

Jorge Granic Latorre

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

Fecha de Sentencia: 21 de noviembre de 2016.

ROL: 2193-2014

MATERIAS: Contrato de Construcción a Suma Alzada – incumplimiento contractual – indemnización de perjuicios – excepción de contrato no cumplido – buena fe contractual – plazo convencional tácito – sana crítica.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Que según reconocen Constructora XX S.A. ("XX" o la "Demandante") e Inmobiliaria ZZ S.A. ("ZZ" o la "Demandada"), en adelante las "Partes", con fecha 26 de enero de 2012 suscribieron un Contrato General de Construcción a Suma Alzada (el "Contrato") cuyo objeto era la construcción de un edificio de oficina comercial (el "Edificio"), a cambio de una suma alzada única de U.F. 218.741,58 más IVA. De conformidad a la cláusula Sexta del Contrato, el plazo de ejecución era de 548 días corridos, es decir, la fecha de término del Contrato se acordó para el 7 de agosto de 2013. Dicho plazo se extendió en 34 días corridos a partir del 7 de agosto de 2013, en virtud de la modificación denominada Addendum N° 1 convenida entre las Partes con fecha 13 de noviembre de 2012, estableciéndose como nueva fecha de término de las obras, el 10 de septiembre de 2013. Fue ampliamente acreditado en el proceso que el Edificio no estuvo terminado en la fecha pactada en el Addendum N° 1.

El primer incumplimiento contractual imputado por XX a la Demandada fue demorar el pronunciamiento y rechazar arbitrariamente las solicitudes de aumento de plazo de la Demandante –solicitudes de aumento de plazo que se debieron a diversas modificaciones de proyecto introducidas por la Demandada durante la ejecución–. Del análisis de la prueba documental rendida, el Tribunal resolvió que hubo un incumplimiento al respecto por parte de la Demandada, al tardar más de un mes en responder la Solicitud N° 3, dos meses para dar respuesta a su reconsideración, y cuatro meses para responder la Solicitud N° 4, señalando que la Demandada faltó a la buena fe consagrada en el Artículo 1.546 del Código Civil. El segundo incumplimiento imputado a la Demandada fue demorar el pronunciamiento y pago de obras extraordinarias, lo que entorpeció el desarrollo de las obras; alegándose también que, durante el desarrollo de las mismas, la Demandada, por intermedio de la ITO, solicitó la ejecución de una serie de obras adicionales y/o modificaciones de obras que habrían impactado la programación original del Contrato, desplazando su fecha de término. Que en conformidad a la prueba documental rendida, el Tribunal resolvió que se trataron de aumentos y modificaciones de obra propiamente tales, y no de obras extraordinarias. Las decisiones adoptadas por la Demandada en relación a estas modificaciones y/o aumentos de obra –respecto de las cuales la Demandante no tuvo responsabilidad– desplazaron la fecha de término del Contrato, lo que justificaba una revisión y aumento del plazo programado. Otros incumplimientos que denunció fueron la negativa injustificada de ZZ a reconocer los sobrecostos causados por las modificaciones de proyecto; el atraso reiterado en el pago de facturas relacionadas a Estados de Pago; y la negativa injustificada a otorgar la "recepción provisoria" del Edificio.

Por su parte, ZZ dedujo demanda reconvenzional de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios,

a fin de que XX cumpliera cabal y totalmente el Contrato e indemnizare los perjuicios por concepto de multas pactadas por atraso. Fundó su demanda reconventional en el incumplimiento del Contrato por parte de XX, quien se atrasó injustificadamente por más de un año en la ejecución de la obra, y a mayor abundamiento, por la mala confección de la obra comprometida, ausencia de terminaciones a las cuales estaban obligados, errores constructivos, obras con defectos, etc. Indicó que el Edificio adolece de múltiples problemas tanto en la manera como se confeccionaron las obras, como en defectos constructivos. Demandó también la indemnización de los perjuicios financieros por mayor costo de los créditos, los perjuicios de oportunidad, los costos pagados por reparaciones necesarias de obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas o inconclusas, solicitando expresamente la reserva conforme lo autoriza el Artículo 173, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, para que el monto de estos últimos perjuicios se determinen y prueben en el período de cumplimiento incidental del Fallo.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 1.489, 1.494, 1.545 a 1.566, 1.698 a 1.714, 1.996 y ss.;

Código de Procedimiento Civil: Artículos 173, 357, 358, 429 y 636 a 644;

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 a 246.

DOCTRINA: (i) La demora en el pronunciamiento y el rechazo arbitrario de las solicitudes de aumento de plazo por parte de la Demandante, se constituyen como una falta a la buena fe contractual, consagrada en el Artículo 1.546 del Código Civil; (ii) al no haberse sancionado en forma previa las obras adicionales ordenadas con posterioridad a la fecha de término del Contrato, no pudo haber acuerdo entre las partes con respecto al plazo de ejecución de las mismas. Luego, nos encontramos ante un plazo convencional tácito, que no es otro que aquél indispensable para cumplir la obligación y que resulta de la naturaleza de ella o de las circunstancias de la misma –en virtud del Artículo 1.494 inciso 1° del Código Civil–. Corresponde, entonces, tener como plazos contractuales para cada una de las referidas obras adicionales el período en que, de hecho, fueron ejecutadas tales obras; (iii) el hecho de tratarse el Contrato de un contrato a suma alzada, esto es, aquél por el cual se conviene la construcción de una obra determinada dentro de un plazo y precio prefijado, no significa que el contratista asuma dentro del precio acordado los efectos de los incumplimientos del mandante de la obra; (iv) para la apreciación de la prueba pericial (informe de peritos), el Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil establece que “los Tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”. Si bien el sistema de valoración de la sana crítica confía al Juez valorar la prueba, siempre habrá de hacerlo de acuerdo a criterios racionales; (v) para que proceda la excepción de contrato no cumplido del Artículo 1.552 del Código Civil, es menester que nos encontremos ante contratos bilaterales cuyas obligaciones deben cumplirse simultáneamente, y siempre que el incumplimiento del que se excepciona pueda compatibilizarse con la buena fe contractual.

DECISIÓN: Demanda Principal: El Tribunal resolvió acoger parcialmente la demanda deducida por XX en contra de ZZ, declarando que: ZZ incumplió el Contrato de Construcción a Suma Alzada al demorar el pronunciamiento de las solicitudes de aumento de plazo presentadas por XX y rechazar arbitrariamente la solicitud N° 4, demorar el pronunciamiento y pago de obras adicionales, retrasar el pago de los Estados de Pago, no devolver la Boleta de Garantía Bancaria y las retenciones contractuales, obligándose a pagar diversas sumas.

Demanda Reconvencional: El Tribunal resolvió acoger parcialmente la demanda reconvencional deducida por ZZ en contra de XX, declarando que: **(i)** XX, debe cumplir el Contrato de Construcción a Suma Alzada, y proceder a reparar, a su costa, algunos defectos existentes en la obra, conforme al estándar constructivo y a las especificaciones técnicas establecidas por las partes; **(ii)** se acoge la excepción de contrato no cumplido, desechándose en consecuencia la aplicación de las multas contractuales demandadas; y **(iii)** XX, debe indemnizar los perjuicios ocasionados por costos pagados en reparaciones necesarias de obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas, o inconclusas, cuya naturaleza y monto se determinarán en la etapa de cumplimiento, sujeto a la limitación de responsabilidad indemnizatoria de XX del 15% del monto del Contrato.

Finalmente, respecto a las costas, el Tribunal resolvió que: **(i)** cada parte soportará las costas procesales por mitades; y **(ii)** las partes soportarán, en su totalidad, las costas personales de cada una.

SENTENCIA ARBITRAL

Santiago, veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

CONSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE:

1°) Consta a fs. 28 del Cuaderno Principal que, con fecha 28 de octubre de 2014, el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. designó –a solicitud de XX– al infrascrito, Jorge Granic Latorre, en calidad de Árbitro Arbitrador para que se abocara a conocer y resolver la controversia existente entre el solicitante, por una parte, y ZZ, por la otra, en relación al Contrato General de Construcción a Suma Alzada, Obra Edificio de Oficinas TR (en adelante e indistintamente “el Contrato”), y las Bases Administrativas y Técnicas Generales para Propuesta de Construcción por Suma Alzada, ambas del 26 de enero de 2012.

2°) A fs. 31 consta el Acta de Aceptación y Juramento, de fecha 13 de noviembre de 2014, del infrascrito, y a fs. 32, resolución que tiene por constituido el compromiso y cita a las partes a un comparendo de fijación de normas de procedimiento.

3°) Consta a fs. 44 el Acta del comparendo de fijación de normas de procedimiento, realizado con fecha 5 de diciembre de 2014, a las 10:30 horas en las oficinas del CAM, donde aparece:

- (i)** Que, son partes en este arbitraje Constructora XX S.A. (en adelante e indistintamente “XX” o “la Constructora”), representada por don O.S., con domicilio en DML1, comuna de Las Condes, y ZZ S.A. (en adelante e indistintamente “ZZ”, “la Inmobiliaria” o “el Mandante”), representada por don V.K., con domicilio en DML2, comuna de Providencia.
- (ii)** Que, XX designó como abogado patrocinante a don AB, a quien confirió poder indistintamente con los señores AB1 y AB2, todos domiciliados en DML3, Santiago, según consta en escritura pública acompañada en copia a fs. 25. Por su parte, ZZ designó como abogado patrocinante a don AB3, a quien confirió poder indistintamente con los señores AB4, AB5 y AB6, todos domiciliados en DML4, Santiago.
- (iii)** Que, las partes se sometieron a las normas de procedimiento del Reglamento Procesal de Arbitraje

y a los Estatutos del CAM Santiago en actual vigencia, con las modificaciones que constan en el acta de fs. 44 y siguientes, y aplicándose supletoriamente las normas del Código Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil. El Tribunal quedó facultado para dictar normas procesales complementarias a las establecidas. Las partes acordaron que el procedimiento se iniciaría con la presentación de demanda escrita a más tardar el día 6 de enero de 2015, contemplándose los trámites de réplica y dúplica si el Árbitro lo considera necesario.

(iv) Que, conforme al texto de la cláusula compromisoria del Contrato, "en contra de las resoluciones de Árbitro Arbitrador no procederá recurso alguno". En el Acta del comparendo de fijación de normas de procedimiento, se expresa que "respecto de las resoluciones del Tribunal Arbitral procederán los recursos de reposición y de aclaración, rectificación y enmienda de conformidad a lo establecido en el Artículo 34 del Reglamento Procesal de Arbitraje... Respecto de la Sentencia Definitiva se estará a lo establecido en los Artículos 39 y 40 del citado Reglamento".

4º) Demanda:

4.1 De fs. 52 a 90 rola la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual que, con fecha 16 de diciembre de 2014, XX presentó en contra de ZZ a fin de que se le obligue a las prestaciones e indemnizaciones que se señalan más adelante, en razón de los incumplimientos en que ha incurrido respecto del Contrato.

La Demandante expresa que ZZ ha actuado de un modo que no se condice con la buena fe contractual al no dar respuesta a legítimos requerimientos de XX, o al dar respuestas arbitrarias y carentes de todo fundamento, no obstante estar aquellos sustentados en lo establecido en el Contrato y contar con el necesario sustento técnico. Así, entre otros, ZZ ha dilatado sistemáticamente la respuesta a las solicitudes de aumento de plazo presentadas por XX, y cuando ha respondido, han sido rechazos arbitrarios; ha negado el reconocimiento a los sobrecostos causados por modificaciones de proyectos; ha retrasado el pronunciamiento respecto de los requerimientos relativos a obras extraordinarias; ha valorado las obras extraordinarias a un precio sustancialmente inferior al real; ha retrasado constantemente el pago de las facturas correspondientes a los Estados de Pago; y se ha negado a otorgar la recepción provisoria del Edificio, no obstante encontrarse la obra terminada.

4.2 Explica que XX es una empresa chilena abierta en bolsa y de vasta experiencia en la industria de la construcción, operando desde el año 1983, y que se especializa en la construcción de obras de edificación, incluyendo conjuntos y edificios habitacionales, edificios de oficinas, supermercados, obras civiles, etc.

Indica que tras el correspondiente proceso de licitación y formulación de preguntas técnicas, con fecha 26 de enero de 2012, las partes suscribieron el Contrato mediante el cual se le encomendó a XX la construcción del "Edificio de Oficinas TR" (en adelante e indistintamente, "el Edificio").

En la cláusula Décimo Tercera se determinó que el Mandante nominaría a un Inspector Técnico de la Obra, el que recayó en TR1 Ltda. ("TR1" o la "ITO").

4.3 En seguida expone los principales aspectos acordados por las partes en el Contrato. Señala que el precio se fijó en la suma de UF 218.741,58 más I.V.A. como Suma Alzada, el cual se pagaría en dos etapas, fijándose anticipos para ambas etapas, recayendo en la segunda etapa el grueso del precio a pagar. El pago del saldo restante tras el pago de los anticipos, se determinó que fuera realizado mediante estados de pago mensuales que debían ser aprobados tanto por el Mandante como por la ITO.

En la cláusula Quinta se estableció las garantías que XX tendría que constituir a favor del Mandante. Dentro del concepto de garantías de correcta ejecución de las obras, se acordó que ZZ retendría el 10% de los estados de pago mensuales hasta completar el 5% del monto del Contrato, esto es, UF 10.937,079. Una vez alcanzado el 100% de avance de las obras, XX se encontraba facultada para canjear las retenciones por boletas de garantía bancarias. Indica que las boletas de garantía serían entregadas en consideración a la etapa en que se encontrara la Obra, y serían las siguientes: (i) dos Boletas de Garantía, pagaderas a la vista y renovables, de Correcto Uso del Anticipo; y (ii) una Boleta de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato consistente en una garantía pagadera a 30 días de aviso y renovable, por un monto equivalente al 10% del valor del Contrato y que debía ser devuelta ZZ una vez firmada el acta de recepción provisoria de la Obra. Al respecto, hace presente que si bien en la cláusula Quinta se acordó que la Boleta de Fiel Cumplimiento debía tener un valor de UF 21.874,16 posteriormente las partes acordaron, durante el año 2012, que la boleta, y sus posteriores renovaciones, fuera emitida por el monto de UF 26.030,25, correspondiente a las citadas UF 21.874,16 más I.V.A. Indica que actualmente se encuentra vigente y en poder de ZZ la Boleta de Fiel Cumplimiento N° 00 emitida, con fecha 30 de septiembre de 2014, por el Banco BO por la suma de UF 26.030,25, la cual tenía vigencia hasta el día 30 de diciembre de 2014, y que fue renovada a petición del Mandante.

Indica que el plazo de ejecución del contrato era de 548 días corridos a contar de la fecha del mismo, pero que con fecha 13 de noviembre de 2012, se firmó un Addendum que extendió en 34 días el plazo original, pasando de 548 a 582 días, y fijando como fecha de término de las obras el día 10 de septiembre de 2013.

4.4 A continuación, la Demandante pasa a señalar los incumplimientos en que habría incurrido la Demandada, que en síntesis se refieren: **1)** a la tardanza de ZZ en responder las solicitudes de ajuste de plazo del Contrato pedidas por XX y el rechazo injustificado de algunas; **2)** negativa injustificada de ZZ a reconocer los sobrecostos causados por las modificaciones de proyecto; **3)** retraso en el pronunciamiento formal sobre las obras extraordinarias solicitadas y en el pago de las mismas; **4)** atraso reiterado en el pago de facturas relacionadas a Estados de Pago; y **5)** negativa injustificada a otorgar la "recepción provisoria" del Edificio.

En cuanto al primero de ellos, expone que debido a diversas modificaciones de proyecto introducidas por ZZ y el claro impacto causado en el programa de la obra, XX presentó diversas solicitudes de aumento de plazo basándose en la cláusula Sexta del contrato. Luego de las dos primeras solicitudes de aumentos de plazo, con fecha 13 de noviembre de 2012, se suscribió el Addendum N° 1 del Contrato, mediante el cual se otorgó un aumento de plazo de 34 días corridos a partir del 7 de agosto de 2013, estableciéndose como

nueva fecha de término de las obras el 10 de septiembre de 2013.

Agrega que posteriormente, y como consecuencia de nuevas interferencias y modificaciones al proyecto durante la ejecución del mismo, XX solicitó un tercer aumento de plazo el 5 de julio de 2013, a través de una carta dirigida a la Demandada explicando los fundamentos de la misma, así como mediante una anotación en el libro de obra N° 17, Folio 00. En ella, se solicitó una extensión de plazo de 127 días, estableciendo como nueva fecha de término el 15 de enero de 2014.

Dicha solicitud fue desechada parcialmente por ZZ el día 21 de agosto de 2013, otorgándose un aumento de plazo de sólo 7,5 días en total, que luego de una carta de reconsideración, fue ampliado a 55 días. Manifiesta que dicha solicitud estaba basada en numerosas interferencias, defectos y modificaciones de proyecto, todas imposibles de prever siendo las más relevantes (i) la modificación sin previo aviso de la cantidad de fierro de la Obra, y (ii) las modificaciones y continuos retrasos en la toma de decisiones para el desarrollo del muro cortina.

Continúa relatando que, con fecha 10 de diciembre de 2013, se solicitó un cuarto aumento de plazo de 50 días, según consta en nota al Libro de Obra N° 22, Folio 01, estableciendo como nueva fecha de término el 5 de marzo de 2014. Señala que dicha solicitud fue respondida 4 meses después, desechándose todos los plazos solicitados sin existir un análisis técnico de los mismos. Explica que, al igual que la anterior, esta solicitud estaba justificaba en numerosas interferencias, deficiencias y cambios de proyecto, siendo las más relevantes (i) las indecisiones y retrasos de ZZ respecto al frente de los ascensores, y (ii) el retraso producto de la negligencia del Mandante en la concreción del Proyecto de Acometidas y Empalme eléctrico de TR2.

Expone que en carta de fecha 11 de abril de 2014, le comunicó a la Inmobiliaria el importante perjuicio económico experimentado a la fecha por causas que no eran atribuibles a su gestión y que escapaban al alcance y responsabilidad de la Constructora. En dicha presentación se informó también que la nueva fecha prevista para el término de los trabajos era el 30 de abril de 2014.

En cuanto al segundo incumplimiento, manifiesta que durante el desarrollo de las obras la Demandada, por intermedio de la ITO, solicitó la ejecución de una serie de obras adicionales no contempladas en el proyecto original, con el objeto de complementar las obras o de resolver alguna interferencia o indefinición en el proyecto. La ejecución de estas obras, generó impactos en la programación original del Contrato, desplazando la fecha de término del mismo.

Agrega que ZZ solicitó alrededor de 218 obras extraordinarias que comunicaba a XX a través de notas en el Libro de Obras, en Minutas de Reunión y respuestas a RDI. Frente a las solicitudes formales de obras extraordinarias, XX generaba prontamente una propuesta, la cual era enviada al Mandante para su revisión, quien demoró en exceso el pronunciamiento formal sobre muchas propuestas que se le entregaron. Indica que esta arbitraria práctica de la Demandada afectó gravemente el avance del proyecto, especialmente tratándose de obras que debían ejecutarse dentro de determinado tiempo.

