

Héctor Humeres Noguera

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 17 de marzo de 2010

ROL 1041 – 2009

MATERIAS: Contrato de construcción por suma alzada - pago del saldo de precio - incumplimiento contractual - cumplimiento forzado de la obligación - resolución del contrato - buena fe contractual - fallo de un Árbitro Arbitrador.

RESUMEN DE LOS HECHOS: El señor XX interpuso una demanda contra la sociedad ZZ, en la que alega que esta última no ha cumplido con la obligación de pagarle el saldo por la ejecución de la obra gruesa del proyecto inmobiliario denominado AB en virtud del Contrato de Construcción por Suma Alzada con Suministro de Materiales. Solicita se condene a ZZ a cumplir el contrato y pagar el precio adeudado. Al contestar la demanda, ZZ esgrime que XX no ha cumplido sus obligaciones en los términos establecidos en el contrato, solicitando en consecuencia, que se declare la resolución del mismo con la debida indemnización de perjuicios.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 290 número 4, 296, 298, 346, 355, 384, 399, 636 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.438, 1.460, 1.461, 1.545, 1.546, y 1.708 y siguientes.

DOCTRINA: Resulta posible acoger la petición del demandante, fundamentada en el cumplimiento forzado de la obligación de pagar la liquidación final emitida por la ITO de fecha 27 de octubre de 2008, que corresponde a la obligación contractual de pagar el precio de la demandada, toda vez que se acreditó en el proceso la ejecución de la obra en su totalidad. No se pronunció sobre los perjuicios porque el demandante solo esbozó los mismos sin peticionarlos debidamente.

Se desestimó la solicitud de la demandada, fundamentada en la resolución del contrato por reiterados atrasos y entrega de la obra con trabajos pendientes y mal realizados, por no acreditarse en autos el incumplimiento alegado, toda vez que la parte demandante sí efectuó la obra pactada, estando solo incumplida la obligación de pagar el precio. Se desestimaron los perjuicios, por no probarse estos en juicio.

La doctrina nacional ha reiterado en diversas oportunidades que la parte incumplidora de su obligación no puede alegar el incumplimiento de la otra -institución establecida en el Artículo 1.555 del Código Civil- lo que en este caso resultó acreditado a luz de las probanzas acompañadas en el juicio. El hecho que la obra se haya recibido con reparos no justifica que se entienda que ella no se efectuó, toda vez que el contrato suscrito por las partes contemplaba esa situación e indicaba el procedimiento por el cual se recargaba al contratista su precio en dicha circunstancia, lo que efectivamente se realizó.

DECISIÓN: Se acoge parcialmente la demanda. No se condena a la demandada en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 17 de marzo de 2010.

VISTOS:

Conociendo del asunto sometido a la decisión del Tribunal.

A. RESPECTO AL EXPEDIENTE ROL 1.041-2009, INICIADO EL 14 DE ABRIL DEL AÑO 2009, ENTRE XX CON ZZ

1. Por instrumento privado de fecha 13 de febrero del año 2008, se celebró un contrato a suma alzada entre ZZ, por una parte, como “el propietario;” y por la otra don XX, como contratista.

En la cláusula vigésima del contrato de suma alzada, se estipuló que cualquier duda o dificultad que surgiera entre las partes con motivo del contrato de construcción o de sus documentos complementarios o modificatorios, que se refiriese a su interpretación, cumplimiento, validez, terminación o cualquier otra causa relacionada con el mismo, se resolvería mediante arbitraje, conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., confiriendo mandato especial e irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A. G., para que proceda a designar el Tribunal Arbitral, el que estaría compuesto necesariamente de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión.

2. A fs. 1 rola presentación de solicitud de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Santiago A. G., interpuesta por don XX.

3. A fs. 33, el señor Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, procedió a someter el asunto a arbitraje, designando como Árbitro Arbitrador, al señor Héctor Humeres Noguera.

4. A fs. 34 consta el comprobante de la notificación de la designación del Árbitro por carta certificada hecha a don XX, y a don L.L., en representación de ZZ, de la resolución de fs. 33.

5. A fs. 35 consta la certificación de la Secretaria General del CAM donde no se presentaron oposiciones al nombramiento del Árbitro.

6. A fs. 36 de los autos arbitrales rola la notificación personal al Árbitro Arbitrador, en que da cuenta de su designación, aceptando este ejercer dicho cargo, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

7. A fs. 37 el Juez Árbitro resolvió tener por constituido el arbitraje, señalamiento de sede del Tribunal, citación a las partes para el comparendo relativo a la constitución del compromiso y la orden de notificar personalmente a las partes.

8. A fs. 38 consta el estampado receptorial de notificación personal a las partes.

9. A fs. 39 a 49 de los autos arbitrales, consta el acta de compromiso arbitral con la asistencia de las partes, más la resolución de tener presente la constitución de la representación de los abogados de las partes.

10. A fs. 50 y siguientes de los autos arbitrales rola demanda interpuesta por don XX, en contra de ZZ, representada por don L.L., en virtud de la cual este señala que deduce demanda en juicio arbitral, de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios.

En primer término, el demandante se refiere a los antecedentes de la relación contractual, explicando que en virtud de instrumento privado de fecha 13 de febrero de 2008, celebró con la demandada en estos autos, un contrato de construcción por suma alzada para la ejecución de la obra gruesa en la construcción del proyecto inmobiliario denominado AB-Puente Alto, en terrenos ubicados en calle DML de la comuna de Puente Alto, Región Metropolitana, según consta de la copia de contrato de suma alzada que se adjunta a la demanda.

En segundo término, el demandante hace referencia al incumplimiento de las obligaciones esenciales de la demandada precisando lo siguiente:

- a) Que, el 04 de septiembre del año 2007 se cita al actor a la licitación privada del proyecto denominado AB-Puente Alto.
- b) Que, la coordinación de la propuesta contratada por la demandada fue asignada a la empresa TR1, quien representa al propietario en todo el desarrollo de la propuesta, designándose para desplegar esa labor al ingeniero don G.V.
- c) Que, con fecha 10 de septiembre de 2007, se solicitó al coordinador de la propuesta una ampliación del plazo para entregar la oferta, por encontrar deficiencia y omisiones en las cubicaciones del proyecto; no se postergó la fecha de apertura de la propuesta, por expresa indicación del propietario. Agrega el actor, que el demandado señaló que la cubicación y su real cuantía se estudiaría después con el proponente que resultara favorecido con la adjudicación de la propuesta y durante el transcurso de la obra. Si existiere diferencia en la cubicación, ello daría lugar a una obra adicional que sería pagada conforme con la modalidad de pago estipulada en las Bases Administrativas.
- d) Que, con fecha 27 de septiembre del año 2007 se entregó sobre con la propuesta que contenía los antecedentes exigidos en las Bases Administrativas. Agrega que, en comparación con otras propuestas, la presentada por el actor no se diferenciaba en más de un 5%, por lo que se adjudicó el proyecto, y con respecto a las cubicaciones, estas serían subsanadas según lo acordado por las partes, entendiéndose como obras adicionales y pagadas por el demandado, según las Bases Administrativas. Señala asimismo, que con fecha 8 de octubre del año 2007 se le comunicó la adjudicación de la licitación, fijándose el día 29 de octubre como fecha de entrega del terreno, estableciéndose un plazo de 120 días para la ejecución de la obra.
- e) Que, el día 29 de octubre se inició la ejecución de las obras de construcción en terreno, donde se señaló que la Inspección Técnica de Obra, en adelante ITO, estaría a cargo de TR1. Agrega que se inició la obra estando pendiente la suscripción del contrato, y que el día 27 de noviembre de 2007 se autorizó el pago del Estado de Pago N° 1, sin que la demandada pagara el IVA correspondiente.
- f) Que, el 09 de febrero del año 2008 el actor reclamó a la ITO la no suscripción del contrato; en la misma fecha, la demandada pagó el valor neto del Estado de Pago N° 2, adeudando el IVA.
- g) Que, el 13 de febrero de 2008 se suscribió el contrato a suma alzada entre las partes; en él se fijó el precio y en la cláusula 1.4 se tiene como parte integrante del contrato las Bases Administrativas.
- h) Que, en marzo del año 2008 se pagó por parte de la demandada el Estado de Pago N° 3 por su valor neto, dejando pendiente el IVA. En la misma fecha la demandada pagó el IVA correspondiente a los Estados de Pago N°s. 1 y 2, habiendo transcurrido cien días desde el inicio de la obra.
- i) Que, con fecha 03 de abril del año 2008, se inició la colocación de las enfierraduras del segundo nivel de la placa comercial y fundaciones del sector de estacionamientos, advirtiéndole al demandante que las 236 toneladas de hierro previstas en la propuesta no eran suficientes. Se informó de esto a la ITO y se envió el presupuesto de obras extras N° 1, dando cuenta de la necesidad de contar con 280 toneladas adicionales de hierro para terminar la obra. Agrega que para determinar la totalidad de hierro que se utilizaría en el proyecto y para aprobar el presupuesto, se solicitó a la ITO contratar a costa del actor un calculista externo para que cubicara todo el edificio. Se recibió el estudio de don F.C., que concluyó que el edificio necesitaba 506.626 kilos de hierro total, que solo comprende una versión del proyecto, pero no incluye otras versiones; sobre la base de lo anterior, el demandante solicitó fondos necesarios para la compra del hierro adicional, lo que fue aceptado por la demandada.
- j) Que, a modo de ajustar la construcción estrictamente a los planos y especificaciones técnicas, se adquirió una mayor cantidad de fierro que supera el 20% del importe total de la obra, previsto en la cláusula décima del contrato, constituyendo tal aumento extraordinario imputable a la demandada.
- k) Que, según el N° 19 de las Bases Administrativas, el contratista no debía efectuar cambios a los planos o especificaciones que sirvieran de base al contrato y cualquier duda o imprevisto debía ser puesto en conocimiento del mandante por escrito y oportunamente. Agrega que, el N° 20 de las Bases Administrativas dispone: "Solo se aceptarán trabajos adicionales o modificaciones al proyecto cuando estos sean ordenados por escrito por los arquitectos y aceptados por el mandante. Antes de ejecutarlos, el contratista deberá proponer el valor de ellos para su aceptación por el mandante, a través de la ITO".

- l) Que, las partes acordaron poner término a la ejecución de los trabajos el día 10 de mayo de 2008, lo que ocurrió, quedando pendiente la liquidación del contrato, lo que tuvo lugar, por parte de la ITO en octubre del 2008.
- m) Que, la ITO al liquidar contempló un mayor plazo para la ejecución de la obra.
- n) Que, la demandada ha desconocido el pago de las obras según informe de la ITO.
- o) Que, además de la liquidación de la ITO, la demandada debe las retenciones de cada uno de los Estados de Pago; estas cantidades determinadas por la ITO son netas de multas, es decir, la ITO las fijó sin considerar multas por atrasos en la ejecución de la obra.
- p) Que, el contrato ha aumentado en más de un 40% adicional del precio original.

En tercer término, el demandante señala las normas jurídicas que justifican su pretensión, invocando al efecto los Artículos 1.545, 1.546, 1.489 y 1.559 del Código Civil.

En cuarto término, el demandante se refiere a las peticiones y prestaciones que se demandan, solicitando que como consecuencia de los incumplimientos anteriormente señalados, tiene derecho a solicitar al Tribunal Arbitral que se condene a ZZ, a las siguientes prestaciones:

- a) Que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada.
- b) Que se condene a ZZ, a cumplir el contrato en los términos de pagar la cantidad de \$ 35.527.543 por concepto de retenciones adeudadas, monto que ya incluye el IVA; o la cantidad de dinero que por ese concepto se determine por SS., conforme al mérito del proceso.
- c) Que, se condene a ZZ, a pagar la cantidad de \$ 62.146.257, por concepto de estado de pago adeudado, monto que ya incluye el IVA.
- d) Que, se condene a ZZ, a cumplir el contrato en términos de pagar la cantidad de \$ 212.886.471, por concepto de obras adicionales adeudadas, monto que ya incluye el IVA.
- e) Que, se condene a ZZ, por cada una de dichas cantidades reajustadas conforme a la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor entre la fecha de la liquidación del contrato efectuada por la Inspección Técnica de Obra y la fecha de su pago efectivo.
- f) Que, se condene a ZZ, a pagar cada una de las cantidades anteriores con el interés corriente del período comprendido entre la fecha de la liquidación del contrato efectuada por la Inspección Técnica de Obra y hasta su pago efectivo.
- g) Que, se condene a ZZ, a pagar las costas de la causa.

Concluye el escrito de demanda, solicitando se acoja esta en los términos señalados.

En el primer otrosí de la demanda se acompaña numerosa documentación relacionada con la suscripción del contrato de sumaalzada y los presupuestos, revisiones, estados de pago, especificaciones técnicas, liquidaciones, todos derivado de la ejecución de la obra. En el segundo otrosí del escrito se solicita absolver posiciones a don L.L. En el tercer otrosí, se solicita tener presentada la lista de testigos y ordenar su citación judicial.

11.A fs. 62 y siguientes de los autos arbitrales rola demanda reconvenional deducida por don L.L., en representación de ZZ, en contra de don XX, la que funda en los Artículos 1.489 y 1.437 del Código Civil, esto es la acción de resolución del contrato de sumaalzada suscrito por las partes de fecha 13 de febrero de 2008, con indemnización de perjuicios.

