entrega formal de las llaves mediante carta del 26 de agosto de 2013 obedeció a un requerimiento expreso de ZZ, y no a un acto voluntario de XX, pues se negó a concluir las obras y había anunciado que se retiraría de la faena, ante lo cual se exigió a XX la entrega de las llaves. Añade que los hechos descritos no pueden ser calificados sino como abandono de las obras.

1.6. En cuanto al retardo en la solución de los estados de pago, indica que lo cierto es que en la gran mayoría de los casos no incluían antecedente alguno que diera cuenta del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y que, no obstante ello, ZZ los aprobó de buena fe en razón de las obras ejecutadas y del precio cobrado para no retardar la entrega de las facturas y su posterior solución, en el entendido que el Contratista acreditaría, previo al pago, el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, por lo que es falso que ZZ haya exigido "acreditar nuevamente" el cumplimiento de dichas obligaciones, dado que el Contratista no lo hizo al presentar sus estados de pago. Vuelve sobre el Artículo 183-C del Código del Trabajo.

A modo explicativo, expresa que el supuesto atraso en el pago de los estados de pago 5, 6, 7 y 8, sólo se debe a que el Contratista hizo entrega del total de la documentación referente al cumplimiento de las obligaciones previsionales y laborales con bastante posterioridad a la fecha de vencimiento de la factura. Agrega que esto se encuentra reconocido en la réplica de XX, cuando alude a una falta de acreditación

marginal en el cumplimiento de sus obligaciones. Rechaza y objeta los plazos que el Contratista considera para el cómputo del supuesto atraso imputable a ZZ en el pago de la facturas.

1.7. En cuanto a la falta de respuesta de la carta de 6 de noviembre de 2013, expresa que se debe a las negociaciones que tuvieron lugar entre las partes y que es demostrativo de que ZZ, de buena fe, hizo esfuerzos para llegar a un acuerdo y evitar el inicio del arbitraje.

1.8. Respecto de la circunstancia de haber acompañado sólo 4 cartas en la contestación, destaca que demuestran que ZZ no rechazó en forma abusiva e injustificada las órdenes de cambio presentadas por XX, sino manifiestan el interés de dar curso a todos aquellos aspectos en los cuales ambas partes sí estaban de acuerdo, acreditando que XX no finalizó las obras el 15 de julio de 2013 y probando que ZZ no ha actuado en forma dolosa ni de mala fe, sino que tales cartas son demostrativas de sus esfuerzos por resolver las diferencias, sin necesidad de juicio.

Luego se refiere a las normas procesales en cuanto a la oportunidad de acompañar documentos.

II. LA RÉPLICA DEMUESTRA QUE XX NO SE HIZO CARGO DE LOS ARGUMENTOS DE FONDO Y QUE ADICIONALMENTE DEBIÓ MODIFICAR O AJUSTAR VARIAS DE LAS AFIRMACIONES CONTENIDAS EN SU DEMANDA.

2.1. Señala que XX simplemente se quedó sin palabras, lo que se advierte primeramente respecto de los supuestos problemas e inconsistencias en la ingeniería que habrían impedido ejecutar el proyecto en los términos licitados, no obstante lo cual en la réplica de XX no existe una sola frase destinada a hacerse cargo de que ZZ entregó ingeniería apta y suficiente para ejecutar la obra. Al efecto, acompaña un CD que contiene toda la información técnica y administrativa enviada a XX mediante correo electrónico de 5 de julio de 2012 (tercer otrosí a fs. 537).

2.2. Indica que el mismo silencio se advierte respecto de los supuestos cambios en condiciones de seguridad y nuevos requerimientos del Mandante y aplicación de estándares de seguridad más altos que los informados durante el proceso de licitación.

2.3. Luego alude a alteraciones experimentadas en la réplica en cuanto a las condiciones del suelo y el dolo o mala fe imputado a ZZ.

2.4. En cuanto a lo primero, expresa que XX debió dejar de lado en la réplica las argumentaciones relativas a un supuesto cambio en las condiciones del terreno, limitándose a que habría debido constatarlo con la asesoría técnica de un mecánico de suelos para continuar con el trabajo y poder efectuar la recepción de los sellos de fundación.

2.5. Otra modificación relevante consiste en intentar morigerar o atenuar sus claras imputaciones de obrar doloso o de mala fe reprochado a ZZ, pues sabe que dichas imputaciones han invertido la carga de la prueba y la obligan a probar el dolo y la mala fe transversalmente imputada en la demanda a ZZ. Insiste

en que se debe dar aplicación estricta al Artículo 1.459 del Código Civil en el sentido que XX debe probar el dolo.

III. RECHAZO Y OBJECCIÓN DE LOS ARGUMENTOS CONTENIDOS EN LA RÉPLICA DE XX

3.1. Rechazo de las explicaciones dadas por XX respecto de las interferencias:

Refiere el documento "Procedimiento de Movimiento de Tierra y Excavaciones" confeccionado por el propio Contratista y enviado a ZZ el 11 de octubre de 2012, en el cual se indica que antes de iniciar cualquier movimiento de tierra y/o excavación, deberá explorarse el terreno mediante calicatas u otro medio exploratorio. Se pregunta qué sentido tenía lo anterior si XX consideraba que los planos con las interferencias entregadas por ZZ eran taxativos y que no podían existir otras, siendo una prueba de lo anterior las tuberías de acero de hormigón, vigas de hormigón armado y asfaltos en bloques que fueron hallados que generaron la orden de cambio N° 1, parcialmente aceptada por ZZ, pero que XX no formalizó la solicitud.

Destaca que lo anterior es concordante con un contrato a suma alzada en que las partes regularon la posibilidad que durante su ejecución surgieran aspectos que podrían impactar el costo de las obras y/o sus plazos, siendo distinto el caso de un contrato en base a precios unitarios en que el precio del trabajo está determinado por las obras realizadas y por las cubicaciones informadas, sin necesidad de tener que formalizar una orden de cambio.

3.2. Falta de estudio acucioso y diligente por parte de XX de los antecedentes del proyecto puestos a su disposición durante la licitación:

Expresa que analizada la réplica de XX, no tiene duda de ello, señalando que de ser efectivos los supuestos graves errores, inconsistencias, faltas y problemas de ingeniería que habría presentado la obra, resulta inaceptable que una empresa como XX no haya sido capaz de detectarlos; refiere la fase preguntas y respuestas; y destaca que la demanda no se sustenta en errores menores, sino en inconsistencias y deficiencias de una entidad tal que han llevado al Contratista a sostener que la obra no podía ejecutarse en los términos licitados y a reclamar como indemnización una suma que alcanza al 200% del precio ofrecido.

En cuanto a que las respuestas a las consultas eran conocidas por todos, señala que el Contratista pretende justificar su propia negligencia.

Refiere un correo electrónico de 20 de febrero de 2013 enviado por don S.F. a don V.I., en que el representante de XX reconoció que el proyecto de clima no había sido bien estudiado y no reunía todas las consideraciones para su ejecución, llamando la atención que una observación como ésta no haya sido levantada por XX durante la licitación. El e-mail lo acompaña en el segundo otrosí (fs. 536).