Asevera que la dilación o falta de respuesta se extendió durante toda la ejecución de la obra. Las primeras solicitudes de obras extraordinarias datan de abril de 2012, siendo la última del 5 de septiembre de 2014, e indica que existen, en la actualidad, seis Obras Extraordinarias pendientes de pronunciamiento formal. Manifiesta que una vez que ZZ valoró finalmente las Obras Extraordinarias, se sorprendió al encontrarse con que en numerosas ocasiones éstas fueron valoradas por un precio sustancialmente inferior al real o se inventaron disminuciones de obra con el propósito de disminuir artificialmente la deuda reconocida a XX por este concepto.

En relación al tercer incumplimiento alegado, la Demandante asevera que ZZ ha pagado todas las facturas relativas a los Estados de Pago Mensuales de manera atrasada.

En cuanto al cuarto incumplimiento, expresa que ZZ abusó de sus facultades contractuales para negar la recepción provisoria de las obras, puesto que las labores pendientes no podían ejecutarse únicamente debido a su falta de diligencia. Adicionalmente, la Demandada se encontraba administrando el edificio y éste contaba con recepción definitiva por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad de DD, y estaba siendo explotado comercialmente por ZZ y terceros.

Explica que, con fecha 9 de junio de 2014, solicitó la recepción provisoria de la obra. Posteriormente, siguiendo el procedimiento establecido, la ITO presentó un listado con sus observaciones para que fuesen subsanadas por XX dentro del plazo de 20 días que establecía el Contrato. Señala que, con fecha 24 de julio de 2014, a través de correo electrónico y una anotación en el Libro de Obra, se rechazó la recepción provisoria, negativa que se mantiene hasta la actualidad.

Expone que, al negarse a conferir la recepción provisoria contractual de la Obra, ZZ impide terminar la etapa de construcción del Contrato, mientras que le mantiene retenidas las boletas bancarias de fiel ejecución del Contrato, y además, se hace injustamente responsable a XX de cuanto ocurra actualmente en el Edificio.

4.5 Expone que los perjuicios sufridos ascienden al menos a \$2.491.566.656 y pueden ser agrupados en los siguientes conceptos: **(i)** Sobrecostos provocados por el aumento en el plazo de construcción y en la negativa del Mandante en otorgar la recepción provisoria; **(ii)** Perjuicios causados por las consecuencias contractuales de negar la recepción provisoria; **(iii)** Perjuicios derivados de la falta de sanción y reconocimiento de Obras Extraordinarias; y **(iv)** Perjuicios financieros por el atraso en los Estados de Pago.

En cuanto a los primeros alega éstos ascienden a \$1.682.925.536, sin perjuicio de la suma que se logre determinar en el proceso, y cuyo detalle es: Gastos Generales reales por aumento de plazo, \$692.593.058; intereses por mayores Gastos Generales, \$55.592.514; Consumos, \$42.569.078; intereses por consumo, \$3.327.961, todo al 31 de diciembre de 2014; aumento Costo Directo por mano de obra propia, \$399.750.525; por extensión de subcontratos, \$408.825.671; intereses por mayor Costo Directo, \$20.986.634; y utilidad sobre Costo Directo (7.743%), \$62.608.055.

En relación a los perjuicios causados por la negativa a otorgar la recepción provisoria, alega que éstos as-

cienden a \$264.958.192, sin perjuicio de la suma que se logre determinar en el proceso, y cuyo desglose es: \$263.296.354 por concepto de retenciones contractuales ilegítimamente mantenidas; y UF 67,48 equivalente a \$1.661.838 por costos al 31 de diciembre de 2014 derivados de la renovación improcedente de la boleta de garantía.

En lo concerniente a los perjuicios derivados de la falta de sanción y reconocimiento de Obras Extraordinarias, alega que éstos ascienden a \$527.453.239, sin perjuicio de la suma que se logre determinar en el proceso, y cuyo desglose es: \$30.851.816 por perjuicio financiero por el retardo injustificado de ZZ en sancionar y pagar las Obras Extraordinarias; y UF 16.945,24 más IVA, que equivale a \$496.601.423 por concepto de Obras Extraordinarias.

En relación a los perjuicios financieros por el atraso en los Estados de Pago, señala que éstos ascienden a \$16.229.689, sin perjuicio de la suma que se logre determinar en el proceso.

4.6 En su petitorio, la Demandante solicita tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra de ZZ, y en definitiva, se declare que ésta incumplió el Contrato al demorar el pronunciamiento y rechazar arbitrariamente las solicitudes de aumento de plazo presentadas por XX; al demorar el pronunciamiento, desconocer el real valor y demorar el pago de las Obras Extraordinarias; al retrasar el pago de los Estados de Pago; al no devolver la boleta de garantía bancaria, sino que forzar la renovación de la misma; al no devolver las retenciones contractuales; y al negarse injustificadamente a otorgar la recepción provisoria del Edificio.

Solicita, en consecuencia, se condene a ZZ a pagar los perjuicios causados en virtud de dichos incumplimientos, evaluados en \$2.491.566.656, o la suma mayor o menor que determine el Tribunal en virtud del mérito de autos, más los reajustes e intereses corrientes calculados desde la fecha de solicitud del presente arbitraje.

Además, solicita que ZZ devuelva la boleta de garantía N° 00, extendida por el Banco BO, de un valor de UF 26.030,25, por concepto de garantía de fiel cumplimiento del Contrato; o cualquier otro documento emitido o garantía otorgada en virtud de su renovación o reemplazo, así como las retenciones que tenga en su poder. Todo ello, con costas.

5°) Contestación y reconvencción:

5.1 De fs. 195 a 212 rola la contestación de ZZ a la demanda interpuesta en su contra, y en la cual, solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes, por no ser efectivos los hechos en que se funda.

Asevera que el conflicto se origina en el incumplimiento contractual por parte de XX, quien se obligó a entregar la obra concluida el 7 de agosto del año 2013, lo que no cumplió, razón por la cual, manifiesta que demandará reconvenzionalmente.

Expone que desde el inicio de la obra, con diversos pretextos, XX intentó obtener aumentos de plazo, todos

ellos fuera de las normas contractuales, y que todas sus disputas fueron con la empresa que realizó la labor de ITO, TR1 y Cía. Ltda.

La Demandada manifiesta que tuvo la mejor disposición para lograr el término de la construcción de manera correcta y sin conflictos. De hecho, aun sin cumplir los requisitos contractuales, se concedió una ampliación de plazo que quedó por escrito, y que implicaba el término de la obra para el 10 de septiembre del año 2013. No obstante ello, hubo un evidente y notorio atraso en la realización del Contrato, disfrazado con solicitudes de ampliación y de recepción provisoria, que no cumplían con los requisitos contractuales, que no correspondían a los hechos, y que tenían por objeto crear confusión y dejar supuestos antecedentes para futuro.

Agrega la Demandada que, desde su punto de vista, el Edificio sólo quedó en condiciones de ocupación a fines de octubre del año 2014, cuando efectivamente se empezó a usar por el comprador de una unidad, aun con fallas de funcionamiento recurrentes, pero nunca totalmente terminado, ni siquiera al día de hoy ya que existen subcontratos que no quedaron debidamente finiquitados.

5.2 En cuanto a los incumplimientos que se le imputan, en particular la demora en responder las solicitudes de ajuste de plazo y el rechazo injustificado de algunas, ZZ indica que fue la Constructora quien no cumplió jamás con los plazos que se pactaron, hecho que reconocen al expresar que estuvieron constantemente solicitando "ajustes", que en realidad son ampliaciones de plazos.

Alega que, por lo mismo, es menester analizar qué es lo que establece el contrato de suma alzada respecto de las peticiones de aumento de plazo y, eventualmente, lo que establecen las bases administrativas y técnicas. Indica que de la cláusula Octava del Contrato, se desprende que la voluntad de las partes fue modificar lo planteado en las bases, no otorgando mayores plazos en el caso de los aumentos que lleguen al 20% del valor del contrato. Así, los únicos casos en que se debía legalmente discutir y acordar un aumento de plazo, era para aquellos en que existieran obras extraordinarias.

Enseguida señala que procede analizar, primero, si se justificaban contractualmente los aumentos de plazos solicitados por XX, por ser éstos fundamentados en obras que superaban el 20% del valor del contrato, o por haber existido obras extraordinarias que así lo ameritaran o, por el contrario, no debió pedirse ningún aumento por no cumplirse con dichos requisitos. Alega que XX quiere hacer creer que ellos pidieron aumentos de plazos por existir 222 obras extraordinarias, lo que sostiene, es absolutamente falso. Indica que la contraria pretende que cualquier solicitud que se haya realizado en los libros de obras, tenga el carácter de extraordinario.

Señala que durante las obras sólo existieron siete presupuestos que deben considerarse como atribuibles a obras extraordinarias y que dicen relación, por una parte, con el desplazamiento de las pilas de socalzado hacia el interior del subterráneo, por la otra, a la incorporación de un sistema de drenaje de aguas lluvias distinto del considerado originalmente en el proyecto; y a la habilitación de una oficina para los efectos de radicar al interior del edificio la sala de ventas. Agrega que durante toda la relación contractual, sólo

se aprobaron las ya mencionadas obras extraordinarias y lo único que se firmó, aparte del Contrato, fue el Addendum que sólo estableció un aumento de plazo. El resto fueron acuerdos de las partes respecto a los plazos, que ya estaban retrasados. Indica que ZZ, de buena fe, decidió otorgar los aumentos de plazo y no proceder al cobro de multas por los atrasos de los hitos uno y dos a lo que tenía acceso contractual.

5.3 En cuanto a la negativa injustificada a reconocer los sobrecostos causados por las modificaciones de proyecto, en su contestación ZZ alega que esta parte del libelo no es clara ya que se refiere a generalidades sin especificar a qué cambios e indefiniciones se alude. Indica que no es efectivo que la Demandante le haya planteado dicha situación con fecha 11 de abril de 2014, y que sólo se haya respondido el día 30 del mismo mes y año, pues el aumento de plazo –además de lo pactado en el Addendum– quedó definido con fecha 20 de noviembre de 2013, estableciéndose que el mismo sería sólo de 55 días, a contar del 10 de septiembre del mismo año, lo que fue comunicado por TR1 a XX, sin que jamás hubiera respuesta de ésta.

5.4 En cuanto al retraso en el pronunciamiento formal sobre obras extraordinarias solicitadas y al no pago oportuno de las mismas, la Demandada reitera que, en rigor, XX refiere como “obras extraordinarias”, situaciones que en realidad no lo son. Las obras extraordinarias propiamente tales tenían formalidades especiales, debían ser planteadas por escrito, acordarse su realización, pactarse su monto, plazo, etc.

Señala que un gran porcentaje de las 222 obras solicitadas fueron ejecutadas, pero no todas ellas corresponden a obras adicionales o extraordinarias, sino que eran en realidad precisiones respecto a un detalle o solución constructiva. Agrega que no es efectivo que se adeude a la Constructora el equivalente a UF 16.945,24 más IVA por este concepto. El que XX presente un presupuesto adicional por un valor determinado, no implica que deba ser aceptado. Éste se revisa en detalle, desde su concepto hasta sus precios y cubicaciones. Agrega que del total presentado y ejecutado por XX, la ITO no aprobó más del 45% de los montos presentados debido a errores de cubicaciones o conceptos. Precisa que existe un monto que se adeuda producto de la revisión que se hizo los últimos 2 meses con la ITO, contando con el visto bueno de ambas, y que es de sólo UF 327,68 más IVA.

Hace presente que hubo un total de 6 obras que los organismos técnicos calificaron como “extraordinarias”, pero que en verdad, contractualmente no lo son, ya que las mismas requerían de formalidades y que incidieran en un aumento de plazo. Los organismos técnicos las consideraron “extraordinarias” por el hecho de no estar establecidas en el proyecto original. Agrega que XX no solicitó aumento de plazo por ninguna de estas 6 obras, lo que refuerza el argumento que no existieron obras extraordinarias contractualmente acordadas.

5.5 En cuanto al atraso reiterado en el pago de las facturas relacionadas a Estados de Pago, la Demandada precisa que, debido a factores externos a ZZ, el procedimiento aceptado por las partes produjo algunos atrasos.

5.6 En relación a la negativa injustificada a otorgar la recepción provisoria del Edificio, la Demandada expone que la negativa no ha sido injustificada, sino que se ciñe rigurosamente a lo pactado. Las obser-

vaciones hechas por la ITO al solicitarse la recepción provisoria no han sido subsanadas totalmente y ello faculta a ZZ para mantener dicha situación.

5.7 Finalmente, la Demandada controvierte los conceptos, subconceptos y montos demandados a título de perjuicios.

5.8 De fs. 212 a 219 rola la demanda reconvencional de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, que ZZ dedujo en contra de XX a fin de que ésta cumpla cabal y totalmente el Contrato e indemnice los perjuicios por concepto de multas pactadas por atraso. Demanda también la indemnización de los perjuicios financieros por mayor costo de los créditos, los perjuicios de oportunidad, los costos pagados por reparaciones necesarias de obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas o inconclusas. Indica que hace expresa reserva conforme lo autoriza el Artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, para que el monto de estos últimos perjuicios se determinen y prueben en el período de cumplimiento incidental del Fallo.

5.9 Funda su demanda reconvencional en el incumplimiento del Contrato por parte de XX, quien se atrasó injustificadamente por más de un año en la ejecución de la obra, y a mayor abundamiento, por la mala confección de la obra comprometida, ausencia de terminaciones a las cuales estaban obligados, errores constructivos, obras con defectos, etc. Indica que el edificio adolece de múltiples problemas tanto en la manera como se confeccionaron las obras, como en defectos constructivos, aseverando que las reparaciones necesarias para dejar el edificio como debió haber quedado si la Demandada Reconvencional hubiese cumplido cabal y diligentemente el Contrato, se encuentran presupuestadas en la suma de \$ 1.092.603.072, esto es, más de 44.000 Unidades de Fomento.

Señala que el atraso en la ejecución del Contrato, no tiene relación alguna ni con aumentos de obras, obras extraordinarias, ni a atrasos de pago. Que XX se obligó a entregar la obra concluida el 7 de agosto del año 2013, lo que por cierto no cumplió. Precisa que aun sin cumplir los requisitos contractuales, se convino una ampliación de plazo que quedó por escrito y que implicaba el término de la obra para el 10 de septiembre del año 2013, lo que tampoco se cumplió. De ahí en adelante, no existe convenio sobre ningún plazo adicional, sin embargo la ITO aceptó conceder 55 días adicionales. Ello significa, que con reconocimiento de ZZ, la obra debió ser terminada el 4 de noviembre del año 2013. Por los mencionados motivos, afirma que el incumplimiento del Contrato, se deriva única y exclusivamente en la culpa de XX, y en la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

5.10 En cuanto al cumplimiento de contrato demandado, señala que el objetivo es que sean reparados los ítems que no fueron confeccionados acorde al Contrato y que someramente se singularizan como: **(i)** reconstrucción de las escaleras, toda vez que las construidas no corresponden a las especificaciones técnicas que forman parte del Contrato; **(ii)** reparar los desniveles del granito del piso en el hall de acceso; **(iii)** reparar el muro cortina; y **(iv)** reparar los muros desplomados y sobre losas y yesos soplados; puertas descuadradas; fisuras en los radieres y defectos de pintura que no cumplen los requisitos contractuales.

5.11 Funda su demanda en lo dispuesto en los Artículos 1.489 del Código Civil precisando que en atención al tipo de contrato, la obligación de confeccionar la obra era de la Demandada Reconvencional, quien en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1.547 inciso tercero del Código Civil, deberá probar la diligencia y cuidado que ha debido emplear en la ejecución del Contrato. La funda también en los Artículos 1.546, 1.551, y 1.996 y siguientes del mismo Código Civil.

5.12 En su petitorio, la Demandante solicita tener por interpuesta demanda reconvencional en contra de XX, y en definitiva, se declare que la Demandada Reconvencional debe cumplir cabal y totalmente el contrato de construcción a suma alzada suscrito con fecha 26 de enero de 2012 e indemnizar a ZZ por la suma equivalente en pesos moneda nacional a 21.874,158 Unidades de Fomento, por concepto de multas pactadas, por atraso, y que corresponden a su tope, del 10% del monto del contrato, o al mayor valor que se determine en el transcurso de este juicio, si el valor del contrato llegara sufrir incrementos por motivo de aumento de obras o extraordinarias.

Solicita también indemnizar el resto de los perjuicios ocasionados, cuya naturaleza y monto solicita se determinen en la etapa de cumplimiento incidental, en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. Todo lo anterior, con costas.

6°) Contestación demanda reconvencional:

6.1 A fs. 236 la Demandada Reconvencional evacúa el trámite de la contestación solicitando que se rechace la demanda reconvencional en todas sus partes, por carecer de todo sustento, al fundarse en situaciones que son totalmente imputables a la misma Inmobiliaria demandante, como los atrasos experimentados por el proyecto, o que no son verdaderamente incumplimientos contractuales, como los supuestos "defectos constructivos" reclamados por ZZ. Señala que considerando lo expuesto en su demanda, es claro que el principal conflicto entre las partes es el aumento de plazo en la ejecución de las obras. Así, ZZ sostiene que la Constructora no cumplió con el plazo contractual, sin ahondar en los motivos para ello, indicando que incluso al día de hoy las obras están inconclusas. Por otro lado, XX ha sido enfática en sostener que la obra se retrasó por un conjunto de deficiencias de proyecto, así como errores, indecisiones e improvisaciones del Mandante que impactaron en la ruta crítica de los trabajos. De este modo, el Tribunal deberá determinar si ZZ es responsable del atraso en la obra o la Constructora lo es, y si el Edificio está concluido conforme al Contrato, en cuyo caso la demanda reconvencional carece de todo sustento.

6.2 Enseguida, la Demandada Reconvencional controvierte formalmente todos y cada uno de los hechos descritos por ZZ en su demanda reconvencional y contestación, teniendo por tanto ella la carga de probar que los hechos ocurrieron en la forma relatada en el libelo reconvencional.

En cuanto al marco contractual de los aumentos de plazo y aplicación práctica de las partes, afirma que la cláusula Octava del Contrato que regula los aumentos de obra y obras extraordinarias, no es la única disposición que se refiere a los aumentos de plazo. También lo hacen la cláusula Sexta del Contrato y numeral 20 de las Bases Administrativas, normas en las que XX basó sus solicitudes de aumento de plazo, especialmente las relativas a los aumentos de plazo N° 3 y N° 4. Indica que las indefiniciones del proyecto

afectaron la secuencia constructiva y que el Demandante Reconvencional debe acreditar los presupuestos de su acción, esto es, que el proyecto de construcción encargado era un proyecto completo y suficiente para la ejecución de los trabajos, que los complementos del mismo por la vía de respuestas a las RDI, y las Obras Extraordinarias estuvieron dentro del rango normal para este tipo de proyectos, y que ZZ ejecutó su rol de mandante de forma debida.