En el primer término señala los antecedentes de hecho en que se fundamenta la demanda reconvenional de resolución de contrato, y que son los siguientes:

- a) Que, durante el año 2006 y el primer semestre del 2007 se desarrollaron en relación con el Proyecto Edificio ZZ de calle DML de la comuna de Puente Alto, los correspondientes proyectos de arquitectura y de todas sus especialidades involucradas.

- b) Que, el 15 de junio del año 2007 se ingresó el proyecto a la Dirección de Obras Municipales de Puente Alto, para solicitar el permiso de edificación.
- c) Que, el 31 de julio del año 2007 se complementó la información ingresada a la Municipalidad, las especificaciones técnicas de arquitectura de proyecto, el proyecto de diseño de acceso; 12 planos de arquitectura; 23 planos de cálculo estructural del edificio comercial y 15 planos de cálculo estructural del edificio de estacionamientos.
- d) Que, el 4 de septiembre del año 2007, se realiza la licitación privada a participar en la construcción de la obra gruesa del Proyecto Edificio ZZ, bajo la modalidad de contrato a suma alzada, en pesos y sin reajustes. Agrega que, en esa misma fecha el demandado reconvencional dejó constancia, a través de la firma de una carta, de la recepción de un CD con los planos de arquitectura; los planos de cálculo estructural; los planos sanitarios; del itemizado de construcción, y bases administrativas. Además, se acompañó formulario de preguntas y respuestas de la propuesta, emitido por TR1, y preparado a partir de los requerimientos de los proponentes.
- e) Que, el día 11 de septiembre del año 2007 se fijó una visita a terreno, a la cual el contratista no asistió, y de este hecho se dejó constancia en el acta levantada al efecto.
- f) Que, de las empresas constructoras llamadas a licitación, solo dos entregaron su oferta: El demandado reconvencional y Constructora TR2.
- g) Que, el 27 de septiembre del año 2007, el demandado de autos acompaña junto con su oferta y carta firmada, en que en su primer punto indica que había estudiado los antecedentes para participar en la licitación, y que está dispuesto a ejecutar fielmente los planos y especificaciones y a cumplir con las exigencias que en las especificaciones o en las bases administrativas, se establecen.
- h) Que, estudiados los antecedentes entregados por ambas empresas mediante carta con fecha 8 de octubre de 2007, se adjudicó a la demandada reconvencional la obra gruesa del edificio.
- i) Que, se da inicio oficial a la obra el día 29 de octubre del año 2007, por lo que el plazo de 120 días para la construcción de obra gruesa, debía concluir a fines de febrero del año 2008.
- j) Que, en la minuta de reunión N° 1 se acordó que se incluirían en el contrato de obra gruesa las siguientes partidas de terminaciones con el objeto de lograr hormigones y albañilerías saneadas, retapes mortero-estuco; maquillaje fachada; enlucido yeso; y estucos mortero-estuco.
- k) Que, el monto oficial y final del presupuesto por obra gruesa más las partidas indicadas en el párrafo anterior ascendió a la suma de \$ 649.325.309 más IVA, bajo la modalidad de contrato a suma alzada, en pesos, sin reajuste.
- l) Que, agrega que de la suma referida, hasta el último pago emitido por TR1, empresa ejecutante de la administración del contrato y de la inspección técnica de la obra, Estado de Pago N° 7, se ha cancelado la suma de \$ 597.101.564 en valor neto, es decir, un 91,96% del presupuesto original. Adicionalmente y hasta la fecha de la emisión de la liquidación final, se han cancelado en forma adicional en aspectos relacionados a obras inconclusas o reparaciones efectuadas, con cargo de la demandada reconvencional, la suma de \$ 172.693.844. Añade que se canceló la suma de \$ 12.700.139, correspondientes a leyes sociales e imposiciones de subcontratistas contratados por el demandado de autos. En definitiva, se ha pagado por concepto de obra gruesa de ambos edificios, la cantidad de \$ 752.894.828, en valor neto, es decir \$ 103.569.519, en valor neto, adicional al presupuesto original contratado.
- m) Que, durante la obra se comenzaron a evidenciar atrasos en la misma, y que en reunión de fecha 19 de diciembre de 2007, se le indicó al demandado reconvencional, mediante anotación en hoja foliada N° 18 del Libro de Obras, que se presentaba un atraso de 15 días, solicitándose la contratación de un contratista exclusivo para construir el edificio de estacionamientos, con el fin de apurar el avance de la misma, y de esa forma concluir los trabajos dentro del plazo estipulado, y que esta anotación sería la primera de muchas otras que se fueron evidenciando en el transcurso de la obra.
- n) Que, en el intertanto, se constituye legalmente la empresa Inmobiliaria ZZ, para hacerse cargo de la construcción y posterior explotación de la obra. Señala que por esta razón el contrato se firma el 13 de febrero de 2008, cuando la obra llevaba tres meses y medio de ejecución, y se encontraba próxima a su término según programación original. Enfatiza que el contratista debió prever el supuesto problema

relativo a la cantidad de hierro, dada su vasta experiencia. Agrega que no existe en el contrato suscrito ni en el Libro de Obras, una disconformidad en relación a la carencia de hierro en la obra, la que solo aforó, como justificación a los incumplimientos.

- o) Que, tras la suscripción del contrato, los atrasos en la construcción se acentuaron, solo en parte por la falta de abastecimiento de hierro en la construcción en el mercado.
- p) Que, en la hoja N° 34 foliada del Libro de Obras se le indicó al demandado reconvencional, que el plazo original para la terminación y entrega de los trabajos se modificaría a la del 15 de abril de 2008, plazo impostergable y a partir del cual se comenzaría a aplicar las multas establecidas en el contrato.
- q) Que, se siguieron sumando los atrasos por el demandado de autos, por lo que se optó por terminar el contrato.
- r) Que, con fecha 3 de abril del año 2008, TR1 entregó la cotización final, y en ella se informó al demandado reconvencional que tenía un saldo por gastar, para término de su contrato, de \$ 253.524.565, en valor neto.
- s) Que, las empresas cotizantes para la terminación de la obra gruesa faltante fueron TR3, por \$ 250.693.310, y TR4 por \$ 261.487.499, en valores neto. Una vez presentadas estas cotizaciones se indicó a TR1 que finiquitase el contrato con el demandado de autos. Agrega que en este momento se produjo un diferendo con don G.V., Gerente de TR1, toda vez que este indicó que la empresa TR3, era más cara para terminar la obra gruesa, porque el demandado reconvencional estaría trabajando con una cuantía errónea de hierro. Señala que ante esta postura, se indicó a TR1 que se respetaría el contrato de sumaalzada suscrito con el demandado y que la cantidad de hierro a utilizar en las obras era una circunstancia que carecía de relevancia, ya que asumía que el demandado de autos, atendida su vasta experiencia, había presentado una oferta acorde a sus estudios preliminares, tal como se indicaba en las cartas que firmó al hacer entrega de la misma. Agrega, que en ese momento, TR1 le indicó que no lo respaldaría y dio instrucciones al personal para proceder a la cubicación del hierro que realmente ingresó a la construcción.
- t) Que el demandado fue categórico en sostener que restaba muy poco para terminar la obra, por lo que se continuó adelante. La obra siguió con atrasos y con fecha 11 de junio de 2008 se solicitó al demandado reconvencional que se retirase del proyecto.
- u) Que el demandado reconvencional manifestó que se habían concluido los trabajos de colocación de hormigones pendientes en edificio de estacionamientos, dando así término a los trabajos. Agrega que esto no fue efectivo, porque la obra quedó inconclusa y tal hecho se constató en la recepción provisoria notarial efectuada con fecha 24 de junio de 2008.
- v) Que a la salida del demandado reconvencional de la obra, TR1 se hizo cargo del término de la misma, y asimismo de la reparación de todo lo que quedó mal construido o inconcluso. Expresa que en razón a los hechos expuestos se decidió no emitir liquidación final hasta no tener claridad de los montos que sería necesario invertir en las reparaciones. Señala que con fecha 27 de octubre de 2008, TR1 emitió informe de liquidación final, que estaría mal efectuada por las siguientes razones: a) en obras extraordinarias aprobadas al contratista se agregaron gastos generales y utilidades, que no corresponden al contrato; b) se agregaron kilos de hierro utilizados en la construcción, lo que no correspondía por ser un contrato a sumaalzada y, c) el hierro adicional agregado a las obras extraordinarias se reajusta de \$ 700 a \$ 900/Kg, lo que no corresponde por ser un contrato de sumaalzada. Enfatiza que según TR1 se estaría debiendo al demandado de autos, un total de \$ 178.896.194, valor que rechaza porque la liquidación efectuada no se ajusta al contrato de sumaalzada. Agrega que si la liquidación final emitida por TR1 se modificase según el contrato, es decir, se eliminarían los gastos generales y utilidades asociados a obras extraordinarias generales aprobadas; y en su totalidad las obras extraordinarias asociadas a la mayor cantidad de hierro utilizado en la obra y las multas por días de atraso (11 días asociados a la mayor cantidad de hierro y los diez días asociados a escasez de hierro en el mercado) autorizados como descuento de multas en un valor negativo; se consideraría que el demandado reconvencional tiene un saldo adeudado a cancelar negativo de \$ 213.398.880.

- w) Que el daño emergente directo, constituido por los atrasos inducidos al proyecto a causa del demandado reconvencional, sea de forma directa (63 días indicados en liquidación del 15 de abril de 2008 al 11 de junio de 2008) o en forma indirecta (por ejecución de obras efectuadas y reparaciones de obras mal ejecutadas) ascienden a un total de nueve meses. Con respecto a los daños emergentes indirectos producidos por el demandado, estos ascienden a la suma de 11.106 UF, equivalentes a 9/12 de los ingresos anuales provenientes de la operación del Edificio ZZ.

En segundo término, la demanda se refiere a los antecedentes de derecho, refiriéndose a los Artículos 1.489 y 1.437 del Código Civil. Señala que en razón del Artículo 1.489, la denominada “condición resolutoria tácita” contemplada en nuestra legislación, es procedente en la especie, sobre la base de los hechos expuestos anteriormente y respecto de las obligaciones incumplidas por el demandado reconvencional contraídas en el contrato. Agrega que el Artículo 1.437 establece que las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya del hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, ya por disposición de la ley.

En tercer término, el demandante reconvencional se refiere a las peticiones y prestaciones que se demandan, solicitando que como consecuencia de los incumplimientos anteriormente señalados, tiene derecho a solicitar al Tribunal Arbitral:

- a) Que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada reconvencional.
- b) Que se condene a don XX a pagar por una indemnización equivalente a 22.154 UF, que asciende a la fecha de presentación a la suma de \$ 463.935.997.
- c) Que se condene a don XX a pagar las costas de la causa.

En el primer otrosí de la demanda se acompaña numerosa documentación relacionada con el contrato suscrito entre las partes, y también relativa al desarrollo y finalización del proyecto. En el segundo otrosí del escrito se solicita tener por presentada la lista de testigos y ordenar su citación judicial. En el tercer otrosí, se solicita designación de perito. En el cuarto otrosí, se solicita citar a absolver posiciones a don XX en audiencia fijada para dicho efecto. En el quinto otrosí, se acompaña pliego y solicita custodia.

12. A fs. 80 y 81 del expediente arbitral, el Tribunal provee: Al escrito rolante a fs. 50: A lo principal, por interpuesta demanda, traslado; al primer otrosí, téngase por acompañados en la forma ofrecida; al tercer otrosí, por presentada lista de testigos, cíteseles en su oportunidad. Al escrito rolante a fs. 62: A lo principal, por interpuesta demanda reconvencional, traslado; al primer otrosí, previo a proveer, según lo dispuesto en acta de fijación de bases del procedimiento, acompáñese copia, en el intertanto, custódiense los documentos; al segundo otrosí, por presentada lista de testigos, cíteseles en su oportunidad; al tercer otrosí, téngase presente; al cuarto otrosí, como se pide, cítese en su oportunidad a don XX; al quinto otrosí, como se pide, téngasele por acompañado.

13. A fs. 82, la demandante reconvencional cumple con lo ordenado en la resolución de fs. 80, viene acompañando los documentos ofrecidos en el primer otrosí de fs. 62.

14. A fs. 83 se resuelve, por cumplido lo ordenado, resolviendo derechamente al primer otrosí de fs. 62, téngase por acompañados en la forma ofrecida.