3.3. Rechazo de los argumentos relativos a la calidad del suelo y la necesidad de completar el proyecto:

Destaca que XX ya no habla de "cambio" o "diferencias" entre el tipo de suelo informado durante la licitación y aquél existente en terreno, sino que convenientemente concreta sus argumentos en la "calidad" del suelo. Aclara que fue precisamente el temor de XX (motivado por su inexperiencia e incapacidad técnica)

a fundar la estructura en un terreno que –en su opinión– era riesgoso, lo que finalmente obligó a que ZZ tuviera que recurrir a un mecánico de suelo para que dicho profesional recibiera los sellos de la fundación, de modo que el retraso que XX invoca como justificativo de estos supuestos problemas de suelo, sólo se debió a un infundado temor de su parte y no a cambios o diferencias en el tipo de suelo, y que si bien ZZ reconoció un atraso de 25 días por esta circunstancia, ello no implica que el proyecto haya contenido errores o deficiencias. Concluye que tan claro resulta lo que expresa que XX no hizo ninguna sobreexcavación ni relleno por este concepto.

3.4. Rechazo de las argumentaciones dadas por XX respecto del procedimiento de las “órdenes de cambio” :

Manifiesta que los rechazos de ZZ fueron siempre fundados, a saber, en algunos casos se solicitó al Contratista adjuntar y presentar los documentos de respaldo y las partidas unitarias para justificar el valor cuyo cobro se pretendía, al tiempo que en otros se rechazó el mayor costo y/o el aumento de plazo solicitado por tratarse de actividades no realizadas o de obras o actividades que formaban parte de las obligaciones contempladas en el contrato; por haber presentado XX valores incorrectos, utilidades por sobre el máximo estipulado en la cláusula 15.2 del contrato y/o gastos generales en contravención a lo acordado en el contrato; por falta de justificación técnica para ejecutar obras adicionales; por no existir impacto en los plazos; por tratarse de materiales que serían aportados directamente por ZZ, etc.

Añade que el retraso parcial de las órdenes de cambio por parte de ZZ nunca fue definitivo, pues siempre manifestó a XX que, en la medida que entregara los documentos justificativos de sus mayores obras y/o mayores costos, ZZ aprobaría dichas partidas y/o montos solicitados por XX, tal como se hizo respecto de aquellas órdenes de cambio parcialmente aceptadas.

3.5. Rechazo de los comentarios efectuados por XX respecto del sentido, alcance, interpretación y validez de las cláusulas del contrato:

Manifiesta que XX sugiere que estaríamos en presencia de un contrato de adhesión, pero que no es así por cuanto el contrato no fue “dictado” ni “impuesto” por ZZ, sino que el texto definitivo fue acordado como resultado de reuniones, modificaciones y sugerencias al borrador originalmente propuesto, a instancias de XX, citando al efecto el correo electrónico de 7 de febrero de 2012 enviado al señor T.J. de XX. Manifiesta que el borrador de contrato es sustancialmente diferente al contrato definitivo, a cuyo efecto en el segundo otrosí acompaña copia del citado e-mail del primer borrador de contrato enviado al demandante (fs. 536).

Añade que existieron reuniones y que hay abundante correspondencia intercambiada y que, por correo electrónico de 21 de agosto de 2012, ZZ invitó a los representantes de XX a una reunión de revisión del borrador del contrato para este proyecto, antecedentes que demuestran la falsedad de las afirmaciones contenidas en la réplica en cuanto a posición dominante.

3.6. En cuanto a la supuesta inexistencia de incumplimientos contractuales de XX:

Reitera los incumplimientos que le imputa:

- a.) Retraso en la entrega de la boleta de garantía de fiel cumplimiento del contrato, conforme a lo estipulado en las cláusulas 6 y 13.1 del contrato.
- b.) Falta de cumplimiento de las normas de seguridad.
- c.) Falta de terminación y abandono de las obras.
- d.) No entrega la garantía de correcta ejecución de las obras, conforme a lo pactado en la cláusula 13.2 del contrato.

Concluye solicitando tener por evacuada la réplica (debe entenderse dúplica).

4.7. La réplica en la demanda reconvenicional:

En el primer otrosí de fs. 531 y siguientes ZZ replica en la demanda reconvenicional interpuesta en contra de XX, la que se resume a continuación, siguiendo su estructura.

1. Reitera lo manifestado en la demanda reconvenicional.
2. Rechaza todo lo argumentado por XX en la contestación.
3. En cuanto a la alegación de XX en el sentido que la reconvenición no contendría una exposición de los hechos que le servirían de sustento y que, de acogerse la acción, se incurriría en el vicio de ultra petita, señala que por razones de economía procesal se remitió a lo argumentado en la contestación, y que éstos pueden claramente inferirse del escrito, a saber: **(i)** La celebración de un contrato de construcción y las estipulaciones principales del mismo; **(ii)** El incumplimiento por parte de un Contratista, así como los hechos constitutivos de dichos incumplimientos, a saber, ejecución deficiente de obras, falta de algunas actividades y no terminación de las obras; y **(iii)** Los perjuicios que dicha falta de incumplimiento ocasionó a ZZ, consistentes en la necesidad de tener que contratar a terceros para finalizarlas y no haber podido contar con la obra concluida en la fecha pactada, debiendo agregarse los vicios y defectos que han ido surgiendo, mencionando diversos casos en la página 32 (fs. 532).

Por todo ello, no ve cómo se podría incurrir en ultra petita y agrega que si considera que la reconvenición impide conocer los hechos, debió hacer valer la excepción de ineptitud del libelo.

Sin perjuicio de ello, en el segundo otrosí acompaña un informe del ITO de fecha 15 de julio de 2013, que contiene: **(i)** Un listado detallado de las no conformidades no respondidas a esa fecha por XX; **(ii)** Descripción de los ensayos y pruebas necesarias para la puesta en marcha de las instalaciones, no entregadas por el Contratista; **(iii)** Actividades del contrato respecto de la cual XX no solicitó, formal ni informalmente, su recepción; y **(iv)** Listado de no conformidades y de tareas del contrato no finalizadas por el Contratista.

4. Señala que lo anterior es demostrativo de los problemas de XX en el estudio de los antecedentes puestos a su disposición, a saber:

- a.) XX indica desconocer cuáles serían las obras del contrato que no fueron ejecutadas debida y correctamente conforme a lo pactado, no obstante que las cartas de 2 de agosto de 2013 contienen un listado pormenorizado, documentos que no fueron objetados de contrario;
- b.) Es infundado que ZZ no habría indicado cuáles serían los incumplimientos en materia laboral ni en

qué hechos se basa, mencionando las precarias condiciones de los andamios, la falta de elementos de protección personal, etc.; y

c.) Es improcedente la alegación en el sentido que en la demanda reconvenicional no se indicaría cómo ni desde cuándo se computa la tardanza en la ejecución del proyecto, puesto que el contrato estableció un plazo específico de ejecución, en cuya virtud las obras debían estar terminadas el 12 de abril de 2013, pero que el 15 de julio de 2013 el Contratista dejó las obras inconclusas y sólo en febrero de 2014 se pudo contar con la recepción por parte de la Municipalidad de RO, por lo que es evidente que el Contratista incumplió el plazo de ejecución, pues no terminó la obra y, cualquiera fuere la oportunidad desde la cual se computa el plazo para aplicar la multa, el atraso supera el máximo de 50 días pactados en la cláusula 20.1 del contrato.

5. Se hace cargo de la alegación de XX en el sentido que el contrato ya estaría terminado, señalando que no puede en forma unilateral y arbitraria declarar terminado un contrato que no fue cumplido y que sólo corresponde al Árbitro declarar judicialmente su terminación, recordando que la acción entablada tiene su fuente en el Artículo 1.489 del Código Civil. Además, destaca que hay una serie de obligaciones que el Contratista debió cumplir con posterioridad a la hipotética ejecución de las obras, pero que jamás cumplió, por ejemplo, la cláusula 13.2 del contrato en cuanto a emitir la boleta bancaria de correcta ejecución de las obras una vez emitido el certificado de recepción provisoria, habiendo sido el abandono por parte de XX lo que impidió el cumplimiento de esta obligación, con el consiguiente perjuicio para ZZ.