6.3 Señala que, a partir de las dos primera solicitudes de aumentos de plazo, se suscribió, con fecha 13 de noviembre de 2012, el Addendum N° 1 del Contrato, mediante el cual ZZ otorgó un aumento de plazo de 34 días corridos a partir del 7 de agosto de 2013, estableciéndose como nueva fecha de término de las obras el 10 de septiembre de 2013. Alega que debido a diversos problemas no imputables a XX, se produjeron diversos retrasos inesperados en la ejecución planificada de las obras, encontrándose en la necesidad de presentar, con fecha 5 de julio de 2013, una tercera solicitud de aumento de plazo. Indica que los retrasos que justificaron dicha solicitud fueron: **(i)** tres hechos constitutivos de fuerza mayor que retrasaron a la Constructora en 8 días; **(ii)** la entrega por parte del Mandante de proyectos defectuosos en relación al Eje Poniente de la Obra, y cuyas soluciones constructivas retrasaron a XX en 231 días; **(iii)** la modificación que ZZ hizo de su proyecto de cálculo, durante la ejecución de la Obra, aumentando la cantidad de fierro a utilizar, retrasando a XX en 21 días; **(iv)** el constante retraso del Mandante en dar el visto bueno para los elementos del proyecto del Muro Cortina, retrasando a XX en 127 días; **(v)** la entrega por parte de ZZ de diversos proyectos defectuosos que debieron ser subsanados a través de 266 requerimientos de información, lo que considerado en su globalidad retrasó a XX; y **(vi)** las constantes modificaciones que, de modo global, unilateral y sobre la marcha, el Mandante hizo sobre los proyectos licitados, retrasando a XX.

6.4 Agrega que, en cuanto a la solicitud de aumento de plazo N° 4, las principales modificaciones al proyecto que justificaron esta nueva solicitud, en adición y posteriores a las ya contempladas en la solicitud de aumento N° 3, fueron: **(i)** modificaciones relativas al primer piso del Edificio, por las cuales se solicitó una ampliación de plazo de 44 días; **(ii)** trabajos relacionados a los frentes de los ascensores de los pisos 2 a 18, por los cuales se solicitó una ampliación de plazo de 12 días; **(iii)** proyecto de corrientes débiles, modificación al contrato que demoró en ser resuelta pero por la cual no se solicitó aumento de plazo; **(iv)** terminaciones en el subterráneo por modificaciones en radier, por los cuales se solicitó una ampliación de plazo de 13 días; **(v)** ejecución de proyecto de TR2, por el cual se solicitó una ampliación de plazo de 42 días, sin perjuicio de que expresamente se señaló que ello constituía un plazo estimado; **(vi)** ejecución de UD y arranque de agua potable (Aguas Andinas), por los cuales se solicitó una ampliación de plazo de 42 días, sin perjuicio de que expresamente se señaló que ello constituía un plazo estimado; **(vii)** pruebas y certificados para recepción municipal, por los cuales se solicitó una ampliación de plazo de 49 días, sin perjuicio de que expresamente se señaló que ello constituía un plazo estimado; **(viii)** inicio en el montaje de ascensores, respecto de la cual no se solicitó aumento de plazo; **(ix)** definición de terminación de piso en caja de escaleras, por el cual se solicitó una ampliación de plazo de 2 días; y **(x)** modificaciones y definiciones de baños y cafeterías, por los cuales se solicitó una ampliación de plazo de 2 días. Agrega que dicha solicitud programaba el fin de las obras para el 5 de marzo de 2014. Continúa su relato XX, indicando que con fecha 11 de abril de 2014, le entregó a ZZ una carta en donde le señalaba, entre otras

materias, la existencia de obras extraordinarias pendientes de aprobación, la falta de pronunciamiento formal en relación a los aumentos de plazo N° 3 y N° 4, y la existencia de nuevas modificaciones e indefiniciones ocurridas con posterioridad a la solicitud de aumento de plazo N° 4, eventos que provocaban que la nueva fecha de término de las obras fuese cambiada al 25 de junio de 2014. Expresa que uno de los problemas más relevantes fue el atraso por parte de ZZ en la gestión del empalme de TR2, y los cambios introducidos en el primer piso.

6.5 En otro orden, XX desmiente y niega incumplimiento alguno, sosteniendo que los defectos de construcción alegados no existen, son improcedentes o no constituyen defectos propiamente tales. Así las cosas: **(i)** no existen defectos constructivos respecto de las escaleras; **(ii)** en relación al granito y palmetas del hall de acceso, estos se encuentran dentro del margen de tolerancia y, más aún, el eventual deterioro actual de los mismos se debe única y exclusivamente al uso de ese sector por ZZ; **(iii)** en relación a los pilares de acero inoxidable del hall de acceso nunca se había planteado observaciones respecto de ellos y, más aún, no se ha señalado cuál sería el problema que los afectaría; **(iv)** el muro cortina se encuentra íntegramente terminado y ejecutado conforme a lo solicitado por ZZ; **(v)** los supuestos incumplimientos de otras obras menores no son tales; y **(vi)** XX ha cumplido los contratos con sus subcontratistas.

6.6 Asimismo, alega la improcedencia de demandar el “resto de los perjuicios ocasionados”, ya sea en este juicio o en uno diverso, respecto de todo monto que exceda el límite de responsabilidad establecido en el Contrato, pues se estableció contractualmente una limitación a la responsabilidad indemnizatoria respecto de XX. Expone que conforme a cláusula 20a del Contrato, el tope máximo de las multas que puede cobrar la Inmobiliaria es un 10% del monto del Contrato, y el tope máximo de responsabilidad indemnizatoria de XX, por todo concepto, es de un 15% del Contrato. De esta manera, cualquier solicitud de indemnización adicional a las multas, presentada ya sea en la etapa de cumplimiento incidental o en un juicio diverso, así como una eventual sentencia condenatoria sobre la materia, no puede bajo ninguna circunstancia ser superior a un 5% al monto del Contrato.

6.7 En subsidio, opone la excepción de contrato no cumplido basado en que ZZ no puede incumplir gravemente el Contrato tal como lo ha hecho y luego pretender que simplemente el cobro de multas y exigir el cumplimiento del mismo. En cuanto a los incumplimientos de la Demandante Reconvencional, se remite a lo expuesto en su demanda y en capítulo II de su contestación a la Demanda Reconvencional, la que solicita tener por reproducida. Concluye que aun cuando el Tribunal estimare que XX incumplió el Contrato, y por lo tanto la Inmobiliaria puede cobrar las multas contractuales, ello no debe ser indemnizado toda vez que ZZ tampoco cumplió con sus obligaciones.

7°) Réplicas:

7.1 A fs. 272 el Demandante Reconvencional evacua el trámite de la réplica insistiendo y ratificando todos y cada uno de los graves defectos demandados. Precisa que la demanda reconvencional es respecto al incumplimiento contractual de XX, y por ello existe igual énfasis en los atrasos en los plazos de confección de la obra, como en los errores de construcción, que indican el incumplimiento de las bases de la licitación o bases administrativas, de las especificaciones técnicas, del contrato de construcción y de la

buena práctica de la construcción. Señala que XX en su defensa solamente se dedicó a tratar de justificar los atrasos, pero respecto a los incumplimientos de la calidad de la obra, dijo y controvertió muy poco. Agrega que toda la parafernalia de días y más días de obstáculos que se mencionan en la contestación de la demanda reconvenional, son sólo de efecto vistoso, pues en la práctica no son acumulables entre sí por no constituir una ruta crítica para la obra y no llegan a controvertir lo esencial, esto es, que no existen mayores plazos que se hubieran solicitado respecto al atraso de la construcción y que consten formalmente por escrito. Tampoco logran con ello demostrar dónde se encuentran los obstáculos que justifiquen más de un año de demora en la entrega.

Indica que todas y cada una de las diversas solicitudes de la contraria, fueron analizadas en su mérito y respondidas en detalle, explicando la razón de los rechazos. Sin perjuicio de ello, las solicitudes de aumento de plazo N° 3 y N° 4, son por un plazo que sumado, es de 177 días, lo que es sumamente relevante para este juicio, ya que si se considera el total del plazo solicitado por XX, igual la Demandada Reconvenional se encontraría en atraso, devengándose el cien por ciento de la multa por dicho concepto.

En cuanto a los aspectos contractuales, sostiene que lo que hace la cláusula Octava del Contrato –que fue un convenio celebrado entre las partes con posterioridad a la fecha de licitación– es regular el numeral 12 de las Bases Administrativas, ya que si bien ésta no señala el 20%, el inciso segundo de la cláusula Octava del Contrato contempla aumentos, modificaciones y/o disminuciones de obra, sobre un 20% del valor del contrato. Señala que, en todo caso, es indiferente si efectivamente existió o no una modificación en el Contrato con respecto a las Bases Administrativas, en atención a que en ningún caso se superó el 20%. Reitera que la Demandada Reconvenional se refiere habitualmente a obras extraordinarias, pero en realidad, prácticamente todas son aumentos de obras que no exceden el porcentaje previamente considerado tanto en el Contrato como en las Bases Administrativas.

Agrega que XX presentó 215 aumentos de obras, según informa TR1, pero sólo presentó 7 obras extraordinarias. El valor total de las obras presentadas y aceptadas por el ITO, y por consiguiente, por ZZ, alcanzaron un total de UF12.347 más IVA que representa un 4,1% del total del Contrato, por lo que nunca pudo haber superado el 20% contractualmente pactado. Por otro lado, las obras extraordinarias representan un valor total de UF 3.321 más IVA, lo que implica solamente un 1,5% del valor del Contrato.

Respecto a los aumentos de obras, contractualmente el propietario podía ordenar la disminución o aumento de las cantidades de obras estimadas en el Contrato, hasta un 100% de cada partida y hasta un 30% del total del presupuesto. Agrega que esas disminuciones o aumentos de obra se valorizarían considerando solamente el precio unitario indicado en el presupuesto, más un porcentaje de recargo por concepto de utilidad, excluidos Gastos Generales e imprevistos. Este porcentaje de utilidad sería el declarado en la Hoja Resumen de la Oferta. Para los aumentos que a juicio de la ITO den origen a una ampliación del plazo, éste se convendrá entre las partes. El cobro de gastos generales se aceptaría sólo si se viese afectada la ruta crítica, debiendo estudiarse el costo real de estos gastos en función de los recursos efectivamente impactados y a los precios declarados en el detalle de gastos generales entregados en la licitación.

Finalmente, en cuanto a los perjuicios demandados, señala que el Tribunal deberá resolver si ellos están limitados a un 5%, en caso que la solicitud exceda dicho porcentaje, pero ello no impide probar los perjuicios en la etapa de cumplimiento incidental.

7.2 A fs. 432 el Demandante Principal evacua el trámite de la réplica reiterando que ZZ incumplió el Contrato al denegar arbitrariamente las solicitudes de aumento de plazo; al retrasar la sanción de obras extraordinarias y desconocer su real valor; al retrasar el pago de las facturas emitidas por XX; y al negarse a otorgar la recepción provisoria del Edificio.

En cuanto a las solicitudes de aumento de plazo presentadas por XX, reitera que las respuestas de ZZ a las mencionadas solicitudes fueron tardías e infundadas, desconociendo el impacto en el plazo de ejecución de las obras y en el precio del Contrato. Indica que es falso que la única regulación contractual del aumento de plazo sea a propósito de las obras extraordinarias. Lo cierto es que la cláusula Sexta del Contrato establece la posibilidad de XX de solicitar aumentos de plazo y regula el consecuente pago de los gastos generales en caso de que este aumento no sea de responsabilidad del contratista. En este mismo sentido se establece la regulación del numeral 20 de las Bases Administrativas. Argumenta que las solicitudes de aumento de plazo fueron realizadas en aplicación de las citadas disposiciones contractuales por cuanto los hechos que las fundaban afectaron la programación de las obras, modificando los supuestos en base a los cuales se formuló la oferta por parte de XX.

En relación al retraso en la sanción de obras extraordinarias, el Demandante indica que una vez presentadas las solicitudes de obras extraordinarias, ZZ desconoció los complementos o rectificaciones efectuados al proyecto, y retardó en exceso su pronunciamiento formal respecto de los presupuestos de las obras extraordinarias, entorpeciendo el adecuado desarrollo de las mismas, y el oportuno pago a XX por trabajos muchas veces ya realizados. A continuación, transcribe un listado de obras extraordinarias con la fecha de presentación de XX, y con la fecha de sanción por parte de ZZ. Señala que respecto de la mayoría de ellas, la Inmobiliaria se pronunció en los meses de septiembre y octubre de 2014, época en la que había un conflicto evidente entre las partes por el plazo de construcción del Edificio. Precisa que el último pronunciamiento de la Inmobiliaria respecto de las obras adicionales fue enviado por correo electrónico el 21 de octubre de 2014, tan solo un día antes de que XX presentara la solicitud de arbitraje, y dos semanas antes de que ZZ intentara cobrar la boleta de garantía. También señala que su contraparte ha intentado minimizar la importancia de las obras extraordinarias señalando que serían meros aumentos de obra de un valor prácticamente insignificante, pero independientemente de que ZZ considere que se trata de un monto menor en relación al valor del Contrato, de todas formas las obras extraordinarias deben ser pagadas, toda vez que son trabajos no incluidos en el proyecto original y que han sido ejecutados por XX.

En cuanto al atraso en el pago de las facturas, precisa que la demanda siempre se ha referido al atraso de ZZ en el pago de las facturas emitidas por XX con posterioridad a que la primera aprobara el correspondiente estado de pago. Así, toda la descripción que ZZ hace de este proceso es inútil para estos efectos, por cuanto lo importante es el atraso en el pago de avances ya corroborados por la ITO y el Mandante.

Finalmente, en cuanto a la negativa a otorgar la recepción provisoria del Edificio, describe el proceso de revisiones parciales y alega que frente a la realidad de un edificio terminado, ZZ tiene la obligación contractual de extender la correspondiente recepción provisoria.

8°) DúPLICAS:

8.1 A fs. 453 la Demandada Principal evacua el trámite de la dúplica ratificando en todas su partes los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la contestación de demanda, señalando que los conflictos en esta obra se originaron, básicamente, debido a la tardanza que existió y existe en la entrega de la misma, amén del incumplimiento contractual demandado reconventionalmente. Afirma que lo que la contraparte ha pretendido todo este tiempo es dar la sensación de que bastaba pedir aumentos de plazos para que éstos fueran otorgados por la Inmobiliaria y la ITO, a pesar que las solicitudes no fueran justificadas y no tuvieran fundamentos, o los esgrimidos fueran falsos, olvidando que se trata de una facultad del Mandante en conformidad con la cláusula Sexta del Contrato. A continuación, y en relación al tiempo de respuesta a las solicitudes de aumento de plazo N° 3 y N° 4, efectúa una reseña del proceso de solicitud de aumento de plazo y cómo se daba respuesta a ellos. Indica también que si el actor pretende que se aplique la cláusula Sexta del Contrato, con ello está reconociendo que dichas solicitudes nunca fueron obras extraordinarias, sino que aumentos de obras o modificaciones menores de las obras.

Con respecto a los hechos fundantes de la solicitud de aumento de plazo N° 3 y N° 4, la Demandada Principal vuelve a reiterar los argumentos expuestos en sus anteriores escritos y que ya han sido latamente expuestos.

En cuanto a las solicitudes de obras extraordinarias, también reitera los argumentos expuestos en sus anteriores escritos en relación a la naturaleza de las mismas. Agrega que no toda solicitud por su naturaleza requería una respuesta rápida para ser eficaz, y casi la totalidad de ellas, llevaba una larga etapa de discusión al respecto para poder acordar y concordar los detalles finales. Cuando estas discusiones no llegaban a acuerdo, se optó en conjunto que fueran revisadas a nivel gerencial, lo que tomaba más tiempo. En relación a la valoración de las mismas, indica que ZZ sólo suscribió las revisiones efectuadas por la ITO TR1, quienes para la revisión de los presupuestos presentados, aplican toda la documentación contractual y realizan cubicaciones y revisiones de las cantidades y precios unitarios presentadas por XX, emitiendo un juicio final.

En relación al retraso en el pago de las facturas, ZZ se remite a lo señalado en su escrito de contestación a la demanda principal, pero dejando en claro que el proceso por ellos relatado es absolutamente concordante con lo señalado en la cláusula Cuarta del Contrato. Agrega que XX solicitó a través de minuta N°58, de fecha 3 de abril de 2013, modificar lo pactado cambiando las reglas del juego y la práctica hasta esa fecha, para facturar dentro del mes del período de cálculo, lo que se aceptó de buena voluntad, y que ahora pretende ser utilizado en contra de ZZ.

Concluye afirmando que nunca ha existido una negativa injustificada para otorgar la recepción provisoria del Edificio.

8.2 A fs. 462 el Demandado Reconvencional evacua el trámite de la dúplica indicando que ZZ incurre en una serie de confusiones y contradicciones que es necesario corregir para un adecuado entendimiento de lo realmente ocurrido en los hechos. Señala que es especialmente grave que ZZ reconozca las modificaciones sufridas por el proyecto, pero no sea capaz de asumir su responsabilidad en el diseño del mismo. Indica que no basta que el Demandante Reconvencional niegue que las causas de atraso en la obra son las señaladas por XX, sino que debe imputarle incumplimientos concretos, y ZZ no ha sido capaz de indicar con claridad y precisión los hechos que sustentan los supuestos incumplimientos alegados, siendo su responsabilidad acreditarlos.

En relación a las solicitudes de aumento de plazo, señala que se presentaron las comunicaciones que era necesario efectuar para dar cumplimiento al Contrato, resguardar sus derechos e informar al Mandante de la situación de la obra, reiterando que éstas se encontraban técnicamente respaldadas, careciendo la respuesta de ZZ del mismo afán de fundamentación.

Sostiene que la Demandante Reconvencional tiene serias confusiones en relación a los aumentos de plazo solicitados por XX, y como manera de justificar la aplicación de multas insiste en que, durante el transcurso del Contrato, únicamente se solicitaron 177 días de plazo, no acumulables. Así, en su concepto, aunque XX tuviese razón en cuanto a los días formalmente solicitados, se habría alcanzado el máximo contractual de la multa. Sostiene que las afirmaciones de ZZ sólo demuestran que pretende manipular el plazo de la obra a su conveniencia, y que olvida que la aplicación de multas es una forma convencional de avaluar perjuicios, pero que no excluye su carga de demostrar incumplimiento de XX. Agrega que cada presentación y solicitud de XX iban acompañadas de una Carta Gantt impactada, que establecían como fecha de término de los trabajos el 15 de enero, el 5 de marzo y el 25 de junio del 2014, respectivamente. Esto significa que el total de días formalmente solicitado asciende a 269 y no a 177, que corresponde a los días transcurridos entre la fecha de término conforme el Addendum N° 1, 10 de septiembre de 2013, y el 25 de junio de 2014.

Expone que la actora reconvencional también se confunde en la regulación contractual de los aumentos de plazo y las multas, por lo que reitera su argumento en cuanto a que la solicitud de obras extraordinarias o de aumento de obra no es la única causal regulada en el Contrato y en las Bases Administrativas para que XX pueda solicitar aumento de plazo, pues también lo contempla la cláusula Sexta del Contrato y 20 de las Bases Administrativas. En cuanto al argumento que dichas cláusulas serían facultativas para ZZ, alega que la capacidad de aceptar o rechazar las solicitudes de aumento de plazo debe ejecutarse de modo racional y de forma ajena a arbitrariedades, esto es, de buena fe.

Concluya negando la existencia de los defectos de construcción e indicando que éstos son una mera excusa utilizada por ZZ para negar la recepción provisoria y así manipular el plazo de construcción a su favor, poder cobrar el máximo de la multa, y para negarse a pagar los sobrecostos de ejecución de los trabajos incurridos por XX.