15. A fs. 84 de los autos arbitrales, la demandante principal objeta documento, el cual se funda en los Artículos 69, 87 y siguientes, 144 y 795 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, señalando al efecto que al acompañarse los documentos a la reconvencción de fs. 62 y tenerse por acompañados a fs. 83, no se ha indicado la forma en que se acompañan. En segundo lugar, manifiesta que el documento acompañado en el numeral 16 del primer otrosí de la reconvencción de fs. 62, consistente en una copia del informe de liquidación final emitido por la Inspección Técnica de Obra del contrato, se le han introducido intercalaciones y

alteraciones que hacen variar su contenido; expresa que la objeción se fundamenta en la falsedad de dicho documento. Agrega que este documento es el más importante, dado que la discusión se centra en el resultado final que contiene. La alteración consiste en que la liquidación original acompañada por ella a fs. 50 estima un valor a favor del demandante de \$ 404.558.639, en cambio el documento falso señala un valor de \$ 18.603.525. Enfatiza que de la liquidación falsa se desprende un crédito bastante inferior a su favor, y se termina adeudando una suma mayor al demandado. Añade que se hizo una intercalación bajo la glosa “Partidas subcontratadas post entrega constructora” que dice de la siguiente manera “Correspondiente a obras no ejecutadas y reparaciones efectuadas”. Asimismo señala que el falso documento acompañado lleva membretes de TR1, es decir, aparenta ser un documento emitido por la ITO, lo que en realidad no es así.

Finaliza solicitando que se tenga por objetado por falsedad el documento acompañado por la demandada en su demanda reconvenzional de fs. 62.

16. A fs. 86 del expediente arbitral, la demandante reconvenzional, quien al evacuar el traslado conferido a fs. 81 expresa que:

- a) Con fecha 4 de septiembre de 2007 se invitó a cinco empresas a participar en la licitación privada para la ejecución de la obra gruesa de dos edificios, a saber, el comercial y el de estacionamiento, todo bajo la modalidad de contrato de suma alzada, en pesos, sin reajustes. Señala que se le entregó al demandado un CD que contenía el proyecto sanitario y el itemizado de construcción, además, se facilitó por mano, un informe de mecánica de suelos.
- b) De la información entregada por TR1 se aprecia que las cubicaciones del proyecto son de exclusiva responsabilidad de cada participante, tal como se realiza en un llamado a propuesta para contratos de este tipo. Agrega que en razón a lo señalado, era el demandante el responsable de chequear las cubicaciones, ya que según el punto 2.2 de las Bases Administrativas: “Los errores aritméticos u omisiones del presupuesto detallado que debe presentar el contratista, no serán considerados y no alterarán el valor de la suma alzada”.
- c) En relación a las supuestas deficiencias y omisiones advertidas por el demandante, se cumplió con hacer presente que en proyectos de esta envergadura es usual encontrar diferencias entre los planos de arquitectura y de cálculo, las cuales se van aclarando durante el transcurso de la obra, pero tales no modificaron la cantidad de fierro considerada inicialmente para el proyecto.
- d) Señala que no es efectivo lo indicado por el demandante, quien cita textual “por expresa indicación del propietario, el plazo final se mantuvo y no se postergó la fecha de apertura de propuestas”, ya que todo el proceso fue completamente administrado por TR1, sin consulta a ZZ. Agrega que el demandante al manifestar que no se le concedió plazo suficiente para estudiar correctamente el proyecto, debió haberse retirado del mismo. Añade que muy por el contrario, que con fecha 27 de septiembre del año 2007, el demandante junto con su oferta, entregó una carta firmada, en la cual indica haber estudiado los antecedentes entregados para participar en la licitación.
- e) Agrega que no tuvo conocimiento alguno de la supuesta indicación que se habría hecho a todos los proponentes en relación a la cuantía de fierro a utilizar para la presentación de los presupuestos; asimismo señala que de haber existido tal debió plasmarse en algún documento, del que, en el caso en comento, no se tiene evidencia. Agrega que si el demandante presentó una diferencia de fierro, esta debió consignarse en el formulario de “Respuestas a Consultas”. Enfatiza que del estudio del presupuesto y de los estados de pago del demandante, no se refleja la indicación de TR1.
- f) Indica que los dichos de la demandante no se justifican porque no existe ningún documento que certifique la indicación entregada por TR1; agrega que durante la licitación se publicitó que el contrato era de suma alzada, en pesos y sin reajustes, y termina señalando que, lo afirmado por la demandante se aplica a los contratos bajo modalidad de administración. Señala que las obras adicionales a que se hace mención en las Bases Administrativas, son aquellas que surgen durante el desarrollo del proyecto y no consideradas en su alcance inicial, por lo que no caben en este concepto los errores o deficiencias en la cubicación inicial del proyecto. Añade que el punto 2.2 de las Bases Administrativas establecen lo siguiente: “El proponente deberá agregar todas aquellas partidas que a su juicio se

encuentren omitidas y que sean necesarias para la total terminación de las obras; las cuales se incluirán al final del presupuesto desglosadas en tantos ítemes como el proponente estime necesarios. Excluir las no eximirá al contratista de su responsabilidad de ejecutarlas y financiarlas. El valor de cualquier obra que el contratista no haya cotizado en forma expresa, se considerará incluido dentro de los demás precios cotizados”. Sostiene que el demandante no agregó en su oferta ninguna partida adicional y de eso se desprende que él estimó no necesarias las mismas. Agrega e indica que de lo anterior se infiere que el demandante no estudió a cabalidad la oferta, que es un requisito fundamental en las licitaciones de contrato de suma alzada.

- g) Manifiesta que el plazo para la obra gruesa del proyecto fue siempre de 120 días y si la oferta del demandante indicaba un plazo de 181 días, estaba fuera de las bases desde un comienzo.
- h) Indica que con respecto a la no suscripción del contrato antes de la ejecución de las obras, viene en aclarar lo siguiente: a) Al advertir que la empresa matriz, TR5, tendría problemas con el manejo del IVA de la construcción, se iniciaron una serie de reuniones con el Gerente General de TR1, para analizar las posibilidades de manejo del mencionado impuesto dentro de las obras que administraba; b) Al transcurrir un mes de reuniones e indagaciones y al verificar que las propuestas entregadas por la ITO no eran viables, el Directorio de la empresa matriz decidió a fines de noviembre de 2007, y habiendo transcurrido solo un mes de iniciarse las obras, crear ZZ, empresa que se haría cargo de la construcción en general; agrega que los trámites de esta nueva sociedad se terminaron en enero de 2008 y la razón de emitirse los estados de pago al demandante en valores neto, responde a la falta de RUT de la nueva empresa.
- i) Enfatiza que el primer estado de pago se canceló el 27 de noviembre del año 2007 a solo tres días de su emisión, destacando dicho actuar, ya que según el punto 26 de las Bases Administrativas y el punto N° 4.1 del Contrato de Construcción, el plazo para realizar el pago era de 15 días hábiles bancarios para cancelar cada uno de los estados de pago emitidos y aprobados. Agrega que de similar manera se canceló el Estado de Pago N° 2.
- j) El 13 de febrero de 2008 se suscribe por las partes el Contrato de Construcción de Suma Alzada, cuyo precio único y total era de \$ 649.325.309 más IVA. Agrega que le resulta extraño que a la fecha de suscripción del contrato, y a más de tres meses de haber iniciado las obras, el demandante no hubiera hecho mención de la supuesta indicación entregada primero en relación a la cuantía de fierro a utilizar para la presentación de los presupuestos. La mención de esta indicación solo aparece en el estado de arbitraje y no en las instancias previas al contrato y al momento de la celebración del mismo.
- k) Señala que el Estado de Pago N° 3 se canceló en su totalidad, IVA incluido, con fecha 1 de febrero del año 2008, es decir, un día después de su emisión.
- l) Agrega que no es efectivo que el IVA correspondiente a los Estados de Pago N°s. 1 y 2 se hayan cancelado en marzo del año 2008, como tampoco que el demandante haya tenido que hacerse cargo del mismo, ya que al contar la empresa con el RUT, se le solicitó de inmediato que extendiese las facturas correspondientes, trámite que efectuó el día 29 de enero del año 2008, mediante factura, la que fue pagada el 1 de febrero del año 2008 por medio de cheque del banco BO, cobrado el 7 de febrero del mismo año.
- m) Señala que no es efectivo los problemas de caja que imputa el demandante, toda vez que se contaba con los dineros necesarios, y que por lo mismo se llevó a cabo una licitación a suma alzada, porque se tenía el dinero para solventar el proyecto.
- n) Añade que no es efectivo que el presupuesto de obras extras N° 1 haya sido enviado a la ITO al momento de detectarse la supuesta falta de fierro. El envío del mismo fue motivo para que la ITO emitiera la liquidación final del contratista, y no para informar la supuesta falta de fierro. Esto porque el plazo para el término de la obra estaba cerca y se debía apurar la misma.
- o) Agrega que en relación a la presentación del presupuesto de obras extraordinarias este no se ciñó a lo indicado en las Bases Administrativas (punto N° 20). Enfatiza que la empresa solo recibió el presupuesto como documento de respaldo de la liquidación final del demandante emitida por TR1, por lo que se demuestra que tal no cumplió los requisitos para comprenderse dentro de los trabajos adicionales, establecido en el N° 20 de las Bases Administrativas. Sin embargo, indica que se

aceptaron como tales aquellas que a su juicio sí tenían dicho carácter, pero no se aceptó la partida correspondiente a la cuantía de fierro, porque esta debió haberse cuantificado correctamente durante el estudio del proyecto y antes de la entrega de la oferta, por lo que no se considera obra adicional.

- p) Reitera que el contrato suscrito por las partes se hizo bajo la modalidad de suma alzada y no de administración.
- q) Enfatiza que no tiene importancia la consulta efectuada por el señor G.V. al ingeniero calculista del proyecto, en atención a lo indicado en la demanda reconvenzional presentada en autos.
- r) Indica que nunca se estuvo de acuerdo con la liquidación final entregada por TR1, y que nunca se aceptó la insuficiencia de la cantidad de fierro como obra adicional. Señala que en la Minuta de Reunión N° 22, se planteó la solicitud de un anticipo para asegurar el despacho de fierro a la obra, producto de la escasez del mismo en el mercado, y por consiguiente, asegurar el cumplimiento de los plazos de término de la misma, plazos que no se cumplieron. Asimismo indica que bajo ninguna circunstancia dicho anticipo se asumió como obra adicional, y que, por lo tanto se le descontó de los Estados de Pago N°s. 6 y 7. Agrega que en la misma reunión el demandante planteó comprar con cheque a 30 días, descontado en el siguiente estado de pago.
- s) Manifiesta que la falta de fierro durante la construcción es una responsabilidad directa del demandante y no de la empresa.
- t) Reitera que nunca estuvo de acuerdo con la liquidación emitida por TR1, ya que no es correcto agregar gastos generales y utilidades de acuerdo a lo indicado en el punto 10.2 del contrato suscrito por las partes.
- u) Manifiesta que otro error puede apreciarse, tanto en la liquidación emitida por TR1 como el presupuesto de obras extraordinaria N° 1, consistente en que los señores G.V. y el demandante, acordaron subir el precio del fierro, para la emisión de la liquidación, en el supuesto de considerarse como obra adicional, de 700 \$/Kg., a 900 \$/Kg., lo cual no es correcto según el número 3.3 del contrato de suma alzada. Indica que si la liquidación emitida por TR1 se ajusta al contrato, al demandante le resulta un saldo negativo de \$ 231.398.880.
- v) Señala que con fecha 11 de junio del año 2008 se solicita al demandante retirarse de la obra por graves incumplimientos al contrato, terminado o no el trabajo. Destaca que no solo quedó pendiente la liquidación del contrato, sino que además, las obras no ejecutadas por el demandante y consideradas dentro del presupuesto, así como las reparaciones a obras mal ejecutadas.
- w) Agrega que los estados aprobados y emitidos por TR1 hasta la fecha y retiro del contratista fueron cancelados en forma íntegra y oportuna, en consecuencia, lo que el demandante dejó de pagar a sus contratistas o proveedores es de su única y exclusiva responsabilidad.

En segundo término, se refiere a los antecedentes de derecho, remitiéndose a los Artículos 1.545 y 1.489 de Código Civil. Señala que de los antecedentes ya mencionados, estos artículos vienen en confirmar su posición, toda vez que se confirma el valor de ley del contrato de suma alzada suscrito por las partes, y por ende su exigencia compulsiva del mismo. Además, invoca las normas contenidas en el Código Civil, los Artículos 1.560 y siguientes, y en especial el Artículo 1.563, ya que el contrato debe interpretarse según su naturaleza, la que, en este caso, es de suma alzada.

En tercer término, el demandante reconvenzional se refiere a las peticiones y prestaciones que se demandan, solicitando que como consecuencia de los incumplimientos anteriormente señalados, tiene derecho a solicitar al Tribunal Arbitral que:

- a) Se tenga por contestada la demanda.
- b) Se desestime la demanda en todas sus partes.
- c) Se condene a don XX a pagar las costas de la causa.

En el otrosí, viene acompañada numerosa documentación.

17. A fs. 110 de los autos arbitrales, se resuelve otorgar traslado a la objeción planteada, y además tener por contestada la demanda, y tener por acompañados los documentos ofrecidos.