6. En cuanto a los perjuicios reclamados por vía reconvenicional, señala:

a.) Los argumentos vertidos por XX respecto de la improcedencia de la multa no son aceptables, según lo expresado;

b.) En cuanto al rechazo de los costos de reparación y terminación de obras, XX se limita a rechazar su existencia y cuantía, lo cual demuestra la falta de argumentos para instar por su rechazo;

c.) Respecto del rechazo del costo asociado al arriendo temporal de un casino comedor para el personal de ZZ en el sentido que ello estaría cubierto por la multa, señala que XX desconoce las cláusulas contractuales como asimismo el Artículo 1.543 del Código Civil, cláusula que es la N° 20, en cuya virtud el cobro de la multa no afecta la facultad de ZZ para exigir el cumplimiento forzado de la obligación incumplida y cobrar los daños y perjuicios adicionales; y

d.) En cuanto a los gastos notariales, manifiesta que son imputables a XX.

En el segundo otrosí, acompaña diversos documentos y, en el tercer otrosí, un CD y pide la audiencia de percepción del documento electrónico.

Por resolución de 24 de junio de 2014 que rola a fs. 539, se tuvo por evacuada la réplica respecto de la demanda principal y se confirió traslado para duplicar respecto de la demanda reconvenicional.

4.8 La réplica en la demanda reconvenicional:

Por escrito ingresado el 9 de julio de 2014 a fs. 603 y siguientes, XX duplicó respecto de la demanda reconvenicional, en los términos que a continuación se sintetizan, siguiendo su estructura:

I. Síntesis de la réplica de la demanda reconvenicional. Ratificación de los argumentos expuestos en nuestra contestación a la demanda reconvenicional:

Se hace cargo de afirmaciones contenidas en la demanda reconvenicional y concluye ratificando íntegramente lo expuesto por su parte.

II. Acerca de la falta de descripción de fundamentos fácticos de la demanda y su consecuencia:

Reitera la argumentación contenida en la contestación, en el sentido que la demanda reconvenicional no puede ser acogida por cuanto en ella no se determinan los hechos en que se funda, expresando que al replicar ZZ ha sostenido que el reenvío genérico efectuado a los hechos contenidos en la contestación sería suficiente, lo que considera inaceptable. Concluye que la consecuencia de que la demanda reconvenicional no contenga una descripción de los hechos no es sólo la existencia de una eventual ultra petita, como parece pretenderlo ZZ. No describir los hechos fundantes de los incumplimientos que se alegan y de los cuales se pretende obtener indemnización de ciertos perjuicios, importa desde luego suponer que el Juez abandonará su posición de imparcialidad e incurrirá en actos propios de parte, cuál es determinar los fundamentos fácticos en que se funda la acción deducida. Añade que la falta de descripción de los hechos fundantes de una demanda en que se pretende indemnización de perjuicios, hace imposible determinar causalidad entre unos y otros, amén de que entorpece y a ratos hace imposible ejercer el derecho a defensa.

III. En cuanto a los incumplimientos imputados:

Se refiere a los supuestos incumplimientos en materia laboral (N° 10 a fs. 610); a la necesidad de establecer una fecha desde la cual debería computarse, según el actor reconvenicional, el atraso que imputa el Contratista (N° 11 a fs. 610 y 611); en cuanto a que la fecha de entrega de las obras contenidas en el contrato, 12 de abril de 2013, fue modificada de común acuerdo (N° 12 a fs. 611 y 612); el hecho que no ha incurrido en retraso alguno, puesto que las pocas faenas que pudieron quedar pendientes al retiro definitivo de la obra se debió al incumplimiento de ZZ de obras necesarias para su ejecución (N° 13 desde fs. 612 a 614); el que con fecha 7 de agosto de 2013 don T.I., Coordinador del Proyecto de ZZ, envió una carta a XX en la que se remite a la orden cambio N° 2 "que consolida y valoriza las tareas pendientes de ejecución por parte del Contratista y que ZZ acordó ejecutar directamente y descontar del precio del contrato..." (N° 14 a fs. 614); que no obstante que XX no aceptó la orden de cambio por cuanto varios de los trabajos incluidos en ella nunca fueron parte del contrato, lo cierto es que la comunicación del señor T.I. es suficientemente clara para dar por acreditado que había un acuerdo entre las partes para que XX no ejecutara algunas obras pendientes y que, al 26 de agosto de 2013, las demás observaciones de ZZ habían sido solucionadas por XX (N° 15 a fs. 615); que por lo descrito, a saber, por la modificación del plazo del contrato, incumplimientos del Mandante en relación con la terminación de obras que eran condición para la ejecución de ciertos trabajos del Contratista, incluso hasta la fecha en que por el siniestro de anegamiento el edificio resultó seriamente dañado, acuerdo para que el Contratista no ejecutara algunas pequeñas obras pendientes por causa de incumplimiento del Mandante, y que el levantamiento por XX de las observaciones pendientes -no sólo resulta impertinente imputar atraso alguno a XX- sino que sostener que el plazo de un eventual retraso debe contarse desde el 12 de abril de 2013 constituye derechamente una conducta reñida con la buena fe.

IV. En cuanto a los daños reclamados:

Se hace cargo de cada uno de los daños pretendidos por ZZ en su demanda reconvenicional, a saber, la cláusula penal (N° 20 a fs. 116); los costos de reparación y finalización de obra reclamados de contrario por un total de UF 5.388,15, aludiendo separadamente a las empresas TR3, TR4, TR5, TR6, TR7, TR8, y TR9, como asimismo la contratación de un ITO para la inspección de estas obras por UF 367,10 (N° 21 desde fs. 616 a fs. 619).

Igualmente, se hace cargo de lo relativo al arriendo temporal de casino y comedor, reiterando lo argumentado en el sentido que si bien la cláusula 20 del contrato permite el cobro de "Perjuicios adicionales", se refiere a aquéllos no indemnizados por la multa. Por último, en lo que respecta a los gastos notariales y costos internos sufridos por ZZ, reitera las argumentaciones contenidas en la contestación.

Concluye que la réplica de ZZ no subsana los defectos de forma y fondo de la demanda reconvenicional; que los incumplimientos imputados a XX son inexistentes, amén de que no se ha descrito en qué hechos se fundarían; y que los daños reclamados, cuya indemnización en cualquier caso es improcedente porque no tiene como causa ninguna acción u omisión de XX, menos aún imputable por culpa, se refieren a labores ajenas a los trabajos objeto del contrato sub-lite.

Solicita tener por evacuada la réplica de la demanda reconvenicional y reitera la petición de que sea rechazada en todas sus partes, con costas.

Por resolución de 14 de julio de 2014 que rola a fs. 641, se tuvo por evacuada la réplica de la demanda reconvenicional y, según se expresará, se citó a las partes a audiencia de conciliación.

5. PERÍODO DE CONCILIACIÓN:

- a) Por la citada resolución de 14 de julio de 2014 que rola a fs. 641, se citó a las partes a audiencia de conciliación a celebrarse el 21 de julio de 2014.
- b) Por escrito ingresado el 18 de julio que rola a fs. 653, las partes solicitaron se fijara como nuevo día y hora el 4 de agosto de 2014, a lo que este Árbitro accedió por resolución de 18 de julio de 2014 que rola a fs. 654.
- c) El 4 de agosto de 2014, según acta que rola a fs. 669, las partes acordaron suspender la audiencia y fijar para su continuación el 25 de agosto de 2014.
- d) Por resolución de 22 de agosto de 2014 que rola a fs. 670, se dejó constancia que la posibilidad de conciliación había fracasado y que las partes estaban de acuerdo en que el Árbitro pronunciare una resolución en tal sentido y, por lo mismo, dejare sin efecto la audiencia fijada para el 25 de agosto de 2014, lo que el Árbitro hizo por la referida resolución de 22 de agosto de 2014 que rola a fs. 670.
- e) Sin perjuicio de lo anterior, por resolución de 6 de enero de 2016 que rola a fs. 1257, este Árbitro, haciendo uso de la facultad que le otorga el acta de procedimiento de 13 de marzo de 2014 en su acápite 11 "Conciliación", en concordancia con el Artículo 28 del Reglamento Procesal de Arbitraje, invitó nuevamente a las partes a estudiar la posibilidad de alcanzar una solución transaccional y, al efecto, fijó la audiencia del 14 de enero de 2016.