9°) Conciliación:

9.1 A fs. 483 se citó a comparendo de conciliación, para el día 8 de abril de 2015, a las 11:30 horas.

En dicha audiencia, las partes acordaron iniciar un proceso de conciliación por un plazo de dos semanas, fijándose nueva audiencia para el día 22 de abril de 2015.

9.2 En Acta de fs. 485, se deja constancia que no se produjo conciliación entre las partes.

10° Interlocutoria de Prueba: (*Extracto, versión completa disponible en formato electrónico)

10.1 Por resolución de fs. 486 se recibió la causa a prueba y se fijaron los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, resolución que fue objeto de sendas reposiciones presentadas por las Partes a fs. 489 y 491.

10.2 A fs. 504 se resolvieron las reposiciones deducidas, fijándose en definitiva, el texto de la interlocutoria de prueba.

11° Prueba Testimonial: (...)

12° Prueba Documental: (...)

13° Prueba Confesional: (...)

14° Prueba Pericial: (...)

15° A fs. 2.099 constan las observaciones a la prueba de XX, y a fs. 2.248, las de ZZ.

16° A fs. 2.295 consta la resolución de 25 de julio de 2016 que citó a las partes a oír sentencia.

Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA PRUEBA:

Valor probatorio de los documentos:

Primero: Por regla general, este Árbitro otorgará valor probatorio de plena prueba a los instrumentos públicos y a los privados no objetados (o cuyas objeciones no sean acogidas), con respecto de quienes aparecen emitiéndolos o suscribiéndolos. A los demás documentos, según se indicará en cada caso, cuando se les atribuye mérito probatorio, lo será como base de una presunción judicial. Las objeciones de documentos, serán rechazadas cada vez que no se funden en una causa legal de objeción o cuando dicha causa no haya sido debidamente acreditada. El solo hecho de objetar un documento, no impedirá necesariamente darle el mérito probatorio que se indica precedentemente.

Segundo: Que, a fs. 1.245, XX objeta el documento "Termino Plazo Contractual de Construcción, Obra Edificio TR", acompañado por ZZ bajo la letra M) del escrito de fs. 520, por la causal de falta de integridad,

toda vez que comienza en la página 16 sin incluirse y desconocerse el contenido de las primeras 15 páginas. A fs. 1.439, ZZ evacúa el traslado conferido solicitando se rechace la objeción documental promovida por XX por cuanto el documento objetado comprende sólo un registro fotográfico que fue extraído por TR1 del "informe ejecutivo" que se realizaba constantemente a la Inmobiliaria, para lo cual había un formato que se actualizaba cada vez. Para acreditar lo anterior, acompaña un documento titulado "Aclaración Informe Término de Obra Edificio TR", suscrito por el señor R.O., gerente de Obras de TR1. De la lectura del mismo, se desprende que efectivamente el documento objetado no es íntegro y que formaba parte de un informe ejecutivo que contenía información general de la obra, estados de avance, resumen de estados de pago, etc., el cual no fue acompañado para completar el documento objetado, motivo por el cual se acogerá la objeción planteada y se restará valor probatorio al documento antes singularizado.

Tercero: Que, a fs. 1.444, ZZ objeta el documento "Informe de Opinión Técnico Contractual Contrato General de Construcción a Suma Alzada Edificio de Oficinas TR", acompañado por XX a fs. 1.398, el que tacha de falso por cuanto aparece suscrito por terceros ajenos al juicio, que no han sido señalados como testigos ni han ratificado su otorgamiento. A fs. 1.454, XX evacúa el traslado conferido solicitando se rechace la objeción documental promovida por no basarse en hechos ni causa legal alguna. Sostiene que la objeción apela al valor probatorio que se le debe otorgar al documento, tarea privativa del Juez de la causa que en el presente juicio tiene las facultades de Arbitrador, y que el documento no sería falso toda vez que las firmas de los autores del documento fueron autorizadas ante Notario Público.

Respecto del valor probatorio de los instrumentos privados emanados de terceros, nuestra Corte Suprema ha resuelto que no se vulnera ninguna ley reguladora de la prueba por el hecho de admitirse documentos emanados de terceros, aunque no hayan testificado en el juicio, si con tales documentos no se pretende extraer ninguna consecuencia obligatoria para la contraparte. La tesis tradicional de que los instrumentos emanados de terceros que no son parte del juicio no tienen ningún valor probatorio y que, aun reconocidos por quienes los emiten, sólo valen como parte de la prueba testimonial, debe matizarse, especialmente teniendo a la vista que las reglas sobre la prueba de los Artículos 1.698 y ss. CC se pensaron respecto de las obligaciones, por lo que su alcance respecto de otros aspectos merece una mirada más flexible [Bordalí, Cortez, Palomo; Proceso Civil. El Juicio Ordinario de mayor Cuantía; Editorial Thomson Reuters; Santiago, Chile, año 2014, p.320], con mayor razón, si las facultades del Sentenciador son las de un Árbitro Arbitrador. En consecuencia, el hecho que los autores del documento objetado no hayan comparecido en el presente arbitraje a reconocer el contenido y autoría del informe, no implica que no deba admitirse en parte de prueba, sin perjuicio de la apreciación que del mismo se haga en su oportunidad.

Cuarto: Que, a fs. 1.448, ZZ objetó: (i) los Requerimientos de Información (RDI) acompañados por XX bajo los numerales 18, 214, 217, 221, 222, 236, 238, 240, 241, 242 249, 261, 271, 287, 289, 292, 293, 295, 297, 298, 299, 300, 302, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 321, 323, 324, 339, 340, 341, 342, 357, 358, 359, y 362 a 389 del escrito de fs. 1.248, los cuales tacha de falsos por cuanto no tienen las firmas del ITO y de XX; (ii) Carta Gantt de fecha 12 de febrero de 2015, titulada "Impacto N° 6" acompañada por XX bajo el numeral 1 del escrito de fs. 1.293, las Notas en Libro de Obras acompañados bajo los numerales 59, 96, 109, 126, 127, 128, 129, 179, 180, 181, 183, 184, 185,

186, 217, y 250 del mismo escrito, y las Minutas de Reunión de Obra acompañados bajo los numerales 89, 145, 151, 165, 174, 201, 246, 247, 248, 257, 258, y 263 del mismo escrito, por ser ilegibles, falsos al no estar firmados y por falta de integridad las que se encuentran incompletas; (iii) las Especificaciones Técnicas acompañados por XX bajo los numerales 11 al 17 del escrito de fs. 1.367, los cuales tacha de falsos por cuanto no tienen firma de quien los emite; (iv) carta enviada por señores L.E. y S.E. a ZZ acompañada por XX bajo el numeral 10 del escrito de fs. 1.369, el cual tacha de falso por cuanto contiene un programa en archivo digital que no presenta firma o reconocimiento de alguna de las partes; (v) las facturas electrónicas acompañadas por XX bajo los numerales 399 a 405, 469, 474, 481, 485, 487, 488, 491, 496, 505, 509, 510, 512, 515, 517, 521, 522, 525, 526, 528, 533, 538, 540, 543, 545, 547, 548, 550, y 552 del escrito de fs. 1.371, y las boletas de honorarios acompañadas bajo los numerales 219, 469, 488, y 491 del mismo escrito porque no indican que correspondan al edificio.

A fs. 1.457, XX evacúa el traslado conferido solicitando se rechacen las objeciones documentales deducidas por no basarse en hechos ni causa legal alguna. En relación a las RDI indica que basta revisarlas para dar cuenta que prácticamente todas tienen firma o se incorporó como parte integrante del documento, el correo electrónico por el cual se respondió a dichos requerimientos por parte de la ITO, y en cualquier caso, la contraparte tiene acceso o copia de ellas por lo que es infundado tacharlas simplemente de falsas sin aludir a un antecedente concreto. En cuanto a las Minutas de Reunión de Obras y las Anotaciones en el Libro de Obra, indica que éstas no son ilegibles, y a lo sumo es un problema de la copia digital subida al sistema e-CAM y no de los documentos mismos. Respecto de las minutas que no han sido firmadas, esgrime el mismo argumento que para las RDI. En relación a las facturas, señala que las presuntas objeciones no son tales sino un intento por restarles valor probatorio. En cuanto a la Carta Gantt indica que la objeción debe rechazarse al tenor de lo dispuesto en el Artículo 12 literal c) de las Bases de Procedimiento. Por último, con respecto a las especificaciones técnicas, indica que la objeción debe ser rechazada por tratarse de una imputación genérica de que carecen de firma, y por cuanto dichos documentos fueron entregados en formato digital.

Que las objeciones referidas a las RDI antes singularizadas, se rechazarán por cuanto la falta de autenticidad significa que el instrumento no ha sido otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa, y del examen de los documentos objetados se desprende que éstos se encuentran firmados por la Constructora y el ITO, o bien se acompañó el correo electrónico conductor. A mayor abundamiento, la Demandada no aportó antecedente alguno para acreditar la falsedad del documento o de su contenido a pesar de tratarse de documentos que obraban en su poder.

Que la objeción referida a la Carta Gantt también será rechazada por cuanto no es un requisito legal ni contractual que la Carta Gantt esté firmada, por ende, la ausencia de ésta no implica su falsedad, máxime si la Demandada no aportó antecedente alguno para acreditarla. Ello, sin perjuicio del mérito probatorio que se le asigne a su respecto.

Que las objeciones referidas a las Minutas de Reunión de Obra y Notas en Libro de Obras por la causal de ser ilegibles, se rechazarán por no haberse fundado en alguna de las causales legales establecidas en la ley, sin perjuicio del mérito probatorio que se le asigne a su respecto. Las formuladas en contra de las Minutas

por carecer de firma, se rechazarán por las mismas consideraciones que las expresadas para las RDI.

Que en cuanto a las Especificaciones Técnicas, efectivamente no consta que éstas hayan sido suscritas por persona o institución alguna, circunstancia que no impide que sean admitidas en parte de prueba, sin perjuicio del mérito probatorio que se le asigne a su respecto.

Que la objeción referida a la carta enviada por don L.E. y don S.E. a ZZ acompañada por XX bajo el numeral 10 del escrito de fs. 1.369, se rechazará por cuanto la falta de autenticidad no dice relación con el documento mismo sino con uno de sus anexos, no habiéndose argumentado por la Demandada que la carta no se otorgó por los señores L.E. y S.E. o de la manera que en ella se expresa.

Que las objeciones referidas a las facturas electrónicas y boletas de honorarios se rechazarán por no haberse fundado en alguna de las causales legales establecidas en la ley, sin perjuicio del mérito probatorio que se le asigne a su respecto.

Valor probatorio de la prueba testimonial:

Quinto: Que habiéndose acordado por las partes que no existirían testigos inhábiles, se les otorgará a las declaraciones el valor probatorio que les asigna la ley, teniendo especialmente en cuenta para ese fin su imparcialidad respecto de los hechos sobre los que declaren, influyendo en ello las circunstancias a las que se refieren las causales de inhabilidad contempladas en los Artículos 357 y 358 del Código de Procedimiento Civil.

Valor probatorio del Informe Pericial y de los Informes Técnicos:

Sexto: Que atendido los aspectos eminentemente técnicos de la presente causa, que para su apreciación requieren de conocimientos especiales, este Sentenciador ha privilegiado el Informe Pericial, en aquello que es consistente con las demás pruebas rendidas y también, en su mérito, los demás Informes Técnicos presentados por las partes, que emanen de personas y entidades técnicas de prestigio.

EN CUANTO AL FONDO:

Respecto de la Demanda Principal:

Séptimo: Que según reconocen las partes, con fecha 26 de enero de 2012 suscribieron un Contrato General de Construcción a Suma Alzada cuyo objeto era la construcción de un edificio de oficina comercial denominado "Edificio de Oficinas TR", a cambio de una suma alzada única de U.F. 218.741,58 más IVA. De conformidad a la cláusula Sexta de dicho contrato, el plazo de ejecución era de 548 días corridos, es decir, la fecha de término del contrato sería el 7 de agosto de 2013. La citada cláusula establecía como hitos de entrega: **a)** el término de subterráneos (descimbre losa cielo 1° subterráneo): día 240; **b)** Término de obra gruesa (descimbre losa superior): día 420; y **c)** Inicio de muro cortina: día 360. Dicho plazo se extendió en

34 días corridos a partir del 7 de agosto de 2013, en virtud de la modificación denominada Addendum N° 1 convenida entre las partes con fecha 13 de noviembre de 2012, estableciéndose como nueva fecha de término de las obras, el 10 de septiembre de 2013. Adicionalmente, las partes acordaron modificar las fechas de ciertos hitos parciales del Contrato, conforme a lo siguiente: Hito 1 término de subterráneos (descimbre de losa 1° subt.): 6 de diciembre de 2012; Hito 2 término de obra gruesa (descimbre losa superior): 15 de mayo de 2013; y recepción provisoria de la obra: 10 de septiembre de 2013.

Octavo: Que se encuentra ampliamente acreditado que el Edificio no estuvo terminado en la fecha pactada en el Addendum N° 1, discrepan, sin embargo, las partes si el retraso es imputable al Mandante o a la Constructora.

En efecto, la Demandante sostiene que con posterioridad a la suscripción del Addendum N° 1, y debido a diversas modificaciones de proyecto introducidas por el Mandante durante la ejecución del mismo, presentó tres solicitudes de aumento de plazo, a saber: **(i)** Solicitud de aumento de plazo N° 3, de fecha 5 de julio de 2013, mediante la cual se solicitó una extensión de plazo de 127 días, estableciéndose como nueva fecha de término el 15 de enero de 2014; **(ii)** Solicitud de aumento de plazo N° 4, de fecha 10 de diciembre de 2012, mediante la cual se solicitó una extensión de plazo de 49 días, estableciéndose como nueva fecha de término el 5 de marzo de 2014; y **(iii)** Solicitud de aumento de plazo de fecha 11 de abril de 2014, mediante la cual XX informó al Mandante que la nueva fecha prevista para el término de las obras era el 30 de abril de 2014. Las solicitudes N° 3 y N° 4 se fundaron en lo dispuesto en la cláusula Sexta del Contrato y numeral 20 de las Bases Administrativas y Técnicas Generales.

Por su parte, ZZ se defendió alegando que hubo un evidente y notorio atraso en la realización del contrato que se trató de justificar por la Constructora mediante solicitudes de ampliación de plazo, fuera de las normas contractuales. Sostuvo, que de conformidad con la cláusula Octava del Contrato, no procedía otorgar mayores plazos para los aumentos, modificaciones o disminuciones de Obra de hasta el 20% del valor del Contrato; y que los únicos casos en que debía discutirse y acordar un aumento de plazo, era en el evento de superar el 20% del valor del Contrato, o de existir obras extraordinarias.

Noveno: Que el primer incumplimiento contractual imputado a la Demandada es demorar el pronunciamiento y rechazar arbitrariamente las solicitudes de aumento de plazo. Sostiene que el Mandante mantuvo un displicente silencio durante meses respecto de las solicitudes presentadas, para luego rechazarlas sin presentar ningún fundamento técnico.

En cuanto a las solicitudes de aumento de plazo, se tendrá por acreditado lo siguiente según demuestran los documentos no objetados, y acompañados en autos a fs. 520 y fs. 1369:

1. Las dos primeras solicitudes de aumento de plazo, presentadas el 18 de mayo y 18 de julio de 2012 fueron materia del Addendum N° 1 del Contrato.
2. La solicitud de aumento de plazo N° 3 se presentó mediante una carta de fecha 5 de julio de 2013, y ésta fue respondida por TR1 mediante carta de fecha 21 de agosto de 2013.
3. Con fecha 3 de septiembre de 2013, XX presentó una reconsideración a la respuesta de TR1 de fecha

21 de agosto de 2013, la cual fue contestada en reunión de 20 de noviembre de 2013, según se aprecia en el documento acompañado bajo el N° 11 del escrito de fs. 1369 y bajo la letra S) del escrito de fs. 520.

4. La solicitud de aumento de plazo N° 4 se presentó mediante una anotación en el Libro de Obras con fecha 10 de diciembre de 2013, y ésta fue respondida por TR1 mediante carta de fecha 11 de abril de 2014.

Que en relación con la solicitud de aumento de plazo presentada con fecha 11 de abril de 2014, no consta en la prueba documental rendida que se haya dado respuesta por escrito a la misma. Del análisis de la prueba testimonial recibida en autos de tres testigos contestes, legalmente examinados, y que dieron razón de sus dichos, se tendrá por acreditado que la mencionada solicitud se basaba en los mismos hechos que las anteriores presentadas por XX, y que ese fue el motivo por el cual la Inmobiliaria no dio respuesta a la misma.

En efecto, el testigo señor M.U. (fs. 1.800) señaló que el motivo por el cual no se respondió la última solicitud de aumento de plazo fue principalmente porque era lo mismo que se había respondido anteriormente. En el mismo sentido declaró el señor S.Y. (fs. 1.860), quien relató que la solicitud de aumento de plazo de 11 de abril de 2014 abarcaba prácticamente lo mismo que las solicitudes de aumento de plazo que habían sido respondidas anteriormente, por lo que no se tomó en consideración dar una respuesta.

Por último, el testigo señor R.O. (fs. 2.032 quater) relató que no la respondieron porque eran más de los mismos temas del aumento de plazo número 3 y número 4.

Corrobora lo anterior, el hecho que los peritos no hayan considerado entre las solicitudes de aumento de plazo analizadas, la del 11 de abril de 2014.

Décimo: Que establecido lo anterior, corresponde determinar si existía una obligación contractual de ZZ de dar respuesta a las solicitudes singularizadas en los considerandos precedentes dentro de un determinado plazo. Analizado el Contrato y las Bases Administrativas y Técnicas Generales, fluye que las partes no pactaron un plazo para que la Inmobiliaria entregara sus respuestas. No obstante ello, es necesario tener presente que el Artículo 1.546 del Código Civil establece una regla fundamental relativa a los efectos del contrato, esto es, que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, entendida ésta "como la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente" [Corte de Apelaciones de BB, Rol N° 350-1999, considerando 13]. De esta manera, se entiende que una de las obligaciones del Mandante consiste en dar respuesta oportuna a las solicitudes de la Constructora, máxime si éstas conllevan una posible modificación de la fecha de término de las obras.

Del análisis de la prueba documental rendida, en especial la singularizada en el considerando noveno, se aprecia que hubo un incumplimiento al respecto por parte de la Demandada, al tardar más de un mes en responder la Solicitud N° 3, dos meses para dar respuesta a su reconsideración, y cuatro meses para responder la Solicitud N° 4.

Undécimo: Que en cuanto al rechazo arbitrario de las solicitudes de aumento de plazo N° 3 y N° 4 , de su lectura se aprecia que éstas se presentaron invocando lo dispuesto en la cláusula Sexta, cuyos términos son bastante amplios al no contemplar plazos, requerimientos especiales, o formalidades para su presentación. La única condición exigida por la convención es que las solicitudes de aumento de plazo pedidas por el contratista estén debidamente fundadas.

En consecuencia, procede determinar si los motivos invocados en las solicitudes antes singularizadas justificaban otorgar un aumento de plazo.