18. A fs. 111, el demandado reconvenicional viene en contestar la reconvenición y manifiesta que esta sea rechazada, con costas, por las siguientes razones:

- a) En la reconvenición, el demandante reconvenicional pretende la resolución del contrato de construcción *sub lite*, con indemnización de perjuicios. Esta petición no es posible porque las obras ya fueron recepcionadas y la ITO procedió a efectuar la liquidación del contrato.
- b) Agrega que el demandante reconvenicional exige una indemnización de perjuicios derivada de los siguientes supuestos: a) retraso en la ejecución de la obra; y b) ejecución de obras no efectuadas y reparaciones de obras mal ejecutadas. Señala que dicha indemnización es improcedente porque en el contrato de construcción se regularon las multas que por causa de atrasos debían imponérsele, y que en el caso de autos se efectuó por parte de la ITO, en la liquidación final, cuyo monto ascendió a los \$ 37.089.462. Agrega que la ITO determinó que el precio que debía pagar la demandante de autos por obras pendientes y reparaciones que se subcontrataron ascendía a \$ 172.693.844 (\$ 12.700.139 por pago de imposiciones de cargo de la empresa; \$ 2.669.000 por el costo de obra de limpieza, y \$ 510.000, por retiro de escombros). Indica que de lo anterior se deduce que las partes avaluaron anticipadamente el perjuicio por el retraso en la entrega, ya que acordaron una multa equivalente a 1,5 por mil del valor del contrato, sin IVA, por cada día de atraso, multa que se descontó administrativamente en el último estado de pago.
- c) Manifiesta que no cabe otra indemnización al demandante reconvenicional que aquella señalada en las partidas correspondientes a su favor en la liquidación confeccionada por la ITO.
- d) Finaliza e indica que toda cuestión relativa al fierro del contrato es ajena a lo que se pretende accionar por reconvenición, por lo que no se hace cargo de esas menciones en esta presentación.

En definitiva solicita al Tribunal Arbitral que tenga por contestada la demanda reconvenicional y la rechace en todos sus términos, con expresa condena en costas.

19. A fs. 113 el Tribunal resuelve, tener por contestada la demanda reconvenicional.

20. A fs. 114 la demandante reconvenicional, evacua el traslado conferido a fs. 110 de los autos arbitrales, en relación a la objeción deducida a fs. 84, y solicita que esta sea desechada en todas sus partes, por las siguientes razones:

- a) Niega absolutamente el ánimo de falsear el documento objetado, toda vez que se hace mención de él solo por vía ejemplar y tal hecho se desprende del propio texto de la demanda reconvenicional.
- b) Agrega que dicho ejercicio se hizo con el solo fin de ilustrar al Tribunal la variación de la liquidación entregada por la ITO al ajustarla al contrato suscrito entre las partes, o sea, se eliminan los gastos generales y las utilidades, y los montos asociados a mayor kilaje de fierro y rebajando el precio del mismo a lo indicado en el presupuesto (de 900 a 700 \$/Kg).
- c) Reitera que lo anterior se aplica con respecto al membrete de TR1 que aparece en el documento objetado.
- d) Agrega que si su finalidad era falsear el documento no hubiera acompañado el original emitido por TR1 en la demanda.
- e) Señala que la intercalación que alude el demandado es solamente aclaratoria (el título de Partidas Subcontratadas Post Entrega Constructora).

Finaliza solicitando que se tenga por evacuado el traslado conferido a fs. 110 y se deseche la objeción de documento en todas sus partes, con condena en costas.

21. A fs. 117 el Tribunal provee, por evacuado el traslado, dejando la objeción de fs. 84 para definitiva.

22. A fs. 118 el Tribunal cita a las partes a una audiencia de conciliación.

23. A fs. 119 se efectúa audiencia de conciliación a la hora y lugar fijados a fs. 118, y en el acta de la misma se deja constancia que llamadas las partes a conciliación, esta no se produce.

Asimismo, se establece que “el Árbitro queda en resolver acerca de la determinación de los puntos de prueba de esta causa, oportunidad en la cual se fijará la fecha de la audiencia de prueba”.

24. A fs. 120 de los autos arbitrales se recibe la causa a prueba y se establecieron los siguientes puntos: 1) Si la demandante ejecutó la obra gruesa señalada en el contrato de construcción a suma alzada, en tiempo y forma. 2) Si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra era el necesario para la conclusión de esta. 3) Si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra extraordinaria fueron debidamente autorizadas. 4) Prestaciones adeudadas. Montos, motivos y circunstancias.

25. A fs. 123 de los autos arbitrales comparece la demandante principal, acompaña el sobre de posiciones ofrecido en el segundo otrosí de su demanda.

26. A fs. 124 del expediente arbitral el Tribunal resuelve tener por cumplido lo ordenado, y hace lugar a la citación de absolución de posiciones en la forma solicitada.

27. A fs. 125 y 126 de los autos arbitrales rola el sobre y pliego de posiciones que deberá deponer don L.L.

28. A fs. 128 y siguientes del expediente arbitral se lleva a efecto la primera audiencia de prueba.

El Tribunal, de común acuerdo con las partes, resuelve que en esta audiencia se recibirán las pruebas ofrecidas por la demandante principal y demandado reconvenional señor XX, dejándose la rendición de la prueba por parte del demandado principal y demandante reconvenional ZZ, para la audiencia fijada el día 7 de octubre de 2009.

Se procedió primeramente a rendir la prueba confesional, solicitada a don A.L., en representación de ZZ, a cuyo efecto se procedió abrir sobre acompañado en su oportunidad y a formular las preguntas contenidas en el pliego.

A continuación se procedió a rendir la prueba testimonial ofrecida por la parte de don XX; quien presenta los siguientes testigos: don G.V. y don V.H.

La audiencia finaliza y se dejó constancia que continuará el próximo miércoles 7 de octubre de 2009, correspondiendo rendir la prueba a la parte de ZZ.

29. A fs. 135 del expediente arbitral la demandante reconvenional, solicita al Tribunal que se despache citación escrita al testigo don A.T., individualizado bajo el numeral 3, del segundo otrosí de su presentación de 26 de junio del año 2009, para los efectos de comparecer en autos a prestar declaración.

30. A fs. 136 el Tribunal proveyó a la presentación de fs. 134, como se pide, cítese, a costa del solicitante, a don A.T., a fin de que compareciese en calidad de testigo a la audiencia arbitral del juicio a celebrarse el día miércoles 7 de octubre de 2009.

31. A fs. 137 de los autos arbitrales la demandante reconvenional, señaló en lo principal de su presentación, que el Tribunal tuviese presente la existencia de un error en el acta de la diligencia de absolución de posiciones del representante legal de ZZ, don A.L., específicamente en aquella parte en que responde a la

posición número 7, que aparece declarando que: “Es efectivo. Pero dejo constancia que la liquidación está emitida acorde al contrato de construcción”, cuando lo que está declarando es que “Es efectivo. Pero dejo constancia que la liquidación no está emitida acorde al contrato de construcción”. Señala que esto consta a todos los asistentes de la audiencia, además que se desprende de la enunciación de la respuesta, y que esta ha sido sostenida en todo momento por su parte, a lo largo de la sustanciación de los autos.

En el otrosí solicita que en virtud de lo señalado precedentemente, se sirva a enmendar el acta en tal sentido.

32. A fs. 138 de los autos arbitrales se provee a la presentación rolante a fs. 137, otorgando traslado a la contraria.

33. A fs. 141 y siguientes del expediente arbitral, se acompaña pliego de posiciones que deberá deponer don XX.

34. A fs. 145 y siguientes de los autos arbitrales se lleva a cabo la segunda audiencia probatoria ordenada a fs. 134, la que se desarrolló al tenor de lo siguiente:

Se inicia con la prueba confesional solicitada a don XX, a cuyo efecto el Árbitro le formula las preguntas contenidos en él.

Luego, se procede a rendir la prueba testimonial ofrecida por la parte de ZZ, y se presentaron los siguientes testigos: don F.L.; don J.C. y don L.J.

Finalizada la prueba testimonial, el Tribunal, atendiendo lo solicitado en el Tercer Otrosí de la demanda reconvenzional de fs. 62 y siguientes, resolvió: “Ha lugar a la solicitud de peritaje. Fíjase como plazo para que el perito don PE, evacue su informe en el plazo de 30 días corridos a contar de esta fecha. Notifíquese a costa del peticionario al perito indicado de la presente resolución”.

Finaliza la audiencia de prueba.

35. A fs. 156 de los autos arbitrales la demandante principal, quien evacuando el traslado conferido a fs. 138, manifestó en primer lugar que las actas firmadas, firmadas están.

En segundo lugar, señala que el absolvente contestó afirmativamente la posición del pliego, al indicar que la ITO contratada por ZZ, liquidó el contrato de construcción y que esa liquidación se encuentra acompañada por su parte en el número 7 del primer otrosí de la demanda; o sea, reconoció que ella estaba hecha por la ITO y que correspondía con la acompañada en autos.

En tercer y último lugar, indica que con respecto a la constancia dejada por el absolvente en la respuesta de la posición número 7 y que se pretendía corregir por la contraria, esta parte no tenía posición y lo dejaba al criterio del Tribunal.

Finaliza indicando que se tenga por evacuado el traslado.

36. A fs. 157 del expediente arbitral el Tribunal provee a la presentación de fs. 156, “por evacuado el traslado”. Además resuelve derechamente lo peticionado a fs. 137: “Dada la formalidad que se encuentra revestida el Acta de fecha 30 de septiembre, a lo principal y otrosí, no ha lugar”.

37. A fs. 158 de los autos arbitrales consta la aceptación del perito don PE.

38. A fs. 159 de los autos arbitrales, rola escrito del perito en que solicita prórroga del plazo para evacuar su informe por 30 días adicionales a los ya 30 fijados.

39. A fs. 160 del expediente arbitral rola resolución del Tribunal que provee la solicitud de fs. 159; como se pide, prorrógase el plazo para evacuar la pericia solicitada por 30 días a contar desde la fecha de notificación de esta resolución, la que deberá efectuarse en forma personal al perito designado, a costa de la parte solicitante de la misma.

40. A fs. 161 de los autos arbitrales, rola escrito de la parte demandante principal, en que repone de la resolución de fecha 7 de octubre del año 2009 de fs. 160.

Señala que para evitar dilaciones en el procedimiento, solicita que se ordene la notificación de fs. 160, por carta certificada y que su plazo se cuente desde el envío de la misma, con copia a los abogados de las partes.

Finaliza indicando al Tribunal ordenase que la ampliación de plazo otorgado se contase desde la fecha del envío de la carta.

41. A fs. 162 de los autos arbitrales, rola resolución del Tribunal que resuelve la presentación de fs. 161 y provee lo siguiente: “Atendido lo resuelto a fs. 160, no ha lugar”.

Además se ordenó a las partes a comparecer a la audiencia de determinación del procedimiento del reconocimiento del perito designado, la que se llevaría a efecto el día miércoles 11 de noviembre a las 09:00 horas, en las oficinas del CAM.

42. A fs. 163 y siguientes de los autos arbitrales, se lleva a cabo la audiencia decretada a fs. 162. En dicha audiencia se establecen las siguientes reglas:

- a) El perito cuyo juramento consta a fs. 158 de autos, deberá informar acerca de todos los puntos de prueba contenidos en la resolución de fs. 120 de autos.
- b) Las comunicaciones entre las partes con el perito y viceversa, se llevarán a cabo por escrito a través del Árbitro, de lo que deberá quedar constancia en el expediente.
- c) Las partes desde ya se comprometen a entregar al perito los documentos que este solicite en los plazos que el Tribunal determinase.
- d) El plazo para que el perito evacue su encargo sería de 30 días corridos, los que comenzarían a contar de esta fecha. Una vez evacuado dicho informe, y siendo este notificado a las partes mediante resolución al efecto, las partes tendrían un plazo de cinco días hábiles para formular observaciones a dicho informe. Transcurrido dicho plazo, el perito respondería dichas observaciones dentro del plazo de cinco días hábiles.
- e) El costo de los honorarios del perito serían de cargo de la solicitante, esto es, de ZZ, y son fijados por el perito en la suma de 70 UF.
- f) El perito podría consultar el expediente cuantas veces lo estime conveniente en las oficinas del CAM Santiago, previo aviso para efectos de reserva de una sala.
- g) El plazo del arbitraje se suspendería por 30 días corridos para los efectos del plazo estipulado en el Artículo 33 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago, no obstante las presentaciones que se señalan en el numeral segundo de la presente acta.

En la misma audiencia, el abogado de la demandante principal deja constancia que el perito designado por la demandada no tiene el carácter de perito judicial en los términos establecidos en el Artículo 414 de Código de Procedimiento Civil, sino que solo reviste el carácter de testigo instruido o experto. Agrega que esto es así, porque lo propone la demandada, lo paga la demandada y su parte nunca ha aceptado el nombramiento del perito.

Sobre este último aspecto, el abogado de la demandada principal, indica que en relación con la constancia del abogado de la contraparte, será en definitiva el Árbitro el que en el fallo ponderará el informe evacuado por el perito, otorgándole el valor probatorio que estime atendida su calidad de Arbitrador. Agrega que su parte ha estado a las normas de procedimiento fijadas en autos y acordadas por ambas partes, en la especie aquello indicado en la letra d) del punto 3.3 de las Bases de Procedimiento, que confieren a cada una de las partes la facultad de designar perito a efectos que evacue informes sobre las materias discutidas en este proceso. Añade que su parte ha hecho uso de esa facultad, lo que no ha hecho la contraria, tal como consta en autos.