- f) Según consta a fs. 1259, la audiencia se celebró en la fecha señalada y las partes acordaron continuarla el 20 de enero de 2016.
- g) Según acta de 20 de enero de 2016 que rola a fs. 1260, las partes no alcanzaron una conciliación, motivo por el cual el Árbitro les confirió traslado para que presentaren sus escritos de observaciones a la prueba, según se referirá más adelante.

6. PERÍODO DE PRUEBA: (*Extracto, versión completa disponible en formato electrónico)

6.1. Interlocutoria de prueba. Organización de la prueba:

- a) Por resolución de 2 de septiembre de 2014 (fs. 671), se citó a las partes con el propósito de notificarles esta resolución y adoptar los acuerdos que fueren necesarios para la producción de la prueba documental, incluidas las audiencias de percepción documental; de la eventual prueba testimonial; de la eventual prueba confesional; de la prueba pericial; inspección personal del Tribunal; y de lo demás que fuere necesario al efecto.
- b) En la referida audiencia de 9 de septiembre de 2014 cuya acta rola a fs. 672, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes los que siguen:
1. Negociaciones preliminares y contrato celebrado entre las partes. Sus estipulaciones.
 2. Cumplimiento de las obligaciones contractuales. Hechos y circunstancias.
 3. Perjuicios que habrían experimentado las partes con ocasión del incumplimiento de obligaciones contractuales. Causas, naturaleza, circunstancias y entidad".
- c) Las partes manifestaron su conformidad y acordaron no interponer recurso de reposición en contra de dicha resolución.
- d) En la misma audiencia de 9 de septiembre de 2014 (fs. 673), el Árbitro invitó a las partes a alcanzar convenciones probatorias, lo que no prosperó.
- e) En idéntica audiencia se convino lo necesario a la producción de la prueba documental, audiencias de percepción documental, prueba testimonial, prueba confesional, prueba pericial e inspección personal del Tribunal, destacando el Árbitro a las partes que conforme al N° 12 letra c) del acta de procedimiento de fs. 150 y siguientes, "para acreditar los hechos del juicio se aceptará cualquier elemento de prueba que racionalmente pueda servir para formar la convicción del Árbitro. La regulación de la prueba en cuanto a admisibilidad, rendición y ponderación son aspectos de orden procesal, debiendo tenerse presente que el Árbitro es Arbitrador en cuanto al Procedimiento".

Finalmente, se convino que el Árbitro dictaría una resolución formal dando inicio al término probatorio.

- f) Por resolución de 7 de octubre de 2014 (fs. 681), el Árbitro declaró que quedaba notificada la interlocutoria de prueba de que da cuenta el acta de la audiencia celebrada el 9 de septiembre de 2014, fijando plazo hasta el 20 de octubre de 2014 para que las partes formularen las observaciones que el examen de los respectivos CD acompañados por las partes pudiere merecerles y designando desde luego perito a don PE, conviniéndose que oportunamente el Árbitro, en contacto con el perito, fijaría el punto o puntos materia del informe pericial, sin perjuicio del derecho de las partes para pedir la agregación, modificación o eliminación de uno o más.

6.2. Prueba Documental: (...)**6.3. Prueba Testimonial: (...)****6.4. Prueba Pericial: (...)****6.5. Inspección Personal Del Tribunal: (...)****6.6. Valoración de la prueba:**

- a) Sin perjuicio de las demás normas convenidas en el acta de 13 de marzo de 2014 que rola a fs. 150 y siguientes, concretamente en su N° 12 "Etapa de prueba", letra c), se pactó que "para acreditar los hechos del juicio se aceptará cualquier elemento de prueba que racionalmente pueda servir para formar la convicción del Árbitro. La regulación de la prueba en cuanto a su admisibilidad, rendición y ponderación, son aspectos de carácter procesal".
- b) Recordando que este Árbitro es Mixto, según se ha dejado constancia en el N° 2, la estipulación referida en la letra a) implica que, no sólo lo relativo a la rendición de la prueba, sino su admisibilidad y ponderación, son aspectos de orden procesal y, por lo mismo, este Árbitro entiende que al respecto, sin perjuicio ha de fallar con arreglo a Derecho, inviste la calidad de Arbitrador.

Al respecto, este Árbitro estima que, por consiguiente, no resulta aplicable el Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud "los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica", lo cual no es óbice a que sí ha ponderado los dos informes periciales y, particularmente, el evacuado por don PE, de acuerdo a tal sistema de valoración de la prueba, en especial en lo que concierne a las máximas de la experiencia, pues entiende que al haberse tratado de puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte (Artículo 411 N° 1 del Código de Procedimiento Civil), precisamente ha debido atender a la experticia del Perito señor PE, y no así tanto a la del Perito señor PE1 que, en esencia, según ya se ha expresado, hace suyas las opiniones del Perito señor PE y, por lo que a los intereses concierne, este Árbitro ha de atender al Artículo 1.559 N° 1 del Código Civil y, en cuanto a las pretensiones contenidas en la demanda concernientes a "perjuicios cuya indemnización se exige" (fs. 257 y siguientes), al hecho de que los perjuicios resarcibles han de revestir la calidad de directos y previstos, al tiempo que para que este Árbitro pudiese ordenar además el resarcimiento de perjuicios directos y previstos, ha debido probarse dolo y, por otra parte, si no se asimila el dolo a la culpa grave en lo que concierne al onus probandi -cuál es el criterio del Árbitro, o lo que es igual, es al deudor a quien corresponde acreditar el respectivo grado de diligencia o cuidado si responde de la culpa grave por cuanto se presume- lo cierto es que, en la especie, las partes sólo han debido observar el grado de cuidado o diligencia inherente a la culpa leve. En el caso de autos, no obstante algunas expresiones de XX que podrían entenderse alusivas al dolo, como lo entendió ZZ, no existe prueba en cuanto a que ésta haya actuado con dolo, ni con culpa grave. Por otra parte, los referidos perjuicios cuya indemnización se exige, han debido ser debidamente probados en su quantum, siendo en concepto del Árbitro insuficiente la prueba aportada por XX, incluido el peritaje a cargo de don PE1.

c) Lo anterior implica que, tanto conforme en mérito del Código Procedimiento Civil cuanto del N° 3 “Normas aplicables a la conducción del procedimiento” de la misma acta de 13 de marzo de 2014 que rola a fs. 150, en cuya virtud en lo no previsto en el Reglamento Procesal de Arbitraje y en los Estatutos del CAM Santiago se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales, este Árbitro entiende además que le resultan aplicables los Artículos 637 y 638 del Código de Procedimiento Civil, relativos al juicio seguido ante arbitradores, y que consagran amplias facultades en su actuar, sin perjuicio que acorde al Artículo 796 del mismo Código es trámite esencial en el juicio ante arbitradores todos los que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los N°s. 1° y 5° del artículo precedente. Su último numeral considera como trámite esencial “la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan”, norma que, por lo demás, está en íntima consonancia con el N° 7 “Escritos y documentos” de la misma acta de procedimiento de fs. 150, cuando dispone: “b) Los documentos, de cualquier clase, se acompañarán con citación de la parte contraria, pudiendo ser objetados o plantearse observaciones a su respecto en el plazo de 3 días. Lo anterior, es sin perjuicio de los documentos acompañados en los escritos de discusión, los cuales podrán ser objetados u observados en los respectivos escritos de traslado”. Según se infiere de la parte expositiva, se ha dado cumplimiento a esta exigencia al tener por acompañado “con citación” todo documento impugnado y/u objetado.