Duodécimo: Que a solicitud de XX, el Tribunal solicitó a la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile –perito (PE)– la realización de un peritaje técnico, labor para la cual tuvo a la vista todos los medios de prueba acompañados por las partes al proceso durante el término probatorio, más los antecedentes solicitados por el PE a través de requerimientos de información. Dicho peritaje técnico abordó el siguiente punto en conexión a la petición de aumentos de plazo: “Análisis de los hechos que afectaron la programación de la obra hasta su conclusión, de conformidad a las alegaciones de las partes. En particular, determinación de la procedencia de las solicitudes de aumento de plazo N° 3, N° 4 y de 11 de abril de 2014 presentadas por XX. En la afirmativa, determinación de los días que debieron ser otorgados”.

Refieren los peritos que del análisis de la cronología de documentos asociados a la solicitud de aumento de plazo N° 3, pudieron verificar lo siguiente:

“La memoria explicativa detalla una serie de eventos que generarían modificación de plazo, de los cuales algunos se cuantifican en días y otros no.

La metodología utilizada en la memoria explicativa para dimensionar el impacto en plazo producto del aumento de fierro no es validable técnicamente, al aumentar directamente el plazo de la obra gruesa en el mismo porcentaje de aumento de fierro.

Para el programa impactado no se ha provisto un seguimiento (programa real), que permita establecer el estado de avance de cada actividad al momento de generarse la situación que se impacta. Se debe tener en cuenta que la “ruta crítica” (secuencia de actividades que determina la duración mínima que puede tener un proyecto), es evolutiva durante el desarrollo de una obra. Actividades que inicialmente no son críticas, pueden tomar esta característica según las situaciones que se presentan durante la ejecución. De la misma forma, algunas que inicialmente sí lo eran, pueden dejar de serlo. En este caso en particular, los antecedentes disponibles no permiten establecer la forma en que van cambiando las actividades que definen la ruta crítica, por lo que no es posible determinar el impacto en el plazo total de la obra que cada situación produce al momento de su ocurrencia.

En el programa impactado no se respaldan las duraciones y vínculos de las situaciones y actividades agregadas”.

Exponen que si bien no puede validarse directamente el plazo total solicitado por XX, efectuaron un análisis conceptual de la Solicitud N°3 (Tabla N° 1) a fin de determinar si independiente de que dicho plazo total no se haya acreditado adecuadamente, sí se justifica la pretensión de mayores plazos.

Concluyen que respecto de la solicitud N°3 se justificaba conceptualmente la pretensión de mayores plazos de XX, pues de un total de ocho situaciones, cinco son validadas conceptualmente por PE y también reconocidas por el Mandante, quien incluso reconoce 55 días de aumento, los que no llegan a formalizarse.

En lo referente a la solicitud N° 4, el informe de PE verificó que, principalmente, se fundamenta en el impacto de modificaciones de proyecto y retrasos en definiciones y aprobaciones, pero que los documentos no resultan suficientes para respaldar el cálculo de los días solicitados. Exponen, al igual que en la solicitud N°3, que si bien no puede validarse directamente el plazo total solicitado por XX, efectuaron un análisis conceptual de la solicitud (Tabla N° 2) a fin de determinar si independiente de que dicho plazo total no se haya acreditado adecuadamente, sí se justifica la pretensión de mayores plazos.

La pericia concluye respecto de la solicitud N° 4, que se justificaba conceptualmente la pretensión de mayores plazos de XX, pues de un total de diez situaciones, todas son validadas conceptualmente por PE.

Que en relación a la cuantificación de mayor plazo por las solicitudes N° 3 y N° 4, el informe pericial precisa: "XX no ha provisto un ejercicio que permita determinar el impacto en el plazo de la obra de cada una de las situaciones reclamadas, ya que durante la ejecución del proyecto no se realizó un seguimiento a la programación que permita evaluar el impacto que se generó al momento de presentarse cada situación, los antecedentes disponibles no permiten determinar el efecto individual de cada una de ellas. No obstante, estos efectos se encuentran contenidos en el análisis global de mayor plazo realizado por PE en base a las obras adicionales y extraordinarias, que sirve de base para la determinación del mayor gasto general".

Décimo Tercero: Que la prueba pericial es categórica al concluir que las situaciones indicadas en las solicitudes de aumento de plazo N° 3 y N° 4 justificaban conceptualmente la pretensión de mayores plazos de XX. Si bien la cuantificación del plazo asociado a las solicitudes en comento no pudo ser determinado por los peritos, el Mandante reconoció 55 días con respecto a la solicitud N° 3. En consecuencia, sólo hubo un rechazo injustificado respecto de la solicitud de aumento de plazo N° 4.

No obstante ello, la Demandante no distingue o no asocia directamente los perjuicios reclamados con el rechazo a las solicitudes en sí mismas, sino que éstos más bien van unidos a la mayor permanencia de XX en las obras, y por ende, se tratarán a dicho respecto.

Décimo Cuarto: Que el segundo incumplimiento imputado a la Demandada es demorar el pronunciamiento y pago de las obras extraordinarias, lo que entorpeció el desarrollo de las obras. Alega también que, durante el desarrollo de las mismas, la Inmobiliaria por intermedio de la ITO, solicitó la ejecución de una serie de obras adicionales y/o modificaciones de obras que habrían impactado la programación original del Contrato, desplazando su fecha de término.

Décimo Quinto: Que para acreditar el impacto de las obras adicionales en la programación original del Contrato, la Demandante se valió de la prueba pericial de PE. En su análisis los peritos exponen que durante la ejecución de la obra se formaliza un total de 222 modificaciones. De éstas, 220 se presentaron con respaldos, de las cuales 9 corresponden a disminuciones, y 211 a aumentos de obra (llamados también adicionales) y obras extraordinarias. De su examen, se determinó que 104 de ellas fueron aprobadas por el Mandante.

A continuación, el PE analiza en las Tablas N° 5, N° 6 y N° 7 de su informe la cantidad de aumentos de obras y obras extraordinarias de acuerdo: **(i)** a la fecha de su primera presentación; **(ii)** de acuerdo a la fecha de aprobación a través de órdenes de cambio, y **(iii)** de acuerdo a su fecha de presentación inicial versus su aprobación a través de órdenes de cambio, respectivamente.

Concluye que “los análisis anteriores muestran claramente que la mayor parte de los aumentos de obra y obras extraordinarias aprobados son tardíos en relación a los plazos previstos: un 80% de ellos se genera y aprueba con posterioridad a la fecha de término establecida en el Addendum N°1 (10-09-2013). Por tanto, dichos aumentos de obra y obras extraordinarias aprobados, técnicamente justifican mayores plazos de ejecución”.

A continuación, el informe pericial expone: “Considerando que las cuantificaciones de mayor plazo que se han provisto por parte de XX no pueden validarse técnicamente por los motivos indicados en el capítulo anterior, el impacto en plazo que se genera por aumentos de obra y obras extraordinarias se debe estimar mediante un método alternativo:

- Se han identificado todas las obras adicionales y extraordinarias con monto solicitado mayor a cero por parte de XX, aprobadas por el Mandante a través de órdenes de cambio, con posterioridad a la fecha de término fijada en el Addendum N°1 (10-09-2013).
- Se ha considerado el plazo solicitado por XX, y cuando el plazo fue indicado como en estudio se determinó un plazo proporcional al monto solicitado (plazo proporcional = plazo original del contrato x monto solicitado / monto original del contrato). Cabe mencionar que este plazo proporcional corresponde a un criterio conservador de estimación.
- Se ha graficado la duración de estas obras en barras horizontales. Se considera como inicio la fecha de aprobación”.

Para ejemplificar hasta cuándo se justificaba una mayor permanencia de XX en la obra, el informe PE toma como ejemplo la obra N° 139, una de las obras aprobadas con fecha 21 de octubre de 2014. Indican los peritos, que XX solicitó para su ejecución un plazo de 15 días, por lo tanto, sólo dicha obra por si misma justificaría un mayor plazo hasta el 5 de noviembre de 2014 (21-10-2014+15 días).

Finalizan indicando “Por todo lo anterior, y dado que de acuerdo a lo dispuesto en el marco contractual el Contratista en teoría debe esperar la aprobación del Mandante para ejecutar obras extraordinarias, puede establecerse que las obras adicionales y extraordinarias aprobadas tardíamente en su conjunto justifican la mayor permanencia de XX en la obra hasta noviembre de 2014. Para efectos de los análisis del presente

peritaje, se utiliza la fecha 30-11-2014 como término teórico justificado por motivos de responsabilidad del Mandante”.

Décimo Sexto: Que la Demandada observó el informe PE rendido en la causa argumentando que debe determinarse previamente si las obras solicitadas tienen real y contractualmente el carácter de “extraordinarias”, más allá de las denominaciones que le hayan dado los distintos actores, o si son aumentos de obra, o si se vio afectada o no la ruta crítica. Señala que el informe pericial parte de un supuesto errado al considerar que existe un gran número de obras extraordinarias, las que considera como tales no de acuerdo a lo que establece el contrato celebrado entre las partes, sino que en base a abstracciones propias que poco tienen que ver con la realidad de la obra. Observa que para determinar si las modificaciones afectaron la ruta crítica, el PE no determina el instante en que las solicitudes se efectuaron y se realizaron los trabajos, sino que se basa en la oportunidad en que se llega a un acuerdo respecto del pago de las mismas. Hace notar que el ejemplo utilizado por el PE para justificar una mayor permanencia de XX en la obra hasta noviembre de 2014 es falso ya que XX el 21 de octubre y 5 de noviembre de 2014 ya no se encontraba en la obra, y que la obra utilizada como ejemplo “apoyo del transformador” se encontraba concluida muchísimos meses antes de noviembre de 2014, por lo que no podía tomarse como base de cálculo por los peritos.

También observa que no se puede validar la valoración de las obras extraordinarias efectuada por el PE ya que dichos cálculos se hicieron a partir de abstracciones basadas, a su vez, en supuestos y conjeturas erradas.

Indica que la conclusión del perito en cuanto a que las obras construidas no cumplen con las especificaciones técnicas y no corresponden a las normas del buen construir, avala dos cosas: una, que era lícito no entregar la recepción contractual hasta que estuviese todo reparado y/o construido de acuerdo al Contrato, y dos, que da pie para la demanda de perjuicios en el cumplimiento incidental del Fallo.

Décimo Séptimo: Que de acuerdo a la prueba documental rendida, las partes utilizaron indistintamente durante la ejecución de la obra, los términos “obras adicionales”, “aumentos de obra”, y “obras extraordinarias”. Ello se puede apreciar en la carta de fecha 23 de agosto de 2013, enviada por XX a TR1, en la cual, XX se refiere a la recepción de la obra extraordinaria N° 58, para luego hacer alusión en el párrafo siguiente, al marco contractual para los aumentos y disminuciones de obra. Lo mismo se aprecia en la carta de fecha 24 de enero de 2014, enviada por TR1 a XX, en la cual TR1 señala “a la fecha, las Obras Extraordinarias presentadas por la empresa constructora XX, están según el status adjunto en Anexo N° 1”, para luego hablar en el mencionado anexo de “aumentos y disminuciones de obra”. En el mismo sentido, la solicitud de aumento de plazo de fecha 11 de abril de 2014, en el cual XX solicita el pronunciamiento respecto “de las obras adicionales que se encuentran pendientes de sanción”.

Si bien las partes utilizaron indistintamente dichos conceptos, los efectos contractuales de los aumentos de obras y obras extraordinarias son distintos, según se desprende de la cláusula Octava del Contrato, que dispone en lo pertinente: “Los aumentos, modificaciones y/o disminuciones de Obra de hasta un 20% del valor del contrato no darán derecho a aumento o disminuciones de plazos ni gastos generales. En este caso

el Contratista deberá cobrar o descontar, según el caso, los costos directos calculados sobre la base de los valores informados por el Contratista en la propuesta y el porcentaje de utilidades respectivo. Los aumentos modificaciones y/o disminuciones de Obra sobre un 20% del valor del contrato darán derecho a aumentos o disminuciones de plazos, gastos generales y utilidad por el porcentaje que supere el tope garantizado precedentemente, considerando para tales efectos los valores informados por el Contratista en su propuesta (...). "Toda obra extraordinaria que ordene ejecutar el Mandante será objeto de un acuerdo previo y escrito en cuanto a su precio y plazo de ejecución debiendo el contratista considerar para su presupuesto los valores informados en la propuesta".

Décimo Octavo: Que, en consecuencia, resulta imperioso analizar si las obras ejecutadas, se clasifican, de acuerdo al marco contractual, como "aumentos de obra" u "obras extraordinarias".

Las Bases Administrativas y Técnicas Generales definen el término "obras extraordinarias" en su numeral 22 como "todo aquel trabajo que no se contemple dentro del ámbito del proyecto y/o de las partidas que conforman el Presupuesto ni que sean parte de los precios unitarios".

En cuanto a las diferencias con una obra adicional, el testigo de la Demandada señor M.U. (fs. 1.800) relató que las obras adicionales pueden ser obras extraordinarias o aumentos de obras, y la diferencia entre ellas es, principalmente, que si existe un itemizado detallado en el contrato, las obras extraordinarias no tienen su precio unitario indicado en él, por lo tanto, al no aparecer ahí se toma como una obra extraordinaria y se debe adjuntar precios, cotizaciones y hacer un precio unitario efectivamente como para revisar esa obra extraordinaria.

Por su parte, el testigo S.Y. (fs. 1860) explicó que una obra extraordinaria básicamente es una obra o un concepto de obra que no está dentro del concepto del edificio. En este caso en particular, el edificio es de oficinas y una obra extraordinaria sería que la Inmobiliaria solicitara construir una piscina en el jardín, una piscina en la techumbre. Y una obra adicional, o un aumento de obra, o una disminución de obra guarda relación con el mismo concepto del edificio, pero en mayor cantidad, por ejemplo, si la terraza del cuarto piso era de 4 m², ahora la terraza va a ser de 8 m²; es el mismo fierro, es el mismo hormigón, la misma impermeabilización, el mismo moldaje, etc.

En el mismo sentido el testigo don R.O., (fs. 2.032 quater) quien indicó que obra extraordinaria es aquella adquirida o solicitud que no está contemplado dentro del ámbito del contrato, y que se coloca siempre el ejemplo de un edificio de oficinas que normalmente no tiene piscina, por lo tanto, si el mandante pide construir una piscina es una obra extraordinaria, a diferencia que si se pide hacer un baño al interior de una oficina, porque hay baños, hay tabiques. Todo el resto cae en el concepto de obras adicionales que son, o aumentos de obra, o disminuciones de obra.

Décimo Noveno: Que habiendo las partes, durante ejecución del Contrato, utilizado indistintamente los términos "obras adicionales", "aumentos de obra", y "obras extraordinarias", y del análisis de los documentos acompañados por ellas en relación con dichas obras, en especial los generados con posterioridad a la

suscripción del Addendum N°1, se puede colegir de su descripción que las obras encargadas corresponden a trabajos contemplados dentro del ámbito del proyecto y /o de las partidas que conforman el presupuesto, y por ende, que se tratan de aumentos y modificaciones de obra propiamente tales, y no de obras extraordinarias.

Esta conclusión se ve corroborada por el hecho que XX fundó sus solicitudes de aumento de plazo en lo dispuesto en la cláusula Sexta del Contrato y numeral 20 de las Bases Administrativas y Técnicas, con lo cual está reconociendo, implícitamente, que se trataba de aumentos o modificaciones de obras, pues de haber sido obras extraordinarias, la Demandante habría solicitado el aumento en el plazo de ejecución fundándolo en la cláusula Octava del Contrato.

Vigésimo: Establecido lo anterior, y para determinar si los aumentos y modificaciones de obra dan origen a aumentos de plazos y gastos generales, procede constatar si el valor de las mismas supera el 20% del valor del Contrato.

Cabe anotar que el monto demandado por XX por concepto de "obras extraordinarias adeudadas", asciende a 16.945,24 Unidades de Fomento más IVA, monto que no supera el 20% del valor del Contrato, que es preciso recordar, asciende a UF 218.741,58 más IVA. En consecuencia, basándose únicamente en lo dispuesto en la cláusula Octava, no procede otorgar aumentos de plazos y gastos generales por la ejecución de las mencionadas obras.

Sin embargo, el Contrato prevé otras situaciones en las cuales procede una revisión del plazo programado para la ejecución de las obras, no así para la procedencia de gastos generales, cuyo derecho se encuentra regulado únicamente en la citada cláusula Octava en relación con el numeral 12 de las Bases Administrativas y Técnicas Generales.

Efectivamente, en lo concerniente al derecho a obtener aumentos de plazos, la cláusula Sexta del Contrato dispone en su inciso primero: "El plazo de ejecución de las obras objeto del presente contrato será de 548 días corridos. El mandante podrá acoger solicitudes de aumento de plazo pedidos por el Contratista, debidamente fundados; pero tales aumentos no darán en caso alguno derecho al pago de costos adicionales si las causas son imputables al Contratista".

Por su parte, las Bases Administrativas y Técnicas Generales -que forman parte integrante del Contrato de conformidad a la cláusula Segunda de este último- establecen en su numeral 20 que "el plazo programado podrá revisarse únicamente por demoras atribuibles al Propietario en el cumplimiento de alguna obligación contractual expresa, o que sean consecuencia de alguna acción o decisión del Propietario, sea directamente o a través de la ITO o los Arquitectos, siempre que el Contratista demuestre que las causales invocadas afectan su productividad o que no tiene responsabilidad en ellas".

Que al respecto, este Sentenciador no puede ignorar, tal como consigna el peritaje de PE, que de los 104 aumentos de obra aprobados por el Mandante, 68 se generaron con posterioridad a la última solicitud de

aumento de plazo; y 83 fueron aprobados por el Mandante con posterioridad a la fecha de término de la obra prevista en el Addendum N° 1.

Revisada la prueba documental, tampoco escapa a la atención que un gran número de los aumentos de obra –además de haberse aprobado tardíamente como consignan los peritos– no se instruyeron por el Mandante en un solo acto, sino que en varias instancias a lo largo de la ejecución de la obra, inclusive con posterioridad a la fecha de término del Contrato prevista en el Addendum N° 1.

A juicio de este Sentenciador, una instrucción de modificación, de aumento y/o disminución de obra comunicada y aprobada vencido el plazo contractual de entrega, genera –necesariamente– retrasos o demoras en la programación de la misma, puesto que conllevan plazos de ejecución que se iniciaron próximos a la fecha de término del Contrato, o bien derechamente, vencido el plazo contractual de entrega de la obra, lo que de suyo provoca un desplazamiento en la fecha de entrega.

Vigésimo Primero: Que las Minutas de Reunión de Obras N° 96, N° 94, N° 93 y N° 91 acompañadas por la Demandada y en las cuales se consigna el porcentaje de avance real de la obra y el número aproximado de días de atraso, no son suficientes para desvirtuar lo antes analizado, ya que a pesar de estar de acuerdo la Constructora que al 29 de enero de 2014 –fecha en la que se suscribió la Minuta N° 96– existía un atraso aproximado de 154 días en la ejecución de la obra, lo cierto es que a esa fecha aún estaba pendiente la respuesta del Mandante a la solicitud de aumento de plazo N° 4. Y más importante aún, se encuentra ampliamente acreditado en autos que, con posterioridad al 29 de enero de 2014, se instruyó la ejecución de una cantidad importante de modificaciones y/o aumentos de obra, que tornan indiferente el hecho que XX haya presentado un atraso al momento de ordenarse la ejecución de aquellas.