Finaliza indicando que, en relación a la supuesta calidad de testigo instruido o experto que se le pretende dar al perito y las circunstancias que la determinarían de acuerdo a lo indicado por la contraparte, cabe señalar que efectivamente su parte lo ha propuesto, de acuerdo a las normas de procedimiento y que su parte lo paga tal como ocurre en los juicios de cualquier naturaleza, sobre todo en el juicio ordinario civil que se aplica supletoriamente en nuestra legislación en el contexto de los cuales las pericias siempre son canceladas por la parte que las pide.

- 43.** A fs. 165 y 166 de los autos arbitrales, rola documento acompañado en la presentación de fs. 167.
- 44.** A fs. 167 de los autos arbitrales, rola escrito de la parte demandante reconvenzional, en que acompañó el documento consistente en una carta de remisión al perito don PE de los antecedentes por él solicitados en relación con la práctica del informe encomendado, debidamente recepcionados por este.
- 45.** A fs. 168 de los autos arbitrales, rola documento individualizado a fs. 167.
- 46.** A fs. 170 y siguientes de los autos arbitrales, rola informe pericial elaborado por el señor PE.
- 47.** A fs. 174 de los autos arbitrales el Tribunal proveyó al documento rolante a fs. 170 y siguientes, teniéndose por evacuado el informe decretado a fs. 154 y 155 de autos, y de conformidad a lo establecido a fs. 163, otorgó a las partes el plazo de cinco días, contado desde la notificación de la presente resolución para que formularan las observaciones que mereciera el contenido de dicho informe.
- 48.** A fs. 175 de los autos arbitrales, rola resolución del Tribunal en que prorroga, por el término de seis meses, a contar del día 12 de enero del año 2010, el plazo de que dispone el Tribunal Arbitral para dictar el Laudo de esta causa.
- 49.** A fs. 176 del expediente arbitral, rola escrito de demandante principal, en que formula observaciones al informe pericial.
- 50.** A fs. 179 de los autos arbitrales, rola escrito de demandante principal, en que formula observaciones a la prueba.
- 51.** A fs. 184 de los autos arbitrales, rola escrito de la demandante reconvenzional, en el que se formulan observaciones al informe pericial.
- 52.** A fs. 188 del expediente arbitral, el Tribunal provee a los escritos de fs. 176 y 184, téngase presente; al escrito de fs. 179, estése a lo que se resolverá. De conformidad a lo previsto en el punto 3.4 del Acta sobre Bases del Procedimiento, otórgase a las partes el plazo de tres días a contar de la fecha de notificación de la presente resolución, para efectuar observaciones a la prueba rendida en autos.

53. A fs. 189 de los autos arbitrales el Tribunal otorga al perito señor PE el plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución, para que dé respuesta a las observaciones que sobre su informe han deducido las partes de este juicio.

54. A fs. 190 de los autos arbitrales, rola escrito del demandante principal, en que ratificó las observaciones a la prueba presentadas a fs. 179.

55. A fs. 191 de los autos arbitrales, rola escrito de la demandante reconvenional, en que formuló observaciones a la prueba.

56. A fs. 203 de los autos arbitrales, el Tribunal provee a lo solicitado a fs. 190 y 191.

57. A fs. 204 y siguientes de los autos arbitrales, rola escrito del perito don PE, en que responde a las observaciones sobre el informe pericial.

58. A fs. 207 del expediente arbitral, rola resolución del Tribunal, en que se resolvió, a lo expuesto a fs. 204, téngase presente; de conformidad a lo dispuesto en el punto 3.5 del Acta sobre Bases de Procedimiento, llámase a las partes a conciliación.

59. A fs. 208 de los autos arbitrales, rola escrito de la demandante principal, en que solicitó citación para oír sentencia.

60. A fs. 209 del expediente arbitral, rola resolución en que se resuelve a lo expuesto a fs. 208, estése al mérito de autos.

61. A fs. 210 del expediente arbitral, rola escrito de delega poder, de demandante reconvenional.

62. A fs. 211 del expediente arbitral, rola audiencia de conciliación celebrada con fecha 25 de enero del año 2010, en la que consta que esta no se produce.

63. A fs. 212 del expediente arbitral se cita a las partes a oír sentencia.

B. RESPECTO AL EXPEDIENTE ROL 1041-2009, INICIADO EL 17 DE JULIO DEL AÑO 2009; ENTRE XX CON ZZ, CUADERNO DE MEDIDA PRECAUTORIA

1. A fs. 1 y siguientes del expediente arbitral, rola escrito de solicitud de Medida Precautoria deducida por el demandante, don XX, quien pide que se decrete la medida prejudicial de celebrar actos o contratos que involucren la enajenación del bien de propiedad de ZZ, demandado, por los siguientes motivos:

- a) Consta en autos que el demandante persigue en contra de la demandada un crédito por \$ 310.560.271, monto que surge de la liquidación que la ITO efectuó al término del contrato.
- b) Señala que este crédito se originó por el problema de fierro que surgió durante la ejecución de la obra. Además, indica que la Inmobiliaria adeuda retenciones y saldos de estados de pago por más de 97.000.000., monto determinado por la ITO descontadas las multas por atrasos y el valor de obras por reparaciones.
- c) Agrega que de los documentos acompañados en esta presentación, se deduce que la demandada no ofrece suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Continúa e indica que el único bien conocido del demandado corresponde precisamente al inmueble ubicado en calle DML, de Puente Alto, inscrito el año 2008, en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto, y que es inminente su enajenación total, toda vez que la obra tuvo por objeto la construcción de oficinas y estacionamientos comerciales.

- d) Indica que aunque el avalúo del inmueble es de \$ 337.150.929, se debe considerar que sobre él se ha construido un edificio, cuyas oficinas y estacionamientos están siendo objeto de actos y contratos que involucran su enajenación; por tal motivo aduce, urge obtener esta medida, en atención al crédito de que esta parte tiene a su favor, que asciende a \$ 310.560.271, más intereses y costas.
- e) Manifiesta que de acuerdo al Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes del demandado, que no son materia del juicio, procede cuando sus facultades económicas no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.
- f) Agrega que es evidente la necesidad de cautela porque se debe considerar que ha transcurrido más de un año desde que el demandante dejó las obras, y casi diez meses que se liquidaron los montos a su favor, sin que la demandada haya pagado las retenciones y estados de pago demandados. Continúa indicando que la capacidad económica de la demandada no da seguridad de que pueda cumplir la sentencia que se dicte por dos motivos: a) Es una sociedad que solo se creó para la construcción de la obra y, b) El único bien inmueble a su nombre corresponde el ya individualizado.
- g) Por estos motivos, la demandante solicita la medida precautoria regulada en el Artículo 290 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, es decir, la prohibición de celebrar actos y contratos que involucren enajenación del inmueble ubicado en calle DML de la comuna de Puente Alto, inscrito el año 2008, en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto.
- h) Señala que se solicita esta medida para los actos que solo importen enajenación del inmueble, por lo que no afecta las demás facultades distintas a esta.
- i) Agrega que constituye una presunción grave del derecho que se reclama el informe emanado por la ITO, acompañado en estos autos, y no objetado por causas legales.

Finaliza solicitando que se decrete la medida precautoria consistente en la prohibición de celebrar actos y contratos que involucren la enajenación del inmueble ubicado en calle DML, de Puente Alto, inscrito en el Registro de Propiedades correspondiente al año 2008, del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto, ordene su inscripción en el Registro de Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces referido, decretando que la medida se lleve a efecto, sin previa notificación del demandado.

En el primer otrosí, acompaña los siguientes documentos: 1) Copia electrónica de inscripción de dominio del inmueble referido y, 2) Certificado de avalúo fiscal del inmueble. En el segundo otrosí, solicita que se decrete exhorto al Juzgado de Letras de Puente Alto para que proceda a la inscripción de la medida precautoria, facultándole para su cabal cumplimiento, incluida la notificación de la demanda una vez efectuada la traba, autorizando su tramitación personal. En el tercer otrosí, solicita que se forme cuaderno separado.

2. A fs. 8 de los autos arbitrales, rola resolución en que el Tribunal provee al escrito de fs. 1, a lo principal, traslado; al primer otrosí, téngase por acompañados; al segundo otrosí, se resolverá; al tercer otrosí, como se pide, fórmese cuaderno separado de Medida Precautoria, a contar del escrito de fs. 1.

3. A fs. 9 de los autos arbitrales, la demandada evacua el traslado conferido a fs. 8, en los siguientes términos:

- a) Señala que la solicitud de esta medida carece de todo fundamento, toda vez que la demandante la reviste como un fallo anticipado, al señalar verosímil su pretensión, cuestión que no es requisito determinante de la procedencia de una medida precautoria. Agrega que el objeto del juicio consiste en la suscripción de un contrato de construcción de suma alzada entre las partes, conociendo cada una de los términos a que se obligaban, en especial a lo referente a los estados de pago.
- b) Expresa que el inmueble que se pretende decretar la medida no es materia de este juicio. Para ello, cita textualmente el Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil.
- c) Argumenta que en la especie no existe ningún antecedente que permita siquiera suponer que las facultades de la demandada no ofrezcan garantía suficiente para asegurar el resultado del juicio, por lo que el razonamiento del demandante es equivocado, al pretender que del hecho que la demandada sea dueña de un inmueble no lo pueda ser de otro, o que carece de patrimonio suficiente.

- d) Agrega que no se cumplen los requisitos específicos que indica el Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil, porque el inmueble no es materia del juicio y tampoco hay prueba alguna que las facultades de la demandada no ofrezcan suficiente garantía. Indica que la norma fundamental que determina la procedencia de las medidas precautorias, a saber el Artículo 290 del mismo cuerpo legal, se limita a señalar que aquellas tienen por objeto asegurar los resultados del juicio y que ello no es necesario en la especie.
- e) Señala que lo solicitado por la demandante carece de todo fundamento, a saber: a) que en la especie no existe ningún antecedente que permita siquiera suponer que las facultades de la demandada no ofrezcan garantía suficiente para asegurar el resultado del juicio; b) que la demandante funda su solicitud en la procedencia de sus alegaciones de fondo, cuestión que no es certera y además, coloca al Tribunal en una posición incómoda y compleja, al pretender teñir la resolución que se solicita en carácter de fallo.
- f) Finalmente, el demandado se refiere a lo dispuesto por el Artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, y agrega que la demandante no ha acompañado ningún elemento válido, serio y grave para hacer presumir aquello que se pretende.

Finaliza solicitando tener por evacuado el traslado conferido en autos, y que sea desechada la solicitud de medida precautoria deducida en todas sus partes, con expresa condena en costas.

En el otrosí, acompaña con citación de la contraria, informe Dicom de la parte demandada.

4. A fs. 16 del expediente arbitral, rola resolución del Tribunal en que provee a lo principal, por evacuado el traslado; en el otrosí, por acompañados en la forma ofrecida. Vistos: la presentación efectuada a fs. 1 de este Cuaderno de Precautoria, y el traslado evacuado a fs. 9 y los documentos acompañados por ambas partes; se resuelve: “No ha lugar, por ahora, a la medida precautoria solicitada por la demandante principal.”.

CONSIDERANDO:

A. RESPECTO A LA INCIDENCIA SOBRE OBJECCIÓN DOCUMENTAL PLANTEADA A FS. 84 DEL CUADERNO PRINCIPAL

Primero: A fs. 84 la parte del demandante señor XX, interpone objeción documental respecto al instrumento acompañado por la contraria rolante de fs. 105 a 111 del Tomo I del Cuaderno de Documentos, consistente en una copia del informe de liquidación final emitida por TR1 de fecha 27 de octubre de 2008, por la causal de falsedad. Señala que en este documento se han introducido intercalaciones y alteraciones que hacen variar su contenido, las cuales fueron hechas, por confesión voluntaria y expresa, por la parte demandada. Explica que las alteraciones consistieron en haber presentado una liquidación cuyo contenido, en cuanto a la cantidad resumen, es diversa a la señalada en la liquidación original, mientras que la intercalación consistió en haber puesto una frase que en el documento original no existe.

Segundo: Que, evacuando el traslado por la objeción planteada, la parte demandada de la Inmobiliaria ZZ, se remitió a las explicaciones señaladas en su demanda reconvenional en el sentido que esa misma parte reconoce que dicha liquidación, diversa de la original, fue presentada a manera de ejemplo y con el solo ánimo de permitir la claridad de la postura de acuerdo a lo en ello expuesto; asimismo, señaló no haberlo hecho con la intención de falsear documento alguno.

Tercero: Que, consta en el escrito de fs. 62 y siguientes, que en su primer otrosí, particularmente en el número 15, la parte de ZZ acompaña en parte de prueba “Copia de liquidación final emitida por TR1 con fecha 27 de octubre de 2008”, mientras en el número 16, dicha parte acompaña “Copia del mismo documento referido recién, pero esta vez corregido por esta parte en conformidad a lo acordado por las partes en el contrato de autos”, vale decir, que es la misma parte que acompaña el documento quien aclara las

circunstancias en las cuales lo acompañó, previniendo de antemano la posibilidad de estimar una posible falsedad, advirtiéndole que se trataba solo de un ejemplo para justificar su posición.

A juicio de este Tribunal, los antecedentes antes descritos en caso alguno se podrían encuadrar en lo que la ley entiende por falsedad de documento acompañado en juicio, cuyo mérito y consecuencias no corresponde analizar, puesto que no se trata en caso alguno de lo que se objetó, incidencia que se desechará de acuerdo a lo expuesto en definitiva.