d) En mérito de lo anterior, este Árbitro valorará la prueba con la libertad consiguiente y, en tal sentido, rechazará todos los incidentes –cuya resolución fuera dejada para definitiva– relativos a impugnación y/u objeción de documentos, atribuyéndoles el mérito que ha estimado procedente y, en especial, considerando que las referidas impugnaciones y/u objeciones más bien dicen relación con el mérito probatorio de los instrumentos objeto de ellas, a cuyo respecto –como se ha dicho– las partes otorgaron a este Árbitro la calidad de Mixto y, más aún, reiterando que la valoración de la prueba era una cuestión de orden procesal, o lo que es igual, que tiene la calidad de Arbitrador.

En este sentido, el Árbitro dictó reiteradas providencias durante el procedimiento, a saber, a fs. 155, 1083.1084 y 1123, sin que fueran objeto de recurso alguno.

6.7. Observaciones a la prueba:

a) En la audiencia de 20 de enero de 2016 cuya acta rola a fs. 1260, en que fracasó la conciliación según ya se ha referido, se confirió traslado a las partes para que presentaren sus escritos de observaciones a la prueba, quedando notificadas en el acto.

b) Por escritos ingresados el 3 de marzo de 2016, a fs. 1271 por ZZ y a fs. 1286 por XX, ambas partes formularon sus observaciones a la prueba.

c) Por resolución de 4 de marzo de 2016 que rola a fs. 1312, se tuvieron por formuladas las observaciones a la prueba y se citó a las partes a oír sentencia.

d) Con todo, por resolución de 7 de marzo de 2016, que rola a fs. 1313, se dejó sin efecto la resolución anterior en cuanto había citado a las partes a oír sentencia y, a petición de ZZ, se fijó la audiencia del 29 de marzo de 2016 para que las partes hicieren una exposición verbal acerca del mérito que les merezca la prueba rendida, fijando las pautas a ser observadas.

6.8. Exposición verbal acerca del mérito de la prueba:

- a) Como se expresó anteriormente, haciendo uso de la facultad que le otorga el N° 13 "Gestiones posteriores a la prueba" del acta de 13 de marzo de 2014 que rola a fs. 150, el Árbitro citó a las partes para la audiencia del 29 de marzo de 2016 a fin de que hicieren una exposición verbal acerca del mérito que les merezca la prueba rendida, en primer término, la demandante principal XX y, en segundo lugar, la demandada principal ZZ, disponiendo que no habría lugar a rectificaciones de hecho por parte de una u otra parte y que el Árbitro podría dirigir a las partes las preguntas que estimare conducentes.
- b) Con fecha 29 de marzo de 2016 a fs. 1315 tuvo lugar la audiencia antes referida, levantándose la correspondiente acta, en la cual el Árbitro desde luego citó a las partes para oír sentencia.

A. PARTE CONSIDERATIVA.**1. Demanda principal de XX:**

Imputa a ZZ incumplimiento del contrato durante la ejecución de la obra y, por lo que al derecho concierne, invoca el principio de la fuerza obligatoria del contrato según Artículo 1.545 del Código Civil y de la buena fe contractual contemplado en su Artículo 1.546, poniendo énfasis en la circunstancia de tratarse de un contrato a suma alzada, como asimismo ser un contrato colaborativo en que predomina una fuerte interdependencia entre las partes.

Atribuye a su contraparte una actitud negligente y abusiva y el haber actuado "a lo menos de manera culpable durante toda la ejecución del contrato por haber negado reiteradamente su responsabilidad en los múltiples incumplimientos de sus obligaciones, en el retraso y mayor costo de la obra", destacando el principio de la presunción de la culpa contractual según Artículo 1.547 del Código Civil. Asimismo, a propósito de la interpretación del contrato, destaca el Artículo 1.560 del Código Civil que sabido es recoge el principio de la interpretación subjetiva.

Luego de volver sobre los incumplimientos que imputa a ZZ, destaca que la acción que ejerce es de cumplimiento forzado del contrato conforme al Artículo 1.489 del Código Civil, por tratarse de uno de carácter bilateral, y acumula a esa acción, conforme al mismo precepto, la de indemnización de perjuicios, destacando que ésta debe comprender el clásico binomio del daño emergente y del lucro cesante de que da cuenta el Artículo 1.559 del Código Civil. Más adelante, expresa que "en virtud de estas normas, es que conjuntamente con la terminación del contrato, solicitamos que como consecuencia de los incumplimientos de la contraria se condene a la demandada a pagar y a indemnizar todos los perjuicios sufridos por XX", que clasifica en (I) "Prestaciones Contractuales Adeudadas", a saber, Estado de Pago N° 9, final; Órdenes de Cambio, total; Gastos por cambio de condición por Mano de Obra; Gastos por arriendos más allá del plazo considerado; Gastos generales por mayor plazo de Obra; y Costo por ineficiencia provocada por gestión proyecto ZZ, por un total de UF 31.765,23, destacando que es el valor neto, de modo que tratándose de conceptos afectos a IVA, este impuesto deberá ser incluido en la respectiva facturación de XX para efectos de que el mismo sea soportado por ZZ, de conformidad con la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios; "Perjuicios cuya indemnización se exige", a saber, (II) Costos Financieros por un total de UF 1.907,86; Pérdida de Contratos adjudicados por un total de UF 12.990,54, y otros perjuicios directos consecuencia del incumplimiento de contrato de la demandada por un total de UF 20.000. Subsidiariamente,

solicita que las prestaciones contractuales que se indican se demandan, en caso que no procedan como tales, se pidan indemnizar como perjuicios. Finalmente, en cuanto a intereses, (III) Solicita que la demandada sea condenada a pagar todas las cantidades demandadas con los intereses legales de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 1.559 del Código Civil, desde la fecha de esta demanda hasta su pago efectivo, o desde la fecha que SJA determine.

En la parte petitoria, solicita la devolución de las garantías y la condenación en costas de la demandada principal.

Cabe destacar entonces que, no obstante aludirse circunstancialmente a la terminación del contrato, cuya declaración en la parte petitoria no se menciona, lo cierto es que lo que se interpone es una acción de cumplimiento en naturaleza y por equivalencia, acorde al Artículo 1.489 del Código Civil, sin perjuicio de las demás disposiciones legales que se mencionan en la demanda y que, en lo que a los intereses concierne, se pretenden los legales (debe entenderse corrientes) desde la fecha de la demanda hasta el pago efectivo, o el momento inicial de cómputo que determine este Árbitro.

2. Contestación de ZZ:

Sin perjuicio de negar todos los hechos a que se alude en la demanda, por lo que a sus excepciones, alegaciones y defensas concierne, argumenta que no concurren los elementos de la responsabilidad civil contractual, agregando que ha de ser XX la que acredite que ZZ ha ejecutado en forma negligente una acción antijurídica, es decir, que incurrió en un comportamiento contrario a la legalidad vigente y a lo pactado por las partes en el contrato de construcción, a cuyo respecto ya se manifestó que esta última argumentación es sin perjuicio de la presunción de culpa contractual que recoge el Artículo 1.547 inciso 3° del Código Civil, puesto que incumbe al deudor probar el empleo de la debida diligencia o cuidado, y de la norma relativa al onus probandi de que da cuenta el Artículo 1.698 inciso primero del Código Civil.