Ello, además, es congruente con la conducta desplegada por el Mandante tal como reconoció el representante legal de la Demandada, don V.K., quien a fs. 1.621 dijo que “no hay multas por atraso, nunca se propusieron multas y es lo contrario, se dijo que la intención de la Inmobiliaria era justamente que no hubiesen multas por atraso”.

Vigésimo Segundo: Que analizadas las obras instruidas con posterioridad a la fecha de término del Contrato prevista en el Addendum N° 1, se aprecia que algunas de ellas contemplan un plazo para su ejecución, y en otras se indica “aumento de plazo contractual en evaluación”, y que en todo caso, la aprobación o sanción del Mandante se otorgó cuando éstas ya se encontraban ejecutadas, según se desprende de los siguientes documentos privados no objetados: (i) por carta de fecha 17 de enero de 2014, enviada por XX a TR1, mediante la cual solicita la pronta aprobación de las obras extraordinarias ejecutadas y no pagadas. La referida carta contiene un listado de las obras en el cual se puede apreciar las obras que se encontraban ejecutadas y aquellas pendientes a dicha fecha; (ii) por solicitud de aumento de plazo de 11 de abril de 2014, la cual contiene en su Anexo A, un detalle de los trabajos adicionales ejecutados y pendientes de pago; (iii) por carta de fecha 13 de mayo de 2014, enviada por XX a TR1, la cual contiene en su anexo B, un listado de obras extraordinarias y adicionales ejecutadas a dicha fecha y pendientes de aprobación; (iv) por carta de fecha 7 de agosto de 2014 enviada por XX a TR1, mediante la cual hacen presente la

excesiva demora en la aprobación de las obras adicionales solicitadas por ZZ y que XX ha debido ejecutar los trabajos sin la formalización escrita de la aprobación. En el Anexo A se enumeran las obras adicionales ejecutadas y no pagadas; y (v) por carta de fecha 21 de octubre de 2014 enviada por TR1 a XX, mediante la cual aprueban las obras allí mencionadas y entregan las respectivas órdenes de cambio.

Lo confirma las declaraciones de los testigos de la Demandante señores N.J. (fs. 1.700), S.E. (fs. 1.751) y A.P. (fs. 1.783) y los testigos de la Demandada señores M.U. (fs. 1.800), S.Y. (fs. 1.860) y R.O. (fs. 2.032 quater) quienes están contestes en que muchas de las obras adicionales se ejecutaron inmediatamente de requeridas ya sea por arquitectura o por el Mandante, sin esperar que estuviesen sancionadas o aprobado el documento de cobro.

Que al no haberse sancionado en forma previa las obras adicionales, no pudo haber acuerdo entre las partes con respecto al plazo de ejecución de las mismas. En nuestro sistema jurídico, el plazo convencional puede ser expreso o tácito. Expreso es el plazo que las partes especifican, el que se establece en términos formales y explícitos, y tácito es el indispensable para cumplir la obligación y que resulta de la naturaleza de ella o de las circunstancias de la misma (Artículo 1.494 inciso 1° del Código Civil).

Aun cuando no se haya convenido un plazo para la ejecución de las modificaciones y/o aumentos de obra ordenadas con posterioridad a la fecha de término del Contrato, la Constructora disponía de un término indispensable para poder cumplir con dichas obligaciones de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1.494 inciso 1° del Código Civil. Corresponde, entonces, tener como plazos contractuales para cada una de sus ejecuciones el período en que, de hecho, fueron ejecutadas dichas obras.

Vigésimo Tercero: Que lo expuesto en los considerandos precedentes permiten a este Sentenciador concluir que las decisiones adoptadas por el Mandante en relación a las modificaciones y/o aumentos de obra –respecto de las cuales la Constructora no tuvo responsabilidad– desplazaron la fecha de término del Contrato, lo que justificaba una revisión y aumento del plazo programado de conformidad con el numeral 20 de las Bases Administrativas y Técnicas Generales.

El hecho que las cláusulas Sexta y 20 de las Bases Administrativas y Técnicas Generales estén redactadas en términos facultativos para el Mandante, no significa que puedan ejercerse arbitrariamente, pues ello vulneraría la buena fe contractual tal como fue analizado en el considerando Décimo. Con mayor razón si los motivos que hacen procedente la revisión y consecuente ampliación del plazo de construcción, son imputables a decisiones del Mandante.

A similar conclusión arriba el peritaje de PE, que justifica un mayor plazo de permanencia en obra de la Constructora por motivos de responsabilidad del Mandante.

Vigésimo Cuarto: Que a mayor abundamiento, las facultades conferidas a este Sentenciador también permiten arribar a la conclusión antes consignada, pues por mandato del Artículo 223 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, el Árbitro Arbitrador “fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le

dictaren". La doctrina nacional ha descrito la labor de los Árbitros Arbitradores de la siguiente forma: "Son los llamados a fallar sin sujeción estricta a las leyes y obedeciendo únicamente a lo que su prudencia y la equidad les dictaren." "El Arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada (...), declara y actúa 'la voluntad de la justicia natural', según los dictados de su propia conciencia. (...) Está facultado, por ejemplo, para admitir una compensación aunque no concurren los requisitos legales, proceder a una partición por vía de atribución sin preocuparse de formar los lotes de la manera que el legislador prescribe, no tomar en cuenta una prescripción adquisitiva o extintiva, aun de treinta años, etc." [Aylwin Azócar, Patricio; El Juicio Arbitral; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2005; p. 152]. En el mismo sentido, Carlos Ducci Claro: "El fin de la ley es hacer justicia y la equidad es la justicia referida a un caso concreto. Por lo tanto, todo fallo y la interpretación en que se fundamenta deben ser justos y equitativos", por ello agrega que: "El Juez debe buscar la solución más justa, la más justa entre todas las posibles." [Ducci Claro, Carlos; Derecho Civil. Parte General; Santiago, 1995; p. 93.].

Vigésimo Quinto: Que establecida la existencia del incumplimiento contractual, procede pronunciarse sobre las indemnizaciones de perjuicios por concepto de sobrecostos asociados al aumento en el plazo de construcción de las obras. Al respecto, XX demanda los siguientes perjuicios: **(i)** gastos generales reales al 31 de diciembre de 2014 por la suma de \$692.593.058; **(ii)** intereses por mayores gastos generales por la suma de \$55.592.514; **(iii)** consumos por la suma de \$42.569.078; **(iv)** intereses por consumo por la suma de \$3.327.961; **(v)** costo de mano de obra propia por la suma de \$399.750.525; **(vi)** extensión de subcontratos por la suma de \$408.825.671; **(vii)** intereses por mayor costo directo por la suma de \$20.986.634; y **(viii)** utilidad sobre costo directo (7.743%) por la suma de \$62.608.055.

Vigésimo Sexto: Que en lo atinente a los gastos generales, tal como se indica en el considerando Vigésimo, su procedencia se encuentra regulada expresamente en la cláusula Octava del Contrato en relación con el numeral 12 de las Bases Administrativas y Técnicas

De esta manera, para proceder al pago de los gastos generales en caso de modificaciones de obra, éstas deben superar el 20% del valor del Contrato, o bien se debe ver afectada la ruta crítica según la programación entregada por el Contratista.

Al haberse constatado que las obras adicionales no superan el 20% del valor del Contrato, resta por determinar si afectaron la ruta crítica.

Al respecto, la pericia de PE es categórica al concluir que los antecedentes disponibles en autos no permiten determinar la forma en la que van cambiando las actividades que definen la ruta crítica, y el impacto en el plazo total de la obra que cada situación produce al momento de su ocurrencia. En consecuencia, al no poderse determinar si las obras adicionales afectaron la ruta crítica, no procede indemnizar los gastos generales.

A mayor abundamiento, tampoco se acreditó la existencia de los gastos generales demandados, según se desprende del análisis efectuado en el informe pericial. En él, el PE constata que: "La evaluación de mayores

gastos generales presentada por la Constructora, corresponde a los supuestos gastos reales hasta diciembre de 2014. No obstante, el respaldo presentado no puede validarse por las siguientes observaciones:

- Considera gastos incurridos de acuerdo a su costo real, sin utilizar los precios de la oferta.
- Se señala la fecha de generación de la factura o del documento de respaldo que corresponda, pero no se cuenta con la fecha en que se devengó el gasto.
- En algunos casos es discutible si lo presentado forma parte del gasto general, de acuerdo a los criterios establecidos en la oferta”.

Vigésimo Séptimo: Que en relación a los perjuicios por mayores costos directos, por consumos de servicios básicos, la cláusula Novena del Contrato, regula que durante la obra y hasta su recepción provisoria, los gastos por los consumos de agua potable y electricidad eran de cargo exclusivo del contratista.

Según señala el peritaje PE, los respaldos presentados por XX suman \$18.123.127 y no el total reclamado ascendente a \$42.569.078. Expone que no obstante, al revisar el anexo de gastos generales, se constata que éste incluye los consumos pero indica un valor \$0 para ellos, por lo que se presentan dos posibles escenarios: **(i)** dado que los consumos se encuentran contenidos como concepto en el detalle de gasto general, ya se encuentran compensados en el monto calculado para éste; y **(ii)** dado que indican monto \$0 en dicho detalle, no pueden considerarse incluidos.

Considerando lo dispuesto en la cláusula Novena antes citada, los consumos no pueden considerarse incluidos en los gastos generales, motivo por el cual se validará el monto de \$18.123.127 que ha sido respaldado por XX y validado por PE.

Vigésimo Octavo: Que XX también reclama mayores costos por mano de obra directa ascendentes a \$399.750.525. Al respecto, el informe pericial señala que lo reclamado corresponde a la totalidad de la mano de obra gastada en el período septiembre 2013 abril 2015, lo que –en opinión del perito– carece de sustento técnico, pues independiente de que pueda justificarse una extensión de plazo por motivos de responsabilidad del Mandante hasta noviembre 2014, se puede afirmar que todo proyecto de construcción puede requerir una mayor cantidad de recursos que los estimados inicialmente, los que se pueden atribuir al Contratista y Mandante, distribución que depende de la gestión de cada parte y los respectivos riesgos asumidos.

En razón de ello, el PE dirige la pericia a determinar el mayor costo relacionado a la pérdida de productividad de la mano de obra directa producto de los cambios de proyecto generados por el Mandante. Que según señala el peritaje PE, se entiende como productividad en la industria de la construcción, al indicador que relaciona la cantidad de recursos utilizados (horas-hombres) con la cantidad de obra producida. Expone el referido informe que la pérdida de productividad laboral en obras de construcción, “es definida como un incremento de costos en la ejecución de una obra, producto de un cambio de las condiciones, recursos o procesos, estimados o planificados inicialmente por la Constructora. La productividad laboral puede verse afectada por varios factores que alteran la eficiencia del desarrollo del trabajo, incluyendo: cambios de proyecto; interferencias; demoras o atrasos; alteración de la secuencia constructiva; paralizacio-

nes y aceleraciones. Estos factores pueden causar a la Constructora reasignación de trabajadores, recursos ociosos, ineficiencias por sobrepoblación de trabajadores en una misma área de trabajo, bajos rendimientos; todo lo cual produce una disminución de la productividad estimada (sin esas situaciones presentes), y por consiguiente un aumento de los costos asociados a la producción”.

Recalca a continuación que: “Casi todos los cambios en proyectos de construcción tienen algún efecto en los costos y plazos del proyecto. Existen generalmente dos categorías:

- 1.- El costo y plazo directo para la ejecución del cambio (trabajo adicional, materiales y equipos).
- 2.- El impacto que el cambio puede tener sobre las obras no cambiadas o los trabajos originalmente contratados, debido a atrasos, interrupciones, cambios de la secuencia constructiva, falta de recursos”.

Y añade: “Para ejecutar los cambios, puede ser necesario interrumpir o atrasar las obras que no han sufrido modificaciones, o realizarlos de una manera o secuencia diferente a la originalmente planteada, todo lo cual puede producir una pérdida de productividad laboral y un incremento de los costos”.

Que para la cuantificación de este concepto, se ha estimado por el PE que en la obra se empleó un total de 498.265,81 Horas-Hombre (H-H) en la ejecución del proyecto original, y luego de describir circunstancialmente el método y las variables empleadas para su cálculo, se concluyó que la pérdida de productividad laboral asociada a las modificaciones de responsabilidad del Mandante, es de un 13,52% del total de H-H empleadas, valorizando finalmente dicha pérdida de productividad laboral en la cantidad de UF 9.428,89, monto que este Sentenciador tendrá por acreditado como mayores costos por mano de obra directa.

Vigésimo Noveno: Que en relación a los sobrecostos otorgados, cabe anotar que el hecho de tratarse de un contrato a suma alzada, esto es, aquél por el cual se conviene la construcción de una obra determinada dentro de un plazo y precio prefijado, no significa que el contratista asuma dentro del precio acordado los efectos de los incumplimientos del mandante de la obra. Al efecto, nuestra Corte Suprema ya ha sostenido que la circunstancia de ser un contrato a suma alzada el celebrado por las partes, no puede conllevar que el contratista deba asumir los riesgos o mayores costos cuando ellos sean imputables al actuar negligente del mandante [Corte Suprema, Rol 375-2013, considerando décimo cuarto].

Trigésimo: Que la Demandante también reclama los mayores costos incurridos por la extensión de la vigencia de los subcontratos, los que totalizarían \$408.825.671. Al verificar este ítem, el PE no pudo validar los perjuicios demandados por XX por las siguientes consideraciones: **(i)** no se justificó la forma en que se determinaron los costos reclamados; **(ii)** dentro de los antecedentes proporcionados por XX, no se encontraron registros que respalden que los gastos generales de subcontratos reclamados hayan sido efectivamente cancelados ni la mayor permanencia de éstos; **(iii)** el marco contractual no considera pago de gastos generales de los subcontratos por extensiones de plazo de responsabilidad del mandante, ni en el presupuesto de obra se identifican gastos generales de los subcontratos; y **(iv)** en términos generales, la estructura de subcontratación y la distribución de riesgos que se realiza entre la Constructora y sus subcontratos, es definida por ésta. Atendido el análisis efectuado por los peritos, y la prueba rendida en autos, lo cierto es que la Demandante no acreditó en autos los perjuicios por mayores costos incurridos por la extensión de la vigencia de los

subcontratos. Tal como se señaló, siendo la regla en nuestro sistema jurídico que no existe responsabilidad civil sin daño, no se dará lugar a esta petición.

Trigésimo Primero: Que al no haberse concedido indemnización de perjuicios por los conceptos de mayores costos por mano de obra directa y extensión de los subcontratos, no procede pronunciarse acerca de la petición de XX de indemnizar la utilidad que correspondería por dichos conceptos.

Trigésimo Segundo: Que entre los sobrecostos asociados al aumento en el plazo de construcción de las obras, XX incluyó intereses por mayores gastos generales, intereses por consumos e intereses por sobrecosto de mano de obra y la extensión de los subcontratos. Como es evidente, sólo cabe discernir su eventual procedencia cuando existen perjuicios que este Árbitro ya ha determinado que ZZ debe pagar, y que son únicamente, los consumos.

Al respecto, debe recordarse que las obligaciones de dinero devengan interés desde que el deudor queda constituido en mora. No habiéndose estipulado un interés convencional, corresponde aplicar intereses legales conforme lo dispuesto en los Artículos 1.557 y 1.559 del Código Civil.

Trigésimo Tercero: Que en lo que respecta a la procedencia, valor y pago de las obras adicionales –que la Demandante denomina extraordinarias–, el informe pericial señala que el “Listado de Obras Extras” presentados por XX incluye 6 disminuciones y 155 aumentos de obra y obras extraordinarias, además de la Obra Extra N° 53 de la cual no se tiene registro de presentación, pero sí de aprobación.

A continuación clasifica los 155 aumentos de obra según su estatus, resultando que 79 aumentos de obra se encuentran aprobados por el Mandante, y 53, rechazados; 22 no presentan respuesta, y 1 fue anulada.

Con respecto a los 79 aumentos de obra aprobados, el PE efectúa el siguiente análisis comparando los valores presentados por XX (última presentación) y el monto aprobado por ZZ a través de órdenes de cambio: 3 obras fueron aprobadas sobrevaloradas, 18 fueron aprobadas con el mismo monto, y 58, subvaloradas (Tabla N° 9). A continuación indica: “No se han proporcionado antecedentes que respalden lo que XX reclama en cuanto a que el valor que el Mandante aprueba, subvalora la obra presentada. No se cuenta con respaldos de los rendimientos, cubicaciones o precios unitarios que habrían sido descontados improcedentemente. Por tanto, no puede validarse lo indicado”.

Expone que se verificó que existen 76 aumentos de obra y obras extraordinarias que no han sido pagadas por un monto de UF 5.904,43 (Tabla N° 10), además de la “Obra Extra N° 53”, la cual fue aprobada mediante orden de cambio 196 con un monto ascendente a UF 95,99.

Concluye de lo anterior, que el monto adeudado por obras extraordinarias aprobadas y no pagadas asciende a UF 6.000,42.

Respecto de los aumentos rechazados, indican: “los antecedentes disponibles no son suficientes para demos-

trar su procedencia. XX no ha proporcionado nueva documentación sobre este tema durante el desarrollo del Peritaje”.

En cuanto a las 22 presentaciones sin respuesta por parte de ZZ, el PE validó la procedencia de 5 obras (Tabla N° 13), pero indicó que bien es posible validarlas, no existe respaldo para la cantidades, recursos y precios presentados, por lo que no puede validarse el monto.

Cabe consignar, que este Árbitro decretó una complementación del informe pericial, en cuanto a la valoración de las obras extraordinarias rechazadas por el Mandante, de las obras extraordinarias respecto de las cuales el Mandante omitió pronunciamiento y fueron validadas por el PE, y de las obras extraordinarias subvaloradas por aquél.

Que en el complemento al Informe Pericial, el PE indicó que para el desarrollo de la complementación se consideró la siguiente metodología: “Análisis de respaldos que validen la existencia de aumentos de obra y obras extraordinarias; y Análisis de respaldos de cubicaciones y precios de aumentos de obra y obras extraordinarias”.

Se indica por los peritos que parte de las 116 obras analizadas como complemento al Informe Pericial (Tabla N° 2), se encuentran consideradas en el monto de obras aprobadas y adeudadas, indicadas en la Tabla N° 11 “Resumen del monto adeudado por concepto de obras extraordinarias aprobadas y no pagadas” del Informe Pericial, con una valorización original de UF 2.186,27 que corresponde reemplazar por UF 2.728,80.

Sin embargo, de la lectura del complemento al Informe Pericial, se aprecia que los peritos no expresan los fundamentos de sus conclusiones, ni describieron las operaciones realizadas que los llevaron a incrementar la valorización en UF 542,53. En razón de ello, y considerando que la prueba pericial debe ponderarse conforme a las reglas de la sana crítica –que no son otras que aquellas constituidas por la lógica y las máximas de la experiencia–, este Sentenciador desechará el monto determinado en el complemento al Informe Pericial.

En consecuencia, procede que ZZ pague las obras extraordinarias aprobadas y no canceladas establecidas en la Tabla N° 11 del Informe Pericial, y que ascienden a UF 6.000,42.