B. RESPECTO DE SOLICITUD DE MEDIDA PRECAUTORIA

Cuarto: A fs. 1 del Cuaderno de Medida Precautoria, comparece la parte demandante principal, señor XX, solicitando la medida prejudicial precautoria de “prohibición de celebrar actos y contratos” sobre el inmueble de propiedad del demandado, ubicado en calle DML, de la comuna de Puente Alto, Región Metropolitana, inscrito el año 2008, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto, para cautelar el pago íntegro de las prestaciones adeudadas por ella, cuyo monto asciende a \$ 310.560.271, todas derivadas por la construcción de oficinas y estacionamientos según el contrato a sumaalzada celebrado entre las partes. Fundamentó su petición en la eventual incapacidad económica que presenta la demandada, ya que esta no ha querido cancelar el monto señalado anteriormente desde la fecha de la liquidación emitida por TR1, esto es, el 27 de octubre del año 2008, y solo posee en su haber el inmueble ya individualizado.

Quinto: Evacuando el traslado de la solicitud de medida prejudicial precautoria, la demandada señaló que esta debía rechazarse toda vez que el objeto del juicio principal no lo constituía el inmueble, sino que el contrato a sumaalzada suscrito por las partes. Asimismo, indicó que la demandante no había justificado fehacientemente la falta de garantía suficiente para asegurar el resultado del juicio, requisito esencial para la procedencia de dicha medida.

Sexto: Sobre este particular, cabe tener presente que, la medida prejudicial precautoria tiene por objeto garantizar las resultas del juicio; en la especie se ha solicitado la prohibición de celebrar actos o contratos sobre el inmueble de propiedad de la demandada ZZ, ya individualizado, medida contemplada en el número 4 del Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil. Para la procedencia de dicha medida debe cumplirse con los requisitos señalados en los Artículos 296 y 298 del mismo cuerpo legal, es decir, solo se debe referir a bienes que son materia del juicio, y tratándose de bienes que no tienen dicho carácter, solo procede si las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio; y además, el demandante debe acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

Séptimo: Que, en la especie la solicitud de medida prejudicial precautoria no cumple con los requisitos exigidos por la ley, toda vez que el inmueble no constituye materia del juicio principal, y los documentos aportados al proceso, a juicio de este Tribunal, no han acreditado de ninguna manera que las facultades económicas del demandado no ofrecieran suficiente garantía; incidencia que se desechará de acuerdo a lo expuesto en definitiva.

C. EN CUANTO AL FONDO

Octavo: Que, el problema que se sometió a la resolución de este Árbitro residía en determinar si la demandada principal, adeudaba a la demandante el saldo por ejecución de la obra gruesa del proyecto Inmobiliario denominado AB-Puente Alto según el contrato de construcción de sumaalzada, emitido por la Inspección Técnica de Obra TR1 en su liquidación final, o bien, si como lo sostuvo esta, nada le adeuda a la demandante.

Asimismo, la demandante reconvenional solicitó al Tribunal que se declarase resuelto el contrato con indemnización de perjuicios, por los reiterados incumplimientos a las obligaciones que emanan del contrato realizados por el demandado reconvenional en la ejecución del proyecto.

En consecuencia se debe determinar si efectivamente de los antecedentes acompañados y de las pruebas rendidas en estos autos, la demandada principal adeudaba a la demandante los aspectos enunciados en el párrafo primero de este numeral, y si la demandada reconvenional no cumplió a las obligaciones que emanaban del contrato a suma alzada, como alega el demandante reconvenional.

Noveno: Que, conforme al Artículo 1.438 del Código Civil, “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, según Arturo Alessandri Rodríguez, *“la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho”* (De los Contratos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, edición reimpresa de julio de 2004, página 10). Lo anterior sirve para denotar la autonomía de la voluntad que las partes poseen en ejercicio de la potestad regulatoria que reconoce en amplitud el Artículo 1.545 del Código Civil, en orden a que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En tal sentido, la doctrina civilística chilena clásica y contemporánea ha sido generosa en establecer los alcances de la autonomía de la voluntad afirmando que: *“Los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados en la ley; combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aún modificar su estructura”* (Alessandri, op. cit, página 10); y que *“No es exagerado sostener, entonces, que es este el campo más fecundo en lo que dice relación con la creación del derecho y la regulación jurídica de la conducta social. Dicho en otras palabras, el ámbito de la voluntad desborda largamente cualquier otra fuente formal de derecho (ley, reglamento, costumbre, tratados internacionales, resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etcétera). Lo que se señala no es inocuo, porque importa reconocer que el derecho que nos afecta está creado con nuestra propia y directa intervención”* (Pablo Rodríguez Grez, *Pacta Sunt Servanda*, en Actualidad Jurídica, Tomo 18, Santiago, julio de 2008, página 107).

Décimo: Que, de conformidad al Contrato de Construcción por Suma Alzada suscrito entre las partes con fecha 13 de febrero del año 2008 -según lo reconocen ambas partes-, por la suma de \$ 649.325.309 más el Impuesto al Valor Agregado (IVA), este tuvo por objeto la ejecución por el contratista para el propietario, de las obras por suma alzada con suministro de materiales de un proyecto inmobiliario denominado AB-Puente Alto, que ZZ desarrolló en los terrenos ubicados en calle DML, de la comuna de Puente Alto, Región Metropolitana.

Que, según consta en el punto 3.1 de la cláusula tercera del contrato, el precio a percibir por el contratista era por suma alzada y única, la que comprendería la totalidad de las obras consideradas en el presente contrato y en sus documentos anexos, y todos los elementos para ejecutarlos hasta sus terminación y recepción definitiva por el propietario; esta suma alzada ascendería a la cantidad única y total de \$ 649.325.309 más Impuesto al Valor Agregado (IVA).

El punto 3.2 de la misma cláusula del contrato señala que el precio mencionado tenía el carácter de alzado y no revisable, sin reajuste de ninguna especie, por lo que no podía ser objeto de variación, salvo acuerdo expreso de las partes, por escrito, que implicase un aumento o disminución de la obra; respecto de las obras extraordinarias debía estarse a lo dispuesto en el artículo décimo del presente contrato.

Undécimo: Que, concordante con lo que consta en el punto 2.1 párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, el contratista declaró que recibió materialmente los terrenos en que se desarrollaría el proyecto, con fecha 16 de octubre del año 2007, a su entera y total satisfacción. Asimismo, las partes están de acuerdo con que las obras objeto del presente contrato comenzaron a ejecutarse con fecha 29 de octubre del año 2007.

Duodécimo: Que, según consta en el punto 4.1 cláusula cuarta del contrato, el pago del precio se haría mediante estados de pago mensuales.

Estos estados de pago se presentarían a la Inspección Técnica de Obra, en adelante, ITO, dentro de los primeros tres días hábiles de cada mes, y deberían incluir las obras efectivas e íntegramente ejecutadas hasta el último día del mes anterior; la ITO tendría un plazo máximo de cinco días hábiles bancarios contado desde que recibiese cada estado de pago para revisar y formular observaciones al mismo, aprobándolo o rechazándolo. Aprobado que fuese el correspondiente estado de pago, el contratista debía emitir y entregar a la ITO la correspondiente factura, debiendo el propietario pagar dicho estado de pago dentro del plazo máximo de 15 días hábiles bancarios contado desde la fecha de la entrega de la mencionada factura; una vez aprobado el estado de pago, el contratista debía formalizarlo, entregando la factura correspondiente.

Decimotercero: Que, según consta en el punto 5.1 de la cláusula quinta del contrato, las obras debían estar totalmente terminadas y recibidas por el propietario a más tardar el día 29 de febrero del año 2008, y ejecutarse de acuerdo al programa de Avance de Obra, salvo caso fortuito o fuerza mayor, lo que, en caso de desacuerdo de las partes, sería calificada por el Árbitro del contrato.

Decimocuarto: Que, según consta en el punto 6.2 de la cláusula sexta del contrato, y reconocido en las alegaciones de ambas partes el propietario estaba facultado para designar y remover a su arbitrio a la Inspección Técnica de Obra, la que representa al propietario con amplias atribuciones para la inspección, control y aprobación de las obras, debiendo el contratista otorgarle a ella libre acceso a las obras en cualquier momento y circunstancia y todas las facilidades que se requieran para el buen desempeño de la inspección. La ITO inspeccionaría y supervisaría los trabajos, ensayos de materiales y la calificación de los trabajadores empleados en la ejecución de las obras; ella, también determinaría la aceptación de la calidad y cantidad de los materiales suministrados, y podría rechazar y ordenar el retiro de materiales, equipos y mano de obra, que en su opinión no cumplieren con las condiciones y términos que se desprendían de los documentos del contrato. La ITO tendría también la autoridad para suspender los trabajos total o parcialmente debido a fallas del contratista, corregir condiciones inseguras para su personal o para el público en general, por fallas en el cumplimiento de las condiciones y términos del contrato, o por cualquier otra razón que atentase contra los intereses del propietario, en materias relacionadas con el presente contrato. La ITO no tendría ninguna autoridad para relevar al contratista de ninguna de sus obligaciones contractuales o para ordenar ningún trabajo que implique atrasos o pagos extraordinarios, sin la aprobación previa del propietario, ni podría exigir al contratista la ejecución de ninguna obra extraordinaria que supusiese mayor precio o plazo, sin que previamente se acordase por escrito su precio o plazo adicional.

Decimoquinto: Que, según consta en el punto 6.5 de la cláusula sexta del contrato, el contratista debería mantener permanentemente en terreno un Libro de Obras, en triplicado, para efectos de registrar allí las instrucciones, información y comunicación de la ITO, arquitecto, ingeniero calculista, mecánico de suelos y el propio contratista. Además sería responsable de que cada subcontratista mantuviese en oficina un Libro de Obras, y cualquier modificación de planos o especificaciones debería constar en forma destacada en el Libro como una orden de cambio y debería constar con la aprobación del propietario.

Decimosexto: Que, según consta en el punto 10.1 de la cláusula décima del contrato y ha sido reconocida en las alegaciones de ambas partes, si durante la ejecución de las obras, el propietario acordase introducir en el proyecto de construcción modificaciones que produjeran aumentos, reducción y aún supresión de las cantidades de obra, dichas modificaciones debían expresarse a través de la emisión de Órdenes de Cambio escritas y rotuladas con dicho nombre, las que serían obligatorias para el contratista, siempre que los cambios no supusiesen una variación de más del 20% del importe total de la obras y que no implicasen un aumento de plazo.

Decimoséptimo: Que, según consta en el punto 10.3 de la cláusula décima del contrato y ha sido reconocida por ambas partes, si la modificación supusiese la introducción de partidas o unidades cuya valorización no estuviese contemplada en los precios unitarios del presupuesto, o que significasen la ejecución de obras nuevas, solo podría ser cobrado su costo directo efectivo y este precio debería ser aceptado previamente por ambas partes, por escrito, antes del inicio de ellas. Asimismo, en este caso se pactaría el mayor plazo del contrato que la ejecución de las obras conllevarse si ello fuere procedente.

Decimoctavo: Que, según consta en el punto 10.4 de la cláusula décima del contrato y ha sido reconocida por ambas partes, para los aumentos que a juicio de la ITO den origen a una ampliación del plazo, este se convendría entre las partes, sin que el aumento de plazo origine cobro o indemnización de ninguna especie. En esta situación, sería responsabilidad del contratista solicitar justificadamente el aumento de plazo, entendiéndose que renuncia a todo derecho, si no hace la presentación dentro de cinco días hábiles desde que se acordó el aumento.

Decimonoveno: Que, según consta en el punto 11.1 párrafo segundo de la cláusula undécima del contrato y ha sido reconocida por ambas partes, las multas podrían ser descontadas administrativamente del último estado de pago, ya sea de las retenciones del contrato o de las garantías de este. Asimismo, las multas que en esta cláusula se establecían eran independientes y adicionales a cualquier otra indemnización que recibiese el propietario al hacer efectivas las garantías del presente contrato.

Vigésimo: Que, según consta en el punto 11.2 de la cláusula undécima del contrato y ha sido reconocida por ambas partes, el propietario podría, unilateralmente, resolver el contrato con derecho a reclamar los daños y perjuicios que para él deriven, si se produjere un retraso imputable al contratista de 30 días corridos según el programa de obra, en cualquiera de las partidas programadas que interfiera en la ruta crítica de la obra.

Vigésimo Primero: Que a fs. 50 y siguientes de los autos arbitrales rola demanda de cumplimiento forzado del contrato, interpuesta por don XX, en contra de ZZ, representada por don A.L., la que se funda en los Artículos 1.545, 1.489 y 1.559 del Código Civil.