Sin perjuicio de las alegaciones y defensas que esgrime tras su petición de rechazo de la demanda; y la invocación del Artículo 1.479 del Código Civil respecto de la obligación que XX declara como incumplida relativa al no pago del 5% del precio, expresando que es una obligación condicional sujeta a la condición suspensiva consistente en que XX concluyere las obras a satisfacción de ZZ, condición que estima se encontraría fallida, opone la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* con fundamento en el Artículo 1.552 del Código Civil. Asimismo, argumenta que existe una causa de justificación que sería liberatoria de responsabilidad civil, a saber, la propia culpa de la demandante XX configuraría la causal de justificación que exculpa o libera de toda responsabilidad civil a ZZ, excepción que se confunde con la de contrato no cumplido. Argumenta que XX le estaría imputando un obrar doloso o de mala fe, manifestando que, según dispone el Artículo 1.459 del Código Civil, el peso de la prueba recae sobre quien alega el dolo.

Concluye que no existen incumplimientos contractuales en cuanto a la obligación de entregar ingeniería, proyectos y planos de construcción oportunamente, completos, sin errores y consistentes entre sí; de pagar por los cambios de obra y otorgar mayores plazos de ejecución; de ejecutar de buena fe el contrato de construcción; de la obligación de ejecutar el contrato de construcción diligentemente; de pagar oportunamente

los estados de pago; de pagar íntegramente el precio del contrato de construcción; y de la obligación de restituir las boletas de garantía. Termina rechazando las prestaciones contractuales que el Contratista reclama como adeudadas y los perjuicios cuya indemnización se exige, a los que califica de indirectos, amén de artificiales e infundados, alegando que no corresponderían a daño emergente ni a lucro cesante, como tampoco a daño moral o extrapatrimonial, este último no mencionado en el libelo de demanda.

De este modo, en esencia, más allá de todas las argumentaciones de hecho y de derecho contenidas en la demanda, lo esencial es que ZZ opone la excepción de contrato no cumplido, la cual este Árbitro entiende reiterada en la parte que alega la concurrencia de una causal de justificación.

3. Demanda reconventional de XX:

Sin perjuicio de reiterar los antecedentes de hecho expuestos en la contestación a la demanda principal, en lo que al Derecho concierne, mencionar el Artículo 1.437 del Código Civil relativo a las fuentes de las obligaciones; calificar al contrato de consensual en los términos del Artículo 1.443 del Código Civil; reiterar el principio de la fuerza obligatoria del contrato según Artículo 1.545 del mismo Código; y hacer otro tanto respecto del principio de la buena fe en la ejecución acorde al Artículo 1.546 de igual Código; como asimismo que el grado de culpa que pesaba sobre XX en el cumplimiento de sus obligaciones (y también sobre ZZ) es el inherente a la diligencia leve acorde al Artículo 1.547 del Código Civil en concordancia con el Artículo 44 del mismo Código, para luego referir los rubros que debe comprender la indemnización de perjuicios según Artículo 1.556 del Código Civil, concluye que concurren todos los requisitos de la responsabilidad civil contractual, a saber, incumplimiento de una obligación, existencia de perjuicios y nexo causal, imputabilidad del perjuicio, no concurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad y mora del deudor, invocando el Artículo 1.551 N° 1 del Código Civil que recoge la interpelación contractual expresa en el sentido que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Además, destaca que conforme a la cláusula 20 párrafo 1° del Contrato de Construcción, la multa de que ésta da cuenta puede acumularse a una acción de perjuicios ordinaria según Artículo 1.543 del Código Civil, como asimismo luego de invocar el Artículo 1.999 del mismo Código, ubicado en los contratos para la confección de una obra material, en el sentido que "Habrà lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido o se haya retardado su ejecución", expresa que la obligación esencial asumida por XX en virtud del contrato de construcción es una obligación de hacer, de modo que es pertinente el Artículo 1.553 regla segunda del Código Civil, en cuya virtud el acreedor puede pedir "que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar (el hecho convenido) por un tercero a expensas del deudor", para terminar reclamando el cobro de la cláusula penal, costos de reparación y finalización de las obras, arriendo temporal de casino y comedor y gastos notariales y costos internos sufridos por ZZ por un total de UF 13.262,82.

En concreto, interpone demanda reconventional de terminación de contrato e indemnización de perjuicios, solicitando que se declare terminado el contrato de construcción debido a los incumplimientos contractuales en que incurrió el Contratista y que se le condene al pago de la multa pactada en el contrato y a la indemnización de los perjuicios reclamados por el total ya referido, más intereses legales y costas.

4. Contestación de la demanda reconvenicional por parte de XX:

Luego de destacar que no debiera ser acogida por cuanto no se determinan los hechos en que se funda, en términos tales que acogerla de la manera planteada implicaría incurrir en el vicio de ultra petita, y de hacerse cargo de lo argumentado en la demanda reconvenicional, igualmente opone la excepción de contrato no cumplido, atendido que ZZ incurrió en incumplimiento de las obligaciones de entregar ingeniería, proyectos y planos de construcción oportunamente, completos, sin errores y consistentes entre sí; pagar por cambios y mayores obras y otorgar mayores plazos para ejecución de la obra; ejecutar el contrato de buena fe sin modificar las condiciones iniciales del mismo, y cumplir lo que emana de su naturaleza, que incluye pagar los mayores gastos y costos sufridos por el Contratista imputables al Mandante; ejecutar el contrato diligentemente; pagar íntegra y oportunamente el precio del contrato; y restituir las boletas de garantía.

Añade que la acción intentada por ZZ es improcedente por encontrarse el contrato ya terminado, y que en cuanto a la multa por atraso es también improcedente, por cuanto por parte de XX no ha existido atraso culpable en la entrega de la obra.

Controvierte todos los costos de reparación y finalización de obras, terminando por solicitar tener por contestada la demanda reconvenicional y rechazarla en todas sus partes.

5. Réplicas y duplicas respecto de las demandas principal y reconvenicional:

Tanto respecto de la demanda principal cuanto de la reconvenicional, se da por reiterado lo expresado en la parte expositiva de esta sentencia, N^os. 4.4. "La réplica en la demanda principal", 4.6. "La duplica en la demanda principal", 4.7. "La réplica en la demanda reconvenicional" y 4.8. "La duplica en la demanda reconvenicional", puesto que las partes abundan en las argumentaciones contenidas en los escritos principales del período de discusión y no hacen uso de la facultad otorgada por el Artículo 312 del Código de Procedimiento Civil en el sentido que en tales escritos las partes pueden ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.