En cuanto al perjuicio financiero demandado por dicho retardo, y según se estableció en el considerando Trigésimo Primero, dichas sumas devengarán únicamente intereses legales.

Trigésimo Cuarto: Que la Demandante también solicita se declare incumplido el Contrato por retraso en el pago de los Estados de Pago y que se le indemnicen los perjuicios ocasionados por dicho retraso. Al respecto, XX alega que el atraso entre la emisión de la factura y su pago excedió con creces los 10 días establecidos en la cláusula Quinta del Contrato, superando en muchos casos los 30 días e incluso, los 90.

Que la Demandada se defendió indicando que gran parte de los atrasos se debieron al actuar de la ITO y a la aplicación práctica que hicieron las partes con respecto al mecanismo de pago. Sin embargo, nada de lo expuesto por la Demandada aparece corroborado por otro antecedente, salvo por unas planillas de pagos de obra acompañadas en el escrito de fs. 989 y que obedecen a lo que en doctrina se conoce como "documentos unilaterales", los que carecen de valor probatorio, en especial, cuando el documento privado no procede del demandado en contra de quien se hace valer, sino que de la propia parte que pretende beneficiarse con su contenido. Como es sabido, en materia civil rige el principio que nadie puede confesionarse su propia prueba.

Que el retraso en el pago de las facturas se encuentra acreditado con las declaraciones de dos testigos contestes, legalmente examinados y que dieron razón de sus dichos. Don S.E. (fs. 1.751) quien supervisaba el proceso de facturación, y quien relató que el plazo de 10 días establecido en el contrato para pagar los estados de pago una vez que éstos eran sancionados y emitidos mediante la facturación respectiva, no se respetó en la práctica. También, con los dichos de don A.P. (fs. 1.783) quien indica no saber si el mandante se retrasó, pero sí que el pago de los estados de pago normales, en promedio, tardaron no menos de treinta días. Lo anterior queda corroborado con la prueba pericial en la que se constató la existencia de una demora en el pago de los estados de pago.

En consecuencia, se tendrá por acreditado el incumplimiento alegado. Para el cálculo del perjuicio producido por dicho incumplimiento, el informe de PE utilizó los siguientes criterios:

- "Las fechas de presentación de las facturas se han obtenido de los correos electrónicos proporcionados por ZZ.
- Las fechas de pago de los estados de pago se han obtenido de los documentos bancarios presentados por ambas partes.
- El monto del estado de pago ha sido obtenido de las facturas presentadas por ambas partes.
- Su proceso de aprobación se regula de acuerdo a los términos contractuales en lo siguiente:

El Contratista debe presentar su factura y el pago se debe efectuar dentro de los 10 días siguientes. Si no se paga oportunamente dentro de los 30 días desde la emisión de la factura, se comienza a aplicar interés.

Por tanto en desde el día 30 posterior a la presentación de la factura, podrían considerarse intereses por no pago oportuno.

- Como tasa de interés se utiliza la tasa de interés máximo convencional para operaciones no reajustables inferiores o iguales a UF 5.000, obtenida de los datos publicados por la SBIF.
- Dicha tasa se convierte a un valor diario, el que se aplica al monto total de la factura, por el período de atraso determinado (se calcula el interés hasta la fecha de pago real de la factura)".

Del referido análisis, los peritos calcularon que el interés por no pago oportuno de los Estados de Pago asciende a \$14.842.593. (Tabla N° 23).

Cabe anotar que el Contrato establece, en su cláusula Cuarta, que en el caso de retraso en los pagos superiores a 30 días corridos, el Mandante deberá pagar al Contratista intereses penales. Al no especificar

el Contrato cuales serían dichos intereses penales, debe interpretarse que las partes no pactaron un interés convencional, y por ende, corresponde aplicar intereses legales en conformidad al Artículo 1.559 del Código Civil.

Que al haberse aplicado por el PE el interés máximo convencional para el cálculo contenido en la Tabla N° 23, este Sentenciador no puede validar los perjuicios determinados en dicho informe. No obstante ello, el análisis contenido en la referida Tabla es correcto, debiendo reemplazarse para la correcta determinación de este perjuicio, la columna "Tasa de Interés máximo convencional montos no reajustables" por los intereses legales, lo que arroja un perjuicio de \$8.122.901.

Trigésimo Quinto: Que, por último, la Demandante solicita se declare incumplido el Contrato por la negativa injustificada de ZZ a otorgar la recepción provisoria del Edificio. Sostiene que la Demandada abusó de sus facultades contractuales al negar la recepción provisoria de las obras atendido que las labores pendientes no podían ejecutarse únicamente debido a su falta de diligencia. Indica que en el mes de junio de 2014, quedaban principalmente pendientes: **(i)** labores de prueba de equipos que requerían contar con la energización definitiva del Edificio, las que estaban con atrasos considerables por negligencia del Mandante; y **(ii)** la instalación de válvulas de control de los caudalímetros postergadas a una etapa posterior por la propia decisión de ZZ. Expresa que los motivos por los cuales se rechazó la recepción provisoria son improcedentes y desconocen los acuerdos tomados por las partes.

Es un asunto pacífico entre las partes que, con fecha 9 de junio de 2014, XX solicitó la recepción provisoria de las obras, y que el 24 de julio de 2014, la ITO comunicó mediante un correo electrónico que la recepción enviada en junio perdió validez al no haberse subsanado las observaciones en el plazo de 20 días.

Consta en el correo electrónico de 24 de julio de 2014 enviado por la ITO a la Constructora que, a esa fecha, se encontraban pendientes: **(i)** la subsanación de las observaciones del arquitecto; **(ii)** la entrega de los caudalímetros y válvulas de control en todas las oficinas; **(iii)** la entrega de los 4 ascensores funcionando; **(iv)** pruebas de funcionamiento; y **(v)** la entrega de los planos as built con las observaciones de la ITO resueltas.

Se encuentra ampliamente acreditado en estos autos que, al momento de solicitarse la recepción provisoria de la obra, el Edificio no contaba con energía eléctrica –la que se obtuvo con fecha 14 de junio de 2014–, que los ascensores no se encontraban funcionando, y que no se habían entregado instalados los caudalímetros. Así lo demuestran los siguientes documentos privados no objetados: **(i)** correo electrónico de fecha 2 de julio de 2014 en el que la Constructora le informa a la ITO que la entrega de energía definitiva ocurrió el día 14 de junio del mismo año; **(ii)** carta de fecha 28 de julio de 2014 enviada por la ITO a la Constructora en la que se adjunta Informe de Ascensores, de fecha 23 de julio de 2014, documento que da cuenta que los ascensores no se encontraban funcionando a dicha fecha; **(iii)** Informe N°5 de TR7 e informes emitidos por dicha empresa con fecha 4 y 26 de agosto de 2014 y 30 de septiembre de 2014, que dan cuenta de observaciones detectadas en la revisión de ascensores; **(iv)** Copia de Acta de entrega de ascensor N° 1, N° 3 y N° 4, todas de 6 de octubre de 2014, que acreditan que recién en esa fecha el Edificio contó con ascensores operativos; **(v)** guía de despacho N° 037863, de fecha 30 de julio de 2014 emitida por la

TR20 dando cuenta de la recepción de los caudalímetros; y (vi) carta de fecha 25 de julio de 2014 enviada por la ITO a la Constructora en la que se indica la falta de instalación de accesorios fundamentales para la lectura del sistema de climatización.

Que nada de lo expuesto por XX en cuanto a que existiría un acuerdo entre las partes para postergar la instalación de los caudalímetros aparece corroborado por otro antecedente que no sea la declaración testimonial del señor H.O. (fs. 1.679), la que se contradice con lo declarado por la testigo de ZZ, señora B.M. (fs. 1.914) y con lo declarado por el representante legal de la Demandada, don V.K., quien contestando si hubo una solicitud de la inmobiliaria o de la ITO de que no se instalaran los caudalímetros que habrían estado en obra para evitar robos, pérdidas, deterioro, sino con posterioridad, indicó a fs. 1635 "No, no es efectivo, no es efectivo, eso es una postura que tuvo XX para justificar que no los había colocado y dijo que un miembro de TR1 habría dicho que no le instalaran los caudalímetros, lo cual obviamente no es verdadero". Por ende, no se puede tener por probado lo alegado por XX.

En cuanto a la alegación de XX que la conexión a la red pública de electricidad se retrasó por causas imputables al Mandante, efectivamente, de la prueba rendida en autos se aprecia que transcurrieron poco más de dos meses entre que se presentó el presupuesto definitivo a TR2 y el pago del mismo por parte del Mandante, y que posteriormente a ello, hubo modificaciones al diseño del transformador.

Sin embargo, la falta de conectividad a la red pública de electricidad no fue lo único que incidió en que el Edificio no fuese recepcionado el 9 de junio de 2014, pues aun cuando se hubiese contado con energía definitiva antes, las pruebas de los equipos de climatización tampoco se podrían haber efectuado considerando que éstos recién se recepcionaron en TR20 con fecha 30 de julio de 2014, y comenzaron a instalarse en agosto de 2014.

Trigésimo Sexto: Que lo expuesto en el considerando precedente, con los demás antecedentes que obran en el proceso, permiten a este Sentenciador concluir que la negativa de ZZ a otorgar la recepción provisoria solicitada con fecha 9 de junio de 2014, se encontraba plenamente justificada a esa fecha.

Sin embargo, en los hechos el Edificio se encuentra concluido, en funcionamiento, y sus locales y oficinas siendo utilizados y ocupados por los distintos propietarios y arrendatarios desde fines del año 2014 a la fecha. Así lo pudo constatar este Árbitro en la diligencia de inspección personal del Tribunal, efectuada con fecha 11 de diciembre de 2014, en cuya acta se consignó que el Edificio se encuentra terminado y en proceso de habilitación de algunas oficinas. Y lo confirman las diversas escrituras de compraventas y contratos de arriendo acompañados en el cuaderno de medida precautoria que acreditan el uso que el Mandante está haciendo del Edificio, además de la prueba testimonial rendida por la propia Demandada en la que don R.O. (fs. 2.032 quater) dice "la obra tiene observaciones, pero la obra se está ocupando, o sea hay una cantidad grande de oficinas, funcionan los ascensores, tienen clima, se está ocupando...Siempre hay recepción provisoria y después aparece la recepción municipal y aparecen los clientes, esto que no tenga recepción provisoria y estén los clientes no es muy habitual, si me preguntan si podría considerar que el edificio está recibido, sí, el edificio está terminado".

En consecuencia, no se justifica las retenciones contractuales que mantiene hasta la fecha el Mandante, al igual que la Boleta de Garantía N° 00, extendida por el Banco BO, de un valor de UF 26.030, 25, por concepto de garantía de fiel cumplimiento del Contrato, las que deben ser restituidas a la Constructora.

Trigésimo Séptimo: Con respecto a las retenciones contractuales, cabe consignar que el informe pericial verificó a través de los Estados de Pago el detalle de retenciones acumuladas al veinticinco de mayo de dos mil catorce (Estado de Pago N° 24, último disponible), el que asciende a UF10.937, 08. No obstante ello, el monto reclamado por este rubro por XX se limitó a \$263.296.354, suma a la que este Árbitro deberá sujetarse.

Trigésimo Octavo: Que en cuanto a la Boleta de Garantía, se encuentra acreditado que por resolución de fecha 24 de noviembre de 2014, el Juzgado Civil de SC decretó como medida prejudicial precautoria la prohibición de celebrar actos y contratos sobre la Boleta de Garantía singularizada, la que fue notificada al Banco BO con fecha 25 de noviembre del mismo año.

Cabe anotar que ZZ ha negado tener en su poder dicha Boleta de Garantía, y no se encuentra acreditado en autos si ésta está en poder de la Demandada o del emisor, Banco BO, en cuyo caso se deberá oficiar a la mencionada institución bancaria para que proceda a su restitución.

Lo anterior, sin perjuicio de que XX –como ella misma ha reconocido– deba otorgar la correspondiente boleta de garantía de Post Construcción, en conformidad a lo dispuesto en el numeral 8 letra c) de las Bases Administrativas y Técnicas Generales.

Trigésimo Noveno: Que adicionalmente XX demanda los costos asociados a la renovación “improcedente” de la boleta de garantía, los que avalúa en UF 67,48. Para que dicha indemnización sea procedente, la Demandante debió acreditar que se había otorgado la recepción provisoria en conformidad a lo dispuesto en el numeral 8 letra c) de las Bases Administrativas y Técnicas Generales, o bien que existían los supuestos para que se otorgara la misma. Atendido lo señalado en el considerando Trigésimo Sexto y no habiendo XX acreditado que a la fecha en que se le solicitó la renovación de la Boleta de Garantía se cumplían los supuestos de la recepción provisoria, hipótesis en la que podría estimarse improcedente tal renovación, deberá rechazarse tal concepto.

Cuadragésimo: Que finalmente resulta necesario puntualizar que atendidas las características de los conceptos demandados por XX, a fin de determinar su procedencia y cuantificación, la prueba por excelencia de estos autos es, sin duda, el informe pericial, medio probatorio a través del cual se busca explicar en forma razonada determinados hechos. Y para la apreciación de este tipo de prueba, el Artículo 425 establece que “los Tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”. Si bien el sistema de valoración de la sana crítica confía al Juez valorar la prueba, siempre habrá de hacerlo de acuerdo a criterios racionales.

En la especie, este Sentenciador ha indicado cuando las conclusiones del informe pericial de PE no parecen

suficientemente fundamentadas, o bien cuando son contradictorias con otros medios de prueba aportados al proceso, y ha validado las conclusiones de dicho informe cuando éste ha aportado elementos objetivos para una decisión racional de la controversia.

Respecto de la Demanda Reconvencional:

Cuadragésimo Primero: Que en relación con la demanda reconvencional, corresponde detenerse en la primera petición de ZZ consistente en ordenar el cumplimiento del contrato de construcción a suma alzada y, en consecuencia, que sean reparados los ítems que no fueron confeccionados acorde al Contrato.

Por su parte, XX negó incumplimiento alguno y se defendió alegando que los defectos de construcción no existen, son improcedentes o no constituyen defectos propiamente tales y que tanto el Edificio como las obras reclamadas por ZZ están construidos conforme al Contrato, a sus especificaciones técnicas y a las normas del buen construir.

Cuadragésimo Segundo: Que en consecuencia, corresponde determinar si las obras reclamadas por ZZ fueron construidas en conformidad al Contrato y a sus especificaciones técnicas.

Respecto a las escaleras, se encuentra acreditado en autos que existen deficiencias constructivas, en especial, en dos entresijos. Así lo demuestran el Informe de TR16 al que ya se hizo referencia, el Informe Técnico de levantamiento topográfico de cajas escalas del Edificio TR, confeccionado por la empresa TR15, y los dichos de los testigos señores N.F. (fs. 1.818), T.C. (fs. 2.078) y N.G. (fs. 2.088), respectivamente, además de lo observado por este Árbitro en la diligencia de inspección personal del Tribunal.

En concreto, el Informe de TR16 indica que existen gradas de distintas alturas y variaciones de ellas en el sentido transversal y una peligrosa terminación con chaflán que incumple el diseño según planos de arquitectura.

Por su parte, el Informe Técnico de levantamiento topográfico indica que los resultados de las mediciones arrojaron desniveles, variaciones de geometría y diferencias con respecto a las especificaciones técnicas en las medidas del largo, huella y contra-huella de las gradas. Señala que el entresijo 14-15 de la caja escala oriente es el que presenta mayor discrepancia geométrica y de nivel en relación al proyecto, con valores de hasta 4 cm de diferencia en la vertical y variaciones geométricas de hasta 3.3 cm en la horizontal. A continuación indica, en porcentaje, la cantidad de gradas que están por fuera de lo definido por el proyecto por +/- 1 centímetro o más, medida arbitraria de referencia. Corrobora estas observaciones, los dichos de su autor señor N.G. quien indicó que el estudio arrojó diferencias importantes, principalmente en el piso 14-15, donde registraron variaciones de pendiente del orden del 3%, lo cual está fuera de norma con las reglas que existen en el mercado, por ejemplo, el valor de tolerancia de la Cámara Chilena de la Construcción, que permite para este tipo de losas, un 0,5.

Por otro lado, en la diligencia de inspección personal del Tribunal, se constató que en las escaleras que

unen el piso 12 con el 13 del Edificio, hay fallas en la nivelación de huellas y de diferencia de altura de las contra-huella.

Que no habiéndose acreditado fehacientemente el margen de tolerancia que a este respecto contempla la Cámara Chilena de la Construcción, y que la medida de +/- 1 centímetro utilizada en el Informe Técnico de levantamiento topográfico, fue una medida arbitraria de referencia como el mismo informe consignó, se tendrá por acreditado que existen deficiencias constructivas y discrepancias en relación a las especificaciones técnicas, únicamente donde se observan las mayores diferencias geométricas, esto es, entre los entresijos 12-13 y 14-15.

En cuanto al piso del hall de acceso, el Informe de TR16 observa una mala ejecución de colocación de palmetas de granito, el empleo de material de mala calidad, con resaltes o diferencias de niveles entre palmetas, palmetas con roturas y desajustes notorios. Por su parte, el testigo don R.O. (fs. 2.032 quater) relató que el granito del piso al principio tenía un tono parejo, pero que se solicitó reemplazar unas palmetas que estaba más levantadas, y cuando trajeron las nuevas piedras eran totalmente diferentes y estaban justo en la puerta de acceso. También indicó que tuvieron que arreglar la puerta porque quedó tan mal puesto el granito reparado que se abría la puerta de la mampara Protex y topaba en el granito. Cabe anotar, que los mencionados defectos no fueron observados por el Tribunal en la diligencia de inspección personal, a excepción de una palmeta de granito con imperfecciones.

En lo que dice relación al muro cortina, el Informe de TR16 observa que el revestimiento de fachada en Alucobond presenta tonos desiguales y desaplomes notorios, que los cristales del muro cortina presentan distintas coloraciones, y que las juntas de sello con silicona presentan distintos grosores. Cabe anotar, que la diferencia en las tonalidades es un tema netamente subjetivo, y al no haberse especificado un margen de tolerancia, este Sentenciador no tiene los elementos para determinar si existe algún incumplimiento por parte de la Constructora a este respecto.

En lo concerniente a los pilares de acceso en el hall, el Informe de TR16 observa una unión en sentido vertical en la base contrario a lo indicado en las especificaciones técnicas, las cuales se indican como notorias, abolladas o disparejas, además de apreciar un bruñido mal ejecutado. Por otro lado, en la diligencia de inspección personal del Tribunal, se constató defectos en el acabado de uno de los pilares que flanquean la puerta de acceso del Edificio.

Con respecto a las puertas, los muros desaplomados, sobrelosas y yesos, los radiers, la pintura, y la climatización, según se analizará a propósito de la petición de indemnizar el resto de los perjuicios ocasionados, éstas ya fueron reparadas por la Inmobiliaria.

Finalmente, en cuanto a los ascensores, de la prueba rendida no se aprecia que éstos se hayan ejecutado en contravención a las especificaciones técnicas.

Cuadragésimo Tercero: Que a solicitud de XX, uno de los puntos que abordó el informe de PE fue la efecti-

vidad de haber cumplido la Constructora con las especificaciones técnicas y las normas del buen construir en relación a las obras reclamadas por ZZ. Al respecto, la pericia concluye: "No obstante para algunas de las observaciones indicadas en los documentos anteriores, la responsabilidad de XX podría ser discutible y determinarla hubiese requerido de estudios o registros oportunos que no se realizaron... y algunas observaciones están sujetas a criterios subjetivos (por ejemplo, diferencia de tonalidades cuando no se ha especificado una tolerancia), se constata que otras sí corresponden a defectos de ejecución. Además dentro de la visita de reconocimiento del edificio realizada el día seis de octubre de dos mil quince, se observó por parte de PE, escaleras con diferencia de niveles y geometrías, piso hall con defectos en el mármol, diferencia de tonalidad en muro cortina apreciable simple vista y puertas con terminaciones deficientes". Sin embargo, la referencia a la diferencia de tonalidad observada, además de no especificarse en extensión o alcance, no señala si se encuentra dentro de la tolerancia aceptable referida en el considerando Cuadragésimo Segundo.

Asimismo, la pericia no señala específicamente cuáles obras son las que presentan defectos de ejecución y en qué consisten los mismos.

Cuadragésimo Cuarto: Que lo expuesto en los considerandos precedentes, con los demás antecedentes que obran en el proceso, permiten a este Sentenciador concluir que los ítems escalera, piso del hall de acceso y acabado de pilar de hall de acceso tienen defectos constructivos. En consecuencia, procede que la Demandada Reconvencional cumpla con el Contrato, y: (i) repare los entrepisos 12-13 y 14-15 de las escaleras; (ii) se reemplace o repare la palmeta de granito que presenta imperfecciones en el piso del hall de acceso; y (iii) repare los defectos en el acabado del pilar de acceso en el hall.

Cuadragésimo Quinto: Que la segunda petición de ZZ, es que se condene a XX a indemnizar por la suma equivalente en pesos a 21.874,158 UF, por concepto de multas por atraso pactadas en la cláusula Séptima del Contrato, y que corresponden a su tope del 10% del monto del Contrato, o al mayor valor que se determine en el transcurso de este juicio, si el valor del Contrato llegara a sufrir incrementos por motivo de aumentos de obras u obras extraordinarias.

La cláusula Séptima del Contrato señala "la aplicación de multas y sus montos serán los definidos en las Bases Administrativas de Licitación". Por su parte, estas últimas establecen en su numeral 15 "el retraso en la entrega de las obras en la fecha contratada, en conformidad a lo dispuesto en los Artículos N° 33 y N° 34, dará derecho al Propietario a cobrar al Contratista una multa del 1%00 (uno por mil), con tope máximo del 10% del monto neto del Contrato todo ello sin perjuicio de que tal multa es independiente y adicional a cualquier indemnización que reciba el Propietario al hacer efectiva una garantía contractual".

Como se analizó a propósito de la demanda principal, la mayor permanencia de XX en las obras se encuentra justificada en virtud de las obras adicionales instruidas con posterioridad a la fecha de término pactada en el Addendum N° 1.

Cuadragésimo Sexto: Que para determinar la extensión de la permanencia de XX en las obras, este Sen-

tenciador no puede validar la fecha propuesta por el peritaje de PE -30 de noviembre de 2014-, pues dicho peritaje toma como base para el mencionado cálculo la fecha en la que las obras adicionales fueron aprobadas o sancionadas por el Mandante más el plazo de ejecución asociado a las mismas, método que no es consistente con otras probanzas rendidas en el juicio, en especial, con las enumeradas en el considerando Vigésimo Segundo, que acreditan que las obras adicionales se ejecutaron sin esperar que estuviesen sancionadas.

Ejemplo de ello, es la obra N° 139 "Apoyo de Transformador" tomada por el PE para justificar en su informe un mayor plazo de permanencia de la Constructora hasta el 5 de noviembre de 2014, en circunstancias que dicha obra ya aparecía como ejecutada en la solicitud de aumento de plazo de fecha 11 de abril de 2014 formulada por la Constructora.

Cuadragésimo Séptimo: Que al no poder validar la cuantificación de mayor plazo efectuada por los peritos por la inconsistencia anotada, corresponde analizar la prueba rendida en autos para determinar el aumento en el plazo de construcción de las obras.

El anexo B contenido en la solicitud de aumento de plazo de 11 de abril de 2014 demuestra que, a esa fecha, trece obras adicionales estaban pendientes de sanción y sin ejecutar por la Constructora. De ellas, la más relevante es la "O.E.72, Pozo de Infiltración", que comprendía la perforación de un pozo cuya profundidad dependería de pruebas de infiltración.

La mencionada obra fue encargada por el Mandante con posterioridad al 10 de septiembre de 2013, fecha de término de las obras prevista en el Addendum N° 1, según lo demuestran la "Solicitud de Obra Extraordinaria N° 72" de fecha 4 de octubre de 2013, Nota en Libro de Obra N° 28, Folio 010 de fecha 4 de octubre de 2013 y Minuta de Reunión de Obra N° 100. Su aprobación y sanción se otorgó sólo con fecha 21 de octubre de 2014, según se desprende de la carta enviada por TR1 a XX, de la misma fecha.

De la prueba documental rendida, se puede establecer que la cronología de los trabajos asociados a dicha obra fue la siguiente: **(i)** el día miércoles 14 de mayo de 2014 comenzarían los trabajos según lo demuestra carta de 12 de mayo de 2014, enviada por XX a TR1; **(ii)** con fecha 22 de mayo de 2014 se deja constancia, en Minuta de Reunión de Obra N° 110, que se ejecutó pozo profundo de 80 metros; **(iii)** con fecha 29 de mayo de 2014 se deja constancia, en Minuta de Obra N° 111, que se realizó prueba de infiltración y se está a la espera del informe técnico de pozo profundo; y **(iv)** con fecha 5 de junio de 2014 se hace entrega de copia de Informe de Infiltración, según lo demuestra Minuta de Obra N° 112.

Por otro lado, de la Minuta de Obra N° 112 de 5 de junio de 2014, se desprende que se solicitó la ejecución de obras adicionales para dar solución a los requerimientos del inspector para otorgar la recepción municipal. En particular, se solicitó cortar pilar en el muro medianero sur y retirar reja, obras cuya fecha prevista de solución era el 12 de junio de 2014 según se consigna en la referida Minuta de Obra N° 112.

Mediante escrito de fs. 1.301 se acompañó copia del Certificado de Recepción Definitiva de Edificación,

emitido por la I. Municipalidad de DD con fecha 10 de junio de 2014, lo permite presumir que las obras adicionales solicitadas por el inspector municipal se encontraban concluidas a esa fecha.

Que en consecuencia, con la prueba rendida en autos y de los antecedentes que obran en el proceso, este Sentenciador ha llegado a la convicción que las obras adicionales instruidas por el Mandante con posterioridad a la fecha de término pactada en el Addendum N° 1, justifica una mayor permanencia de la Constructora hasta el día 10 de junio de 2014, fecha de conclusión de las obras adicionales solicitadas para la recepción municipal.

Cuadragésimo Octavo: Que respecto al cobro de las multas contractuales por atraso y del cumplimiento forzado del contrato, la Demandada Reconvencional opuso, en subsidio, la excepción de contrato no cumplido invocando lo dispuesto en el Artículo 1.552 del Código Civil, en razón de los incumplimientos en que habría incurrido ZZ.

Sobre el particular, primeramente se debe precisar que según la doctrina mayoritaria, la señalada disposición se aplica tratándose de contratos bilaterales cuyas obligaciones deben cumplirse simultáneamente y siempre que el incumplimiento del que se excepciona pueda compatibilizarse con la buena fe contractual. En efecto, Alessandri señala que “la excepción del contrato no cumplido procede cuando las obligaciones de ambos contratantes emanadas de un mismo contrato son de ejecución simultánea y no cuando la obligación de uno de los contratantes debe cumplirse antes que la del otro” [Alessandri Rodríguez, A., Teoría de las obligaciones, Volumen I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición ampliada y actualizada, 2004, página 298]. En el mismo sentido se ha pronunciado Claro Solar, afirmando que la excepción non adimpleti contractus es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se haya obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de contraprestación que incumbe a la otra parte.” [Claro Solar, L., Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, 1979, Capítulo XII, página 788].

Junto a la simultaneidad, para que proceda la aplicación la disposición del Artículo 1.552 es necesario que la inejecución de la obligación pueda ampararse y ser compatible con las exigencias de la buena fe contractual. Dice Claro Solar que necesario para poder hacer valer la excepción de inejecución es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos no puede resistirse a ejecutar su prestación fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto a esta negativa justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíproca necesaria en la ejecución de los contratos. Si el principio de que deriva la excepción de inejecución reposa en la buena fe y en la lealtad con que debe cumplirse los contratos, debe estar de acuerdo con ella. El Código no contiene disposición especial que lo diga con referencia a esta excepción, cuyo nombre tampoco figura en su texto; pero no puede vacilarse en deducir de la regla general expresada en el Artículo 1.546 las consecuencias que de tal regla se desprende cuando se trata de prohibir, como cuando se trata de permitir, la invocación de la exceptio non adimpleti contractus.

En primer término, se analizará la procedencia de esta excepción respecto de las multas contractuales por atraso. A la luz de los hechos ya establecidos en considerandos anteriores, se debe consignar:

- 1.- Que la Demandada Principal incumplió el Contrato al no otorgar un mayor plazo para la ejecución de las obras, debiendo hacerlo, retardar el pronunciamiento y pago de obras adicionales cuyo monto ascendía a la cantidad de U.F. 6.000,42 más I.V.A., y retrasar el cumplimiento de estados de pago aprobados;
- 2.- Por otra parte, en el considerando Cuadragésimo Séptimo se ha establecido que la Demandada Reconvencional tuvo derecho a permanecer en la obra hasta el 10 de junio de 2014 en virtud de obras adicionales instruidas tardíamente por ZZ. Como consecuencia de lo anterior, si XX hubiere incurrido en algún atraso, solamente pudo verificarse a partir de la fecha recién indicada;
- 3.- Por otra parte, según se ha señalado en el considerando antes citado, la "O.E. 72, Pozo de Infiltración" es la más relevante de las obras adicionales pendientes de ejecución al 11 de abril de 2014, fecha de la última solicitud de aumento de plazo presentada por XX. Cabe agregar que dicha obra adicional, según consta en la orden de cambio N°43, aparece visada por TR1 con fecha 02 de diciembre de 2013, no obstante lo cual, recién se comunicó a XX la aprobación de misma -y de diversas obras adicionales- mediante carta de fecha 21 de octubre de 2014. De lo ya expuesto, puede constatarse que los incumplimientos de ZZ son necesaria y cronológicamente anteriores al 10 de junio de 2014.

Por otra parte, se constata que existe simultaneidad y conexión objetiva entre los incumplimientos de ZZ y lo que se imputan a XX, si se considera que tales incumplimientos del Mandante se refieren precisamente al pago de las obras adicionales, situación que se mantiene hasta el día de hoy. Del mismo modo, cabe considerar que el incumplimiento de ZZ revestía suficiente gravedad, atendido el monto significativo que sumaban dichas obras adicionales aprobadas no pagadas –U.F. 6.000,42 más I.V.A.– y teniendo además en cuenta que la Constructora no tenía derecho a gastos generales por la mayor permanencia en obra por así haberse pactado.

Con respecto al cumplimiento forzado del contrato, este Sentenciador estima que la excepción en comento es improcedente, por cuanto no existe la simultaneidad ni conexión objetiva antes señaladas. Efectivamente, si bien el incumplimiento de ZZ justifica la no aplicación de multas por atraso, no ocurre lo mismo con la obligación de correcta ejecución y garantía de las obras ejecutadas, la que subsiste incluso con posterioridad a la recepción definitiva del Edificio. Atendida la naturaleza del Contrato, no existe razón jurídica –ni de prudencia, justicia o equidad– que permita liberar a la Constructora de tales obligaciones en virtud de los incumplimientos que le imputa a la Demandante Reconvencional.

En consecuencia, se acogerá la excepción de contrato no cumplido sólo respecto de la aplicación de las multas contractuales por atraso.

Cuadragésimo Noveno: Que la tercera petición de ZZ, es que se condene a XX a indemnizar el resto de los perjuicios ocasionados y derivados de la responsabilidad contractual, cuya naturaleza y monto solicita se determinen en la etapa de cumplimiento incidental, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. Específicamente demanda los perjuicios financieros por mayor

costo de los créditos; los perjuicios de oportunidad al verse disminuidas las ventas durante el año 2014; y los costos pagados por la actora reconvenional en reparaciones necesarias de obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas, o inconclusas, pero necesarias para poner en marcha el Edificio.

La existencia de los perjuicios debe probarse por quien los alega, pues la norma del Artículo 173 del Código de Procedimiento Civil sólo faculta a discutir su naturaleza –si se trata de lucro cesante, daño emergente o perjuicios morales– y monto en la etapa de cumplimiento del Fallo o en un juicio diverso, mas no la efectividad de haberse producido el daño que se reclama.

En la etapa pertinente, la actora reconvenional rindió prueba acerca de los presupuestos a su derecho a ser indemnizada por los costos pagados en arreglos necesarios, distintos a las reparaciones cuyo cumplimiento solicita en su primera petición, y que dicen relación con obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas, o inconclusas por parte de la Constructora.

De los documentos privados no objetados acompañados a fs. 1.236, y de los dichos de los testigos de la actora reconvenional, señores S.Y. (fs. 1.860), T.E. (fs. 1.905), señora B.M. (fs. 1.914) y señor R.O. (fs. 2.032 quater), se desprende que ZZ incurrió en reparaciones y/o trabajos durante la etapa de habilitación, y con posterioridad a la misma, que fueron consecuencia inmediata o directa de trabajos inconclusos o mal ejecutados por la Constructora, según se aprecia en las cartas enviadas por la ITO a la Inmobiliaria.

Entre las reparaciones y trabajos efectuados por ZZ se puede mencionar los relativos al atraso en la instalación de caudalímetros, a la puesta en marcha de los equipos de SX, a provisión de termostatos, a reemplazo de sistemas de clima defectuosos; reparaciones de aislaciones, pinturas, filtraciones, sobrelosas, nivelación de pisos, aplomados de muro, entre otros.

De esta manera, ZZ acreditó que la conducta de la Demandada Reconvenional le irrogó perjuicios por los costos pagados en reparaciones de obras, pero no acreditó los perjuicios financieros y de oportunidad sufridos a consecuencia de incumplimientos de XX a las obligaciones emanadas del Contrato de Construcción a Suma Alzada.

Quincuagésimo: Que en consecuencia, resulta aplicable en la especie la norma contenida en el Artículo 173 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, y se accederá a la reserva solicitada únicamente respecto de los perjuicios por costos pagados en reparaciones, cuya naturaleza y monto se determinarán en la etapa de cumplimiento incidental, y teniendo en consideración la limitación de responsabilidad indemnizatoria de XX contenida en la cláusula 20.3 del Contrato, cuyo tope es de un 15% del monto del Contrato.

Quincuagésimo Primero: Que cada parte soportará las costas procesales por mitades y las personales de cada una de ellas en su totalidad.

Quincuagésimo Segundo: Que el análisis de la prueba no ponderada expresamente en este Fallo en nada altera lo decidido.

Con el mérito de lo expuesto en las consideraciones precedentes, y de las disposiciones contenidas en los Artículos 1.545 a 1.566 y 1.698 a 1.714 del Código Civil, 341 a 429 y 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil, y 222 a 246 del Código Orgánico de Tribunales, de las normas del Reglamento Procesal de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y normas de procedimiento establecidas a fojas 44 y siguientes de estos autos,

SE RESUELVE:

Primero: Que se acoge la objeción de documento formulada por la Demandante Principal a fs. 1.245.

Segundo: Que se rechazan las objeciones de documento formuladas por la Demandada Principal a fs. 1.444 y 1.448.

Tercero: Que se acoge parcialmente la demanda deducida por XX en contra de ZZ, y se declara:

- 1) Que ZZ incumplió el Contrato de Construcción a Suma Alzada al demorar el pronunciamiento de las solicitudes de aumento de plazo presentadas por Constructora XX y rechazar arbitrariamente la solicitud N° 4; al demorar el pronunciamiento y pago de las obras adicionales –que la Demandante llama extraordinarias–; al retrasar el pago de los Estados de Pago; y al no devolver la Boleta de Garantía Bancaria y las retenciones contractuales;
- 2) Que ZZ debe pagar la cantidad de \$18.123.127 a Constructora XX por consumos asociados al aumento en el plazo de construcción de las obras, más reajustes e intereses legales desde la notificación de la demanda arbitral hasta el pago efectivo;
- 3) Que ZZ debe pagar la cantidad de UF 9.428,89 a Constructora XX por mayores costos de mano de obra directa asociados al aumento en el plazo de construcción de las obras, más reajustes e intereses legales desde la notificación de la demanda arbitral hasta el pago efectivo;
- 4) Que ZZ debe pagar la cantidad de UF 6.000,42 más IVA a Constructora XX por las obras adicionales –llamadas extraordinarias por la Demandante–, más reajustes e intereses legales desde la notificación de la demanda arbitral hasta el pago efectivo;
- 5) Que ZZ debe pagar la cantidad de \$ 8.122.901 a Constructora XX por los perjuicios asociados al retraso en el pago de los Estados de Pago, más reajustes e intereses legales desde la notificación de la demanda arbitral hasta el pago efectivo;
- 6) Que ZZ debe restituir la cantidad de \$263.296.354 a Constructora XX correspondiente a retenciones contractuales, más reajustes e intereses legales desde la notificación de la demanda arbitral hasta el pago efectivo;
- 7) Que ZZ debe restituir a Constructora XX la Boleta de Garantía N° 00, extendida por el Banco BO, de un valor de UF 26.030,25, en caso que ésta se encuentre en su poder. En caso contrario, oficiase a la mencionada institución bancaria para que proceda a su restitución.

Cuarto: Que se acoge parcialmente la demanda reconventional deducida por ZZ, en contra de XX, y se declara:

- 1) Que XX, debe cumplir el Contrato de Construcción a Suma Alzada, y proceder a reparar, a su costa, los siguientes defectos presentes en la obra, conforme al estándar constructivo y a las especificaciones técnicas que las partes establecieron :
 - a) Reparar los entrepisos 12-13 y 14-15 de las escaleras;
 - b) Reemplazar o reparar la palmeta de granito que presenta imperfecciones en el piso del hall de acceso; y
 - c) Reparar los defectos en el acabado del pilar del hall de acceso.

- 2) Que se acoge la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, se niega lugar a la aplicación de las multas contractuales demandadas.

- 3) Que XX, debe indemnizar los perjuicios ocasionados por costos pagados en reparaciones necesarias de obras no terminadas adecuadamente, o mal efectuadas, o inconclusas, cuya naturaleza y monto se determinarán en la etapa de cumplimiento, sujeto a la limitación de responsabilidad indemnizatoria de XX del 15% del monto del Contrato.

Quinto: Que cada parte soportará las costas procesales por mitades y las personales de cada una de ellas en su totalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4. del acta de fs. 44 y ss., autorícese la presente Sentencia Definitiva por la Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Hecho lo anterior, notifíquese personalmente o por cédula, dese copia y archívese en su oportunidad.

Juez Árbitro, señor Jorge Granic Latorre. Autoriza la presente Sentencia la señora Macarena Letelier Velasco, Secretaria General del CAM Santiago.