En ella el demandante solicita al Tribunal que se condene a ZZ, a las siguientes prestaciones:

- a) Que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada.
- b) Que se condene a ZZ, a cumplir el contrato en los términos de pagar la cantidad de \$ 35.527.543 por concepto de retenciones adeudadas, monto que ya incluye el IVA; o a la cantidad de dinero que por este concepto se determine por S.S., conforme al mérito del proceso.
- c) Se condene a ZZ, a pagar la cantidad de \$ 62.146.257, por concepto de estado de pago adeudado, monto que ya incluye el IVA.
- d) Se condene a ZZ, a cumplir el contrato en los términos de pagar la cantidad de \$ 212.886.471, por conceptos de obras adicionales adeudadas, monto que ya incluye el IVA.
- e) Se condene a ZZ, por cada una de dichas cantidades reajustadas conforme a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de liquidación del contrato efectuada por la Inspección Técnica de Obra y la fecha de su pago efectivo.
- f) Se condene a ZZ, a pagar cada una de las cantidades anteriores con el interés corriente del período comprendido entre la fecha de la liquidación del contrato efectuada por la Inspección Técnica de Obra y hasta su pago efectivo.
- g) Se condene a ZZ, a pagar las costas de la causa.

Vigésimo Segundo: Que, a fs. 62 y siguientes de los autos arbitrales rola demanda reconventional deducida por don L.L., en representación de ZZ, en contra de don XX, la que funda en los Artículos 1.489 y 1.437 del Código Civil, esto es la acción de resolución del contrato de sumaalzada suscrito por las partes de fecha 13 de febrero de 2008, con indemnización de perjuicios.

En ella se formula al Tribunal Arbitral las siguientes peticiones:

- a) Se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada reconvenional.
- b) Se condene a don XX a pagar una indemnización equivalente a 22.154 UF, que asciende a la fecha de presentación a la suma de \$ 463.935.997.
- c) Se condene a don XX a pagar las costas de la causa.

Vigésimo Tercero: Que, en relación al auto de prueba fijado en autos, cabe tener por suficientemente probados a base de los documentos acompañados, y prueba confesional y testimonial rendida en autos, a fs. 1 y siguientes Tomos I y II de Cuaderno de Documentos, a fs. 128, 145 y 170 del Cuaderno Principal, los siguientes hechos:

- 1) Que con fecha 13 de febrero de 2008, entre ZZ, persona jurídica de derecho privado, del giro de su denominación, la que concurrió debidamente representada, por don L.L., “propietario”, por una parte, y por la otra, “contratista” o “el constructor”, don XX, se celebró Contrato de Construcción por Suma Alzada con suministro de materiales de un centro comercial y de oficinas, urbanización completa, del proyecto inmobiliario denominado AB-Puente Alto, que ZZ desarrollaría en los terrenos ubicados en calle DML, de la comuna de Puente Alto, Región Metropolitana.
- 2) Que las obras respectivas se iniciaron el día 29 de octubre de 2007 según consta en el punto 2.1 de la cláusula quinta del citado contrato.
- 3) Que durante la ejecución del proyecto se presentaron problemas y atrasos.
- 4) Que no se pagaron oportunamente los estados de pago.

Que, a fs. 120 del Cuaderno Principal se fijaron como puntos de prueba los siguientes:

- 1) Si la demandante ejecutó la obra gruesa señalada en el contrato de construcción a suma alzada, en tiempo y forma.
- 2) Si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra era el necesario para la conclusión de esta.
- 3) Si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de las obras extraordinarias fueron debidamente autorizadas.
- 4) Prestaciones adeudadas. Montos, motivos y circunstancias.

Vigésimo Cuarto: Que, en relación a lo solicitado por las partes, se debe establecer si existió incumplimiento contractual imputable a las partes, a fin de determinar si proceden las acciones de cumplimiento forzado del contrato y resolución del mismo deducidas en este proceso.

En cuanto al primer punto de prueba, esto es si la demandante ejecutó la obra gruesa señalada en el contrato de construcción a suma alzada, en tiempo y forma, se analizaron los siguientes documentos que el demandante de autos acompañó los siguientes documentos en el Tomo II del Cuaderno de Documentos: a fs. 198 contrato de construcción por suma alzada, de fecha 13 de febrero de 2008, suscrito entre las partes; a fs. 208 Bases Administrativas de fecha 4 de septiembre de 2007, elaboradas por TR1; a fs. 223 Especificaciones técnicas de arquitectura del proyecto: Edificio AB-Puente Alto; a fs. 249 presupuesto de Obras Extraordinarias N° 1 de abril de 2008; a fs. 252 Revisión N° 01, suscrito por la ITO de fecha 8 de abril de 2008; a fs. 253 Estados de Pago N°s. 1 y 7, emitidos por la ITO en que consta el hierro que se adiciona al primitivo presupuesto; y a fs. 260 liquidación final del contrato, efectuada por la ITO, TR1. La parte demandada, a su vez, acompañó los siguientes instrumentos: En el Tomo I del Cuaderno de Documentos, a fs. 1 copia de Solicitud de Permiso de Edificación a través del cual se ingresa el proyecto a la Dirección de Obras Municipales de Puente Alto; a fs. 3 copia correo electrónico enviado por el arquitecto del proyecto señor A.O.;

a fs. 6 copia de ingreso de fecha 31 de julio de 2007 a la Municipalidad de Puente Alto, de las especificaciones técnicas de arquitectura del proyecto; a fs. 8 copia de invitación a cinco empresas constructoras a participar en la construcción de los edificios, bajo modalidad de suma alzada, en pesos sin reajustes; a fs. 10 copia de carta suscrita por el contratista; a fs. 11 copia de las Bases Administrativas del proyecto; a fs. 26 copia de formulario de preguntas y respuestas de la propuesta, emitidos por TR1; a fs. 32 copia de Acta que da cuenta de los proponentes que asistieron a la visita a terreno de 11 de septiembre de 2007; a fs. 33 copia de declaración del contratista de fecha 29 de agosto de 2009; a fs. 34 copia de carta de fecha 08 de octubre de 2007, a través de la cual se adjudica la obra gruesa del edificio al contratista; a fs. 35 y siguiente copia autorizada del Libro de Obras del Proyecto; a fs. 83 copia de minuta de reunión N° 1 de fecha 11 de octubre de 2007; a fs. 86 copia de formulario resumen de la oferta de 27 de octubre de 2007; a fs. 87 copia de Estado de Pago N° 7 de la obra gruesa asociado al contratista; a fs. 88 copia de liquidación final emitida por TR1 con fecha 27 de octubre de 2008; a fs. 105 copia de liquidación final emitida por TR1 corregido por las partes; a fs. 113 copia de escritura pública de constitución de ZZ; a fs. 131 de los autos arbitrales, rola copia del contrato suscrito entre las partes; a fs. 142 certificado de fecha 18 de noviembre de 2008 de TR6 ingenieros consultores; a fs. 143 copia de cotización de TR1 de 03 de abril de 2008; a fs. 146 copia recepción provisoria notarial efectuada con fecha 24 de junio de 2008; a fs. 187 planilla que contiene estimación de las cantidades que ha dejado de percibir ZZ; a fs. 188 carta remitida al contratista de fecha 23 de enero de 2009 con su respectiva certificación. En el Tomo II del Cuaderno de Documentos acompaña a fs. 313 copia RUT de ZZ; a fs. 314 copia de formulario de declaración de inicio de actividades de ZZ; a fs. 315 copia de factura emitida por los Estados de Pago N°s. 1 y 2°; a fs. 318 copia de factura emitida por el Estado de Pago N° 3; a fs. 320 copia de cartola bancaria del banco BO; a fs. 322 copia de presupuesto de obra extra N° 1; a fs. 325 copia minuta de reunión N° 32 de fecha 14 de mayo de 2008; a fs. 326 copia correo electrónico enviado por la Inmobiliaria a TR1 con fecha 30 de octubre de 2008; a fs. 327 copia factura emitida por el Estado de Pago N° 6; a fs. 329 copia de minuta de reunión N° 22, de fecha 11 de marzo de 2008, y a fs. 332, copia factura emitida por el Estado de Pago N° 7. Se debe agregar la prueba testimonial de fs. 148 a 152; la absolucón de posiciones de fs. 145 e informe pericial de fs. 170 del Cuaderno Principal.

En cuanto al segundo punto de prueba, esto es si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra era el necesario para la conclusión de esta, se analizaron, la parte demandante acompañó prueba documental a fs. 198, contrato de suma alzada; 249, presupuestos de obras extraordinarias N° 1; 260, liquidación final emitida por TR1, y 268, estudio de cálculo de hierro realizado por don F.C., del Tomo II de Cuaderno de Documentos. Por su parte la demandada acompañó a fs. 10, carta suscrita por contratista; a fs. 26, copia de formulario de preguntas y respuestas de la propuesta emitido por TR1; fs. 35 y siguientes copia autorizada del Libro de Obra del Proyecto; a fs. 88 copia de liquidación final emitida por TR1; a fs. 131 contrato suscrito por las partes, del Tomo I del Cuaderno de Documentos, y a fs. 325, minuta de reunión N° 32 de fecha 14 de mayo de 2005, del Tomo II del Cuaderno de Documentos. Asimismo, se debe adicionar la prueba testimonial de fs. 130; 132 y 148 del Cuaderno Principal; y la absolucón de posiciones rendida a fs. 128 y 145 del mismo cuaderno.

En cuanto al tercer punto de prueba, esto es si la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra extraordinaria fue debidamente autorizada, la parte demandante acompañó prueba documental a fs. 198 contrato de construcción por suma alzada, de fecha 13 de febrero de 2008, suscrito entre las partes; a fs. 208 Bases Administrativas de fecha 4 de septiembre de 2007, elaboradas por TR1; a fs. 223 especificaciones técnicas de arquitectura del proyecto: AB-Puente Alto; a fs. 249 presupuesto de obras extraordinarias N° 1 de abril de 2008; a fs. 252 revisión N° 01, suscrito por la ITO de fecha 8 de abril de 2008; a fs. 253 Estados de Pago N°s. 1 y 7, emitidos por la ITO en que consta el hierro que se adiciona al primitivo presupuesto; y a fs. 260 liquidación final del contrato, efectuada por la ITO, TR1, del Tomo II de Cuaderno de Documentos. La parte demandada, a su vez, acompañó a fs. 1 copia de Solicitud de Permiso de Edificación a través del cual se ingresa el proyecto a la Dirección de Obras Municipales de Puente Alto; a fs. 3 copia correo electrónico enviado por el arquitecto del proyecto señor A.O.; a fs. 6 copia de ingreso de fecha 31 de julio de 2007 a la Municipalidad de Puente Alto, de las especificaciones técnicas de arquitectura del proyecto; a fs. 8

copia de invitación a cinco empresas constructoras a participar en la construcción de los edificios, bajo modalidad de suma alzada, en pesos sin reajustes; a fs. 10 copia de carta suscrita por el contratista; a fs. 11 copia de las Bases Administrativas del proyecto; a fs. 26 copia de formulario de preguntas y respuestas de la propuesta, emitidos por TR1; a fs. 32 copia de Acta que da cuenta de los proponentes que asistieron a la visita a terreno de 11 de septiembre de 2007; a fs. 33 copia de declaración del contratista de fecha 29 de agosto de 2009; a fs. 34 copia de carta de fecha 08 de octubre de 2007, a través de la cual se adjudica la obra gruesa del edificio al contratista; a fs. 35 y siguiente copia autorizada del Libro de Obras del Proyecto; a fs. 83 copia de minuta de reunión N° 1 de fecha 11 de octubre de 2007; a fs. 86 copia de formulario resumen de la oferta de 27 de octubre de 2007; a fs. 87 copia de Estado de Pago N° 7 de la obra gruesa asociado al contratista; a fs. 88 copia de liquidación final emitida por TR1 con fecha 27 de octubre de 2008; a fs. 105 copia de liquidación final emitida por TR1 corregido por las partes; a fs. 113 copia de escritura pública de constitución de ZZ; a fs. 131 copia del contrato suscrito entre las partes; a fs. 142 certificado de fecha 18 de noviembre de 2008 de TR6 ingenieros consultores; a fs. 143 copia de cotización de TR1 de 03 de abril de 2008; a fs. 146 copia recepción provisoria notarial efectuada con fecha 24 de junio de 2008; a fs. 187 planilla que contiene estimación de las cantidades que ha dejado de percibir ZZ; a fs. 188 carta remitida al contratista de fecha 23 de enero de 2009 con su respectiva certificación. En el Tomo II del Cuaderno de Documentos acompañó a fs. 313 copia RUT de ZZ; a fs. 314 copia de formulario de declaración de inicio de actividades de ZZ; a fs. 315 copia de factura emitida por los Estados de Pago N°s. 1 y 2; a fs. 318 copia de factura emitida por el Estado de Pago N° 3; a fs. 320 copia de cartola bancaria del banco BO; a fs. 322 copia de presupuesto de obra extra N° 1; a fs. 325 copia minuta de reunión N° 32 de fecha 14 de mayo de 2008; a fs. 326 copia correo electrónico enviado por la Inmobiliaria a TR1 con fecha 30 de octubre de 2008; a fs. 327 copia factura emitida por el Estado de Pago N° 6; a fs. 329 copia de minuta de reunión N° 22, de fecha 11 de marzo de 2008; y a fs. 332 copia factura emitida por el Estado de Pago N° 7. Cabe agregar, la prueba testimonial de fs. 130; 132 y 148 del Cuaderno Principal; absoluciones de posiciones de fs. 128 y 145 del mismo cuaderno, e Informe pericial de fs. 170.

En lo relativo a las prestaciones adeudadas entre las partes, se analizaron los siguientes documentos: La parte demandante acompañó liquidación final emitida por TR1 de fecha 27 de octubre de 2008, rolante a fs. 260 del Tomo II Cuaderno de Documentos, y a fs. 268 del mismo tomo, acompañó estudio de cálculo de hierro encargado a don F.C. La parte demandada a su vez, acompañó a fs. 88 del Tomo I del Cuaderno de Documentos copia de liquidación final. Asimismo, debe adicionarse prueba testimonial de fs. 130 y 148, la absoluciones de posiciones rendida a fs. 128, e informe pericial de fs. 170 del Cuaderno Principal.

Que, en relación a este último punto, en cuanto a lo que la demandante indica como incumplimientos a las obligaciones emanadas del contrato e imputables a la demandada se debe tener presente lo siguiente:

I. La no suscripción del contrato dentro del plazo señalado en las Bases Administrativas: Que de las actuaciones del proceso y del análisis de los documentos acompañados a él, se colige que el contrato de construcción por suma alzada se suscribió por las partes con fecha 13 de febrero de 2008 y no con fecha 23 de octubre de 2007, como originalmente se había pactado. Esto consta por contrato acompañado a fs. 131 y 198 de Cuaderno de Documentos Tomos I y II respectivamente. Este instrumento no ha sido impugnado por las partes, por lo que debe estimarse produce plena prueba para los efectos de este sentenciador.

Que, la cláusula octava de las Bases Administrativas señala lo siguiente: “En un plazo de cinco días contado desde la comunicación de la aceptación de la propuesta mediante carta certificada dirigida al domicilio del proponente, este deberá suscribir el contrato de construcción y posteriormente, dentro del plazo de 15 días contado desde la firma del contrato de construcción, deberá recibirse del terreno para iniciar la ejecución de las obras”.

Que, a fs. 34 del Cuaderno de Documentos Tomo I, se acompaña la Carta de Adjudicación del proyecto dirigida a don XX de fecha 08 de octubre del año 2007, y en ella se indica el plazo para la suscripción del contrato (cinco días de notificada la adjudicación).

Que, en razón de lo precedentemente expuesto, debe colegirse que la constitución de ZZ, la que consta por instrumento acompañado a fs. 113 del Tomo I del Cuaderno de Documentos de fecha 13 de diciembre del año 2007, y a fs. 124, 125, 126, 127, 128 y 129 en copias simples de extracto, publicación y certificados de las inscripciones al Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto de la Sociedad ZZ, la suscripción del contrato no se ajustó a los plazos indicados anteriormente, por circunstancias imputables a la demandada y del todo ajenas al demandante, dado que esta durante los meses siguientes a la adjudicación constituyó una nueva sociedad anónima, sometiendo al demandante a una situación no prevista al momento de participar en la licitación privada para la construcción del edificio, derivándose eventuales perjuicios para ella, aspecto del que este sentenciador se hará cargo más adelante.

II. Cancelación de estado de pago en valor neto no sujeto al procedimiento previsto en el contrato de construcción a suma alzada: En la cláusula cuarta del contrato por suma alzada se establecía que el pago del precio se haría mediante estados de pagos mensuales y que el plazo para pagarlos era de 15 días hábiles bancarios contado desde la fecha de la entrega de la factura.

Que, durante la ejecución del contrato, en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2007, y enero de 2008, la demandada, como consecuencia de la creación de ZZ, canceló los primeros dos estados de pago en valor neto, pagándose el IVA correspondiente con posterioridad al inicio efectivo de las obras.

Que, lo anterior se encuentra acreditado en los documentos acompañados a fs. 253, 254, 316, 317, del Cuaderno de Documentos Tomo II, correspondiente a los Estados de Pago N°s. 1 y 2 de fecha 27 de noviembre del año 2007 y 24 de diciembre del año 2007; a fs. 315 copia simple de Factura N° 000253 emitida por don XX de fecha 29 de enero del año 2008, en que se deja constancia del pago de los Estados de Pago N°s. 1 y 2 del edificio AB-Puente Alto, por un monto de \$ 191.013.802 más IVA, factura emitida a dos meses de iniciada la obra.

Que, los Estados de Pago N°s. 1 y 2 fueron pagados no ciñéndose al procedimiento convenido por las partes y durante los primeros meses de la obra se cancelaron en valores netos, según se acreditó por el documento acompañado a fs. 320 y 321 del Tomo II del Cuaderno de Documentos, que dan cuenta del cobro a través de diversos cheques, en particular los siguientes: Cheque de fecha 30 de noviembre del año 2007 por \$ 77.250.538; vale vista de fecha 28 de diciembre del año 2007 por \$1.500.000; cheque de fecha 03 de enero 2008 por \$ 83.265.262; cheque de fecha 1 de febrero del año 2008 por \$ 14.677.602; y cheque de fecha 14 de enero del año 2008 por \$ 14.320.400.

Que, para el pago del Estado de Pago N° 3, se regularizó la situación, cancelándose en el tiempo y la forma establecida en el contrato, y tal hecho consta a fs. 318 del Cuaderno de Documentos Tomo I, donde se acompaña copia de Factura N° 000254 emitida por don XX de fecha 01 de febrero del año 2008, en que se deja constancia del pago de dicho estado de pago, por un monto de \$ 80.608.804 más IVA; este estado de pago fue cancelado por cheque de fecha 1 de febrero del año 2008.

Que, sobre el particular cabe concluir que la informalidad que revistieron los estados de pago correspondientes a los primeros meses de trabajo en las obras y la falta de pago oportuno del IVA, existieron y que la circunstancia que ZZ al momento de iniciar las obras haya optado por adoptar una estructura jurídica diversa a la planteada en la propuesta, no justifica que la contraparte deba soportar los efectos económicos perjudiciales que el no pago oportuno de IVA produce en este tipo de empresas. Pero que conforme a la prueba documental acompañada a autos, pese a los aludidos pagos no se verificaron oportunamente, el demandante siempre contó con los fondos para la ejecución del proyecto y sus consecuencias. Por ende,

debe concluirse que si bien el incumplimiento es efectivo, ello no alteró la ejecución de la obra y por lo que se desestima para la resolución de este conflicto.

III. No pago de la liquidación final emitida por TR1 (ITO) de fecha 27 de octubre del año 2008. Señala el actor que ZZ, adeuda un total de \$ 310.560.271, por concepto de retenciones, saldo del último estado de pago y obras adicionales; la demandada de autos, ha señalado que esta liquidación tiene partidas no autorizadas y, por lo tanto, se ha negado a pagarla mientras no se corrigiese la misma, según los antecedentes aportados en sus escritos de fs. 62 y siguientes, y 86 y siguientes del Cuaderno Principal, aspecto del que este sentenciador se hará cargo más adelante.

Que el actor para acreditar el cumplimiento forzado de la obligación en comento, rindió la prueba que se analizará de la siguiente forma:

1) La confesión. Don A.L., representante de la empresa ZZ, absuelve posiciones a fs. 128 y reconoce la mayoría de los planteamientos hechos en la absolución de posiciones que rola a fs. 126 y 127, y que en especial, que se adeuda al actor el último estado de pago emitido por la ITO TR1, y que dicha liquidación ha sido ajustada al contrato de suma alzada.

Con respecto al monto total de hierro utilizado en la construcción del edificio, indica que desconoce dicho monto y que no le consta la cubicación realizada por el calculista para definir realmente los kilos de hierro necesario para la obra.

Dicha confesión cumple con los requisitos previstos en los Artículos 399 del Código de Procedimiento Civil, y 1.713 del Código Civil, produciendo plena fe respecto del absolvente.

2) La prueba testimonial. A fs. 130 comparece el testigo don G.V., quien deponiendo a los puntos 2, 3 y 4 de fs. 120 señaló que el acero establecido en el contrato no constituía el volumen de acero necesario para construir el edificio, y que el mandante estaba en conocimiento que los volúmenes finales de acero se liquidarían una vez que estuvieran los proyectos estudiados y analizados con el tiempo requerido. Indica que se acordó este ítem de forma verbal para no obstaculizar el procedimiento de licitación y que tal criterio se reflejó en la liquidación que la empresa TR1 efectuó en relación al contrato. Además, señala que las obras extraordinarias fueron autorizadas en el Libro de Obras.

A fs. 132 comparece el testigo don V.H., quien deponiendo al punto 2 de fs. 120 señala que una vez adjudicado el proyecto, don XX le entregó los planos para cubicar el edificio. Indica que comenzaron los trabajos en el mes de noviembre, pero en diciembre llegaron los planos que correspondían al estacionamiento y tuvo que cubicar nuevamente. En ese momento, le comunicó a don XX que existía una gran diferencia entre la cubicación original y la nueva. La diferencia era de un 50% porque se pasó de 236 toneladas a 514 toneladas. Señala que las 514 toneladas se pusieron en la obra gruesa del edificio, y tal hecho le consta porque guardaba las guías de despacho.

Que, ambos testigos reúnen las características indicadas en el número 2 del Artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, por lo que se les considera contestes en el hecho y circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, y en consecuencia producen plena prueba. En consonancia con lo anterior debe tenerse por establecido que la cantidad de hierro prevista en el contrato para la ejecución de la obra no era la necesaria para su conclusión, que las obras adicionales relativas al hierro fueron autorizadas por la ITO y que se adeudan prestaciones por concepto de retenciones, saldo de último estado de pago, y obras extraordinarias, por lo que debería concluirse que tales ascenderían a un total de \$ 310.560.271.

Vigésimo Quinto: Que en relación al aspecto relativo a “si la demandante ejecutó la obra gruesa señalada en el contrato de construcción a suma alzada, en tiempo y forma”, la demandada indica como incumplimientos a las obligaciones emanadas del contrato e imputables a la demandante los siguientes aspectos, sobre la que rindió las siguientes probanzas:

I. Atrasos reiterados en la ejecución de la obra: Consta del Contrato por Suma Alzada acompañado a fs. 131 del Tomo I y 198 del Tomo II del Cuaderno de Documentos, que en su cláusula quinta se fijó como plazo de ejecución de las obras para el día 29 de febrero del año 2008.

La demandada a fs. 62 y siguientes del Cuaderno Principal, al deducir su demanda reconvenzional, indicó que los reiterados atrasos presentados desde el inicio de las obras hasta su término son imputables al demandante, toda vez que este presentó problemas con el personal contratado para estos efectos y no cubió adecuadamente el ítem de enfierradura. Por su parte, la demandante principal y demandado reconvenzional, al contestar la reconvección a fs. 111 del Cuaderno Principal, manifestó que en relación a los atrasos imputados, estos debían desestimarse, porque el contrato prescribe multas por atrasos en su cláusula undécima.

Estas multas han sido efectivamente cobradas en la liquidación final emitida por TR1, según consta a fs. 88 y siguientes del Cuaderno de Documentos Tomo I y fs. 260 y siguientes del Cuaderno de Documentos Tomo II, por un total de \$ 37.089.462, valor que resulta del ítem 3 correspondiente a multas de un total de 63 días de atrasos, descontando los días autorizados por la ITO, y según forma de cálculo establecido en la cláusula undécima del citado contrato.

Para establecer la existencia de este hecho además, se tiene en cuenta los documentos acompañados a fs. 68 del Tomo I del Cuaderno de Documentos, en las que rolan copia autorizada de Libro de Obras de fecha 07 de marzo de 2008, en que la ITO autoriza un aumento de plazo para el término de la obra gruesa para día 15 de abril del año 2008; a fs. 81 del Tomo I de Cuaderno de Documentos, copia autorizada de Libro de Obras de fecha 11 de junio del año 2008, en que el demandante deja constancia del término de la obra; a fs. 325 del Tomo II del Cuaderno de Documentos, copia de minuta reunión N° 32 de fecha 14 de mayo del año 2008, en que en su punto 3 se autoriza como fecha de entrega de obra el día 30 de mayo del año 2008, todo lo cual se encuentra refrendado a su vez con la prueba testimonial rendida a fs. 148 a 152 del Cuaderno Principal.

En consonancia con lo anterior, cualquier cobro adicional resulta hoy improcedente, por lo que se rechazará esta petición.

II. Ejecución de obras pendientes y reparación de obras mal ejecutadas. Que, el demandante reconvenzional manifestó que una vez efectuada la recepción provisoria del edificio, quedaron muchas obras pendientes y otras que tuvieron que repararse, todo de su cuenta lo que da origen al cobro de \$ 172.693.844 más IVA incluido. Por su parte, el demandado reconvenzional, al contestar la reconvección, señaló que dichos trabajos fueron descontados por la ITO en su liquidación final, por lo que nada adeuda por ese concepto.

Que, según el punto 12.6 párrafo segundo de la cláusula duodécima del aludido contrato por suma alzada, acompañado a fs. 131 y 198 del Cuaderno de Documentos Tomos I y II respectivamente, “en los casos señalados en los números 12.5 y 12.6, el propietario se reservó el derecho de llevar a cabo la ejecución de dichos trabajos por cuenta del contratista y con cargo a las retenciones y las garantías”.

Que, según la cláusula décimo cuarta del citado contrato, “si los defectos que se observan al efectuarse cualquiera de los reconocimientos previstos o después de la recepción provisional