6. Cuestión controvertida en derecho, más allá de los hechos y de los perjuicios que se pretenden:

Al margen de las circunstancias de hecho y perjuicios que cada parte alega y pretende, en que discrepan de manera absoluta, aspectos en que el Árbitro destaca que hará suyas las conclusiones contenidas en el peritaje evacuado por el ingeniero civil don PE, esencialmente confirmado por aquél que estuvo a cargo del contador-auditor y perito judicial señor PE1, el Tribunal estima que la cuestión controvertida a elucidar es lo relativo a los incumplimientos que las partes recíprocamente se imputan y, en particular, su entidad o proporcionalidad, atendido que ambas oponen a su contraparte la excepción de contrato no cumplido que, más bien, debemos entender es la excepción de cumplimiento no ritual o exceptio non rite adimpleti contractus, puesto que los demandados la han fundado en la circunstancia que su contraparte no cumplió íntegramente las obligaciones que dimanaban del contrato de construcción, a cuyo respecto es del caso destacar que tanto el examen de la prueba documental cuanto la apreciación de los dos peritos hace concluir que la aplicación práctica del contrato, acorde a lo que dispone el Artículo 1.564 inciso final del Código Civil, no se ajustó exactamente a lo pactado en él que, a diferencia de lo manifestado por XX, este Árbitro

estima no fue constitutivo de un contrato de adhesión, atendida la forma en que se llevó a cabo el proceso de licitación que condujo a la adjudicación del contrato a XX y, por lo mismo, tampoco estima que deba interpretarse necesariamente contra ZZ (Artículo 1.566 inciso segundo del Código Civil):

- a) Se ha referido que XX interpone una demanda de cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios, respecto de la cual ZZ, sin perjuicio de solicitar su rechazo por otras consideraciones, opone la excepción de contrato no cumplido.
- b) Igualmente se ha destacado que ZZ, conjuntamente con solicitar se declare la terminación del contrato, cobrar la multa contractual y perjuicios, además de solicitar su rechazo por otras consideraciones, opone la excepción de contrato no cumplido.
- c) Se ha destacado igualmente que ZZ pide en su demanda reconventional se declare la terminación del contrato, no así la parte de XX, no obstante que haga una simple alusión a ella, orden de cosas que, por lo demás, se explica si tenemos presente que la acción de cumplimiento es incompatible con la resolutoria o, en el caso de los contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, de terminación, lo que es sin perjuicio que, precisamente por ser acciones incompatibles, no han podido entablarse en forma simplemente conjunta, sino una en subsidio de la otra, todo acorde a lo que dispone el Artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.
- d) La acción resolutoria o de terminación hecha valer por ZZ ha de quedar sujeta a sus requisitos propios, cuales son la presencia de un contrato bilateral; el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones, materia sobre la cual se volverá al referirnos a la entidad o proporcionalidad del incumplimiento de una y otra parte, desde el momento que ha existido incumplimiento recíproco; la circunstancia que el incumplimiento ha de ser imputable, o lo que es igual, no haberse producido por caso fortuito u otra circunstancia exonerativa, a cuyo respecto se discute además acaso el contratante negligente ha de encontrarse en mora; y el hecho que el que pida la resolución del contrato ha de ser contratante diligente en los términos del Artículo 1.552 del Código Civil, requisito también íntimamente vinculado con el problema del incumplimiento recíproco, al cual también se aludirá más adelante por cuanto tal es lo que acontece en la especie, siendo cuestión distinta la entidad o proporcionalidad del incumplimiento de una y otra parte para los efectos de dilucidar quién debe entenderse es, en definitiva, el contratante negligente y quién el diligente y, en consonancia con ello, decidir la cuestión relativa a la excepción de contrato no cumplido que las partes se oponen recíprocamente, es decir, acogerla respecto de quien se estime contratante diligente y rechazarla en lo que concierne a quien se considere contratante negligente, pues sabido es que los requisitos de la excepción de contrato no cumplido, fúndese o no ella el Artículo 1.552 del Código Civil (materia discutida en doctrina y sobre la cual no es del caso abundar), son la circunstancia de encontrarnos en presencia de un contrato bilateral; el que la contraparte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato; que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible; y la buena fe por parte de quien la opone.

e) En estos términos, de concluirse que la parte que ha hecho valer formalmente la acción de terminación del contrato deba ser calificada como contratante negligente, es decir, que no ha cumplido ni se ha allanado a cumplir, su acción no podrá prosperar.

f) Según se ha expuesto, ambas partes han opuesto a las respectivas demandas la excepción de contrato no cumplido al imputarse incumplimientos recíprocos, circunstancia que, a lo menos en principio, atendido el efecto propio de la excepción, de ser acogidas ambas equivaldría a suspender la condena de los dos demandados, de modo que no deban pagar su prestación hasta que la otra parte cumpla o se allane a cumplir lo que debe en virtud del contrato bilateral, por cuanto daría lugar a una suerte de coacción sobre el otro litigante a fin de que cumpla, pero de no ser así, la suspensión podría mantenerse si ninguno de los contratantes cede, quedando el contrato en una suerte de suspensión indefinida, o, como lo expresa un autor (López Santa María, Jorge: "Los Contratos, Parte General", Quinta Edición, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, página 499), "en un limbo".

Con todo, este Árbitro comparte el criterio que ha sido enunciado desde mucho por nuestra Excelentísima Corte Suprema (Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 29 de julio de 1931), citada por el autor recién mencionado, en el sentido que, entre esos hechos el fallo de alzada sienta el de que el contrato de promesa, materia de la litis, debe tenerse por no cumplido por ninguna de las partes (...). Que si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contemple, está este Tribunal en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Que, desde luego, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas (...). Que la resolución es precisamente el medio que la legislación contempla para desatar o romper un contrato que nació perfecto, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en relación a que las partes se niegan a respetarlo.

Sin embargo, más allá de lo anterior, un contrato no sólo puede terminar, en los términos del Artículo 1.545 del Código Civil, por resciliación o por causa legal, es decir, en virtud de su disolución en que el contrato deja de producir sus efectos normales sin que hayan tenido lugar todos ellos, sino también por extinción natural o, en las palabras de Francesco Messineo ("Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, Derecho de las Obligaciones. Parte General, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, página 534), "el contrato puede dejar de existir por efecto de su agotamiento" (aunque, en la especie, sin que todas las obligaciones derivadas del mismo hayan sido cabalmente cumplidas por las partes), cual es la situación que este Árbitro advierte en el caso de autos, puesto que la obra con que dice relación el contrato que vinculó a las partes, no obstante las vicisitudes en que ello aconteció, se encuentra cabalmente concluida, a tal grado que a su respecto existe recepción definitiva por parte de la I. Municipalidad de RO y, en lo que a garantías concierne, al margen de su no restitución, no se hicieron efectivas oportunamente, de modo que carecen de toda eficacia.

Lo único pendiente, en rigor, es calificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para elucidar cuáles habrían sido incumplidas y, en consecuencia, más allá de la terminación que solicita ZZ, aceptar o rechazar las acciones de cumplimiento, ya sea en naturaleza o por equivalencia, hechas valer

por una y otra parte a través de sus respectivas demandas, principal por parte de XX y reconvenional por parte de ZZ.

g) Así las cosas, si bien teóricamente hablando una alternativa podría ser acoger, en la medida que corresponda, las acciones de cumplimiento, en naturaleza o por equivalencia, hechas valer por una y otra parte, este Árbitro está en el deber de emitir pronunciamiento en lo que concierne a las respectivas excepciones de contrato no cumplido, lo que, en su concepto, pasa por calificar la entidad o proporcionalidad del incumplimiento de una y otra parte, pues su conclusión es que ha existido incumplimiento recíproco.

Por otra parte, cabe destacar que ninguna de las partes, conjuntamente con oponer sus respectivas excepciones de contrato no cumplido, para el evento que prosperare la acción contraria, ha hecho valer la excepción de compensación judicial, en términos tales que en la Sentencia se compensen unas prestaciones con otras a fin de que sólo se pague la diferencia, pues sabido es que esta forma de compensación tiene lugar cuando el demandado, acreedor del demandante de una obligación ilíquida, deduce reconvenión para obtener su liquidación y su compensación con el crédito del actor (Meza Barros, Ramón: "De las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, 1988, N° 669, página 474).

h) Conforme a la prueba producida en autos y, particularmente, el informe pericial de don PE a que se ha aludido en la parte expositiva acápite 6.4.1., este Árbitro estima que el incumplimiento de mayor entidad o proporcionalidad ha sido el de la demandada principal ZZ, por tratarse de prestaciones que si bien constituyen esencialmente el contrato bilateral de construcción al igual que las que pesaban sobre XX, los incumplimientos de la primera están relacionados nada menos que con el proyecto mismo que debía ejecutar XX y con el pago del precio del contrato y de las órdenes de cambio.

Se trata del incumplimiento de obligaciones que, en concepto de este Árbitro, han revestido una significación jurídica mayor, al tiempo que la inexecución de obligaciones por parte de XX, desde el punto de vista que se analiza y nuevamente a luz del peritaje antes mencionado, han de estimarse de menor entidad o proporcionalidad, de modo que el cumplimiento defectuoso o parcial por parte de XX debe entenderse que le permite oponer con éxito la excepción de cumplimiento no ritual, si el incumplimiento de su demandante ZZ ha sido de mayor entidad o proporcionalidad, al tiempo que cabe rechazar idéntica excepción opuesta por parte de ZZ.

Como expresa un autor (López Santa María, Jorge: Ob.cit., página 497), "es obvio que son los jueces del fondo quienes, caso por caso, y en atención a las circunstancias de cada especie, tienen que determinar si el incumplimiento del actor es grave o es insignificante, para acoger la exceptio non rite adimpleti en la primera hipótesis y desestimarla en la otra".

En realidad, es el mismo problema que se presenta a propósito de los requisitos de la condición resolutoria tácita, concretamente el incumplimiento culpable de la obligación, en lo que concierne a su entidad o proporcionalidad, materia en la cual este Árbitro no participa del criterio que postula que el incumplimiento de cualquiera obligación, aunque sea accesorio y secundario, pueda dar lugar a la resolución, sino que ha de

ser ponderado en su entidad o proporcionalidad, criterio que en nuestro derecho, aunque contrariando el habitual, ya enunciara don Luis Claro Solar (“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo Décimo, “De las Obligaciones”, Imprenta Nacimiento, Santiago, 1936, N° 169, página 197).

i) En los términos referidos, se acogerá -en la medida que se expresará- la demanda principal de XX, rechazándose la excepción de contrato no cumplido opuesta en su contra por ZZ y, *mutatis mutandi*, se rechazará la demanda reconventional interpuesta por ZZ en contra de XX, acogiendo la excepción de contrato no cumplido opuesta en su contra por XX.

j) Por lo que concierne a la cantidad que se mandará pagar por parte de ZZ en favor de XX, este Árbitro hace suyo la que fuere determinada en el peritaje de don PE, es decir, 10.085 unidades de fomento antes de IVA, por estimársela en la medida que se la manda pagar, perjuicios directos y previstos, no así lo demás pretendido por XX, a cuyo respecto es del caso recordar que el resarcimiento de perjuicios directos imprevistos supone acreditar dolo o que se haya incurrido en culpa grave, al tiempo que el de los indirectos supone la correspondiente estipulación de las partes (Artículo 1.558 del Código Civil).

k) En cuanto a los intereses, tal como fuera peticionado en la demanda de XX y acorde a lo que dispone el Artículo 1.551 N° 3 del Código Civil, en consonancia con el carácter declarativo de esta Sentencia, el referido capital reajutable se mandará pagar con más los intereses corrientes para operaciones reajustables expresadas en moneda nacional de un año o más superiores a 2.000 UF, calculados a partir de la fecha de la notificación de la demanda y hasta la del pago efectivo.

Al respecto, este Árbitro tiene presente que en la demanda principal de XX se solicita que la condena sea “más los intereses legales correspondientes desde la fecha de esta demanda y hasta la fecha de su pago efectivo, o desde la fecha que el S.J.A. determine”. Por su parte, si bien la contestación de ZZ no se hace cargo de esta pretensión, sí en su demanda reconventional solicita que “el contratista sea condenado a pagar las sumas antes indicadas más los intereses legales correspondientes, desde la fecha de la presente demanda reconventional hasta su pago efectivo”, es decir, válida que el momento inicial del cómputo de los intereses sea la demanda, al margen de que su demanda reconventional será desestimada. Lo anterior sin perjuicio que al observar la prueba (fs. 1282) manifestó, respecto de la pretensión de XX, que no procedía el pago de intereses y que, de acogerse, “a lo más procedería que se devenguen a contar de la fecha en que la Sentencia definitiva quede firme o ejecutoriada”.

En estos términos, el Árbitro entiende que lo relevante es lo concerniente al cálculo de los intereses pretendidos por el demandante principal, cuya demanda será acogida, reiterando que XX manifiesta que ellos deben ser calculados desde la fecha de la demanda hasta la fecha del pago efectivo, o desde la fecha que el S.J.A. determine.

En fin, este Árbitro determinará que los intereses deben ser calculados desde la fecha de notificación de la demanda, puesto que procesalmente una Sentencia declarativa condenatoria debe retrotraer sus efectos a la época en que la demanda fue notificada.

I) Por lo que concierne a las boletas de garantía cuya restitución reclama XX en el N° 9 de la parte petitoria de su demanda (fs. 262), este Árbitro dispondrá su devolución por parte de ZZ, pues según ésta expresa en su contestación (fs. 327) "todas las boletas de garantía que se encuentran en poder de nuestra representada vencieron hace meses sin que fueran presentadas a cobro por ZZ".

II) Por no haber sido totalmente vencida, acorde a lo que dispone el Artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, no se condenará en costas a la parte de ZZ.

B. CITACIÓN A OÍR SENTENCIA:

a) Según lo que se ha referido en la parte expositiva, este Árbitro citó a las partes a oír sentencia por resolución de 4 de marzo de 2016 que rola a fs. 1312, pero por resolución de 7 de marzo de 2016 que rola a fs. 1313, la dejó sin efecto.

b) Luego, en la audiencia que tuvo lugar el 29 de marzo de 2016, cuya acta rola a fs. 1315, a fin de que las partes hicieren una exposición verbal acerca del mérito que les mereciere la prueba rendida acorde a lo que dispone el N° 13 "Gestiones posteriores a la prueba del acta de 13 de marzo de 2014 que rola a fs. 150", se renovaron los efectos de la citación para oír sentencia.

C. PARTE RESOLUTIVA:

En mérito de lo expuesto y disposiciones legales citadas:

1. Se rechazan todas las objeciones y/u impugnaciones de documentos de que se ha dado cuenta en el acápite 6.2.4. de la parte expositiva, sin perjuicio del mérito probatorio de los respectivos documentos que ha sido ponderado por este Árbitro de la manera convenida por las partes.
2. Se acoge la demanda de XX en cuanto se ordena a ZZ pagarle la cantidad de 10.085 unidades de fomento antes de IVA, según su valor a la fecha del pago efectivo y, en lo demás, se rechaza.
3. Se rechaza en todas sus partes la demanda reconventional interpuesta por ZZ en contra de XX.
4. La cantidad ordenada pagar por parte de ZZ a XX será con más intereses corrientes para operaciones reajustables de un año o más superiores a 2.000 UF, calculados desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la del pago efectivo.
5. Procédase por la parte de ZZ a la restitución a la parte de XX de todas las garantías que ésta le hubiere otorgado con motivo del contrato de construcción.
6. Cada parte pagará sus costas.

Notifíquese a las partes por cédula a través de Receptor Judicial, sin perjuicio de que pueden notificarse personalmente ante la señora Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, o ante quien la reemplace o subrogue, según dispone el N° 8 letra c) del Acta de

13 de marzo de 2014 que rola a fs. 150.

Leslie Tomasello Hart, Árbitro Mixto.

() Transcripción textual de la sentencia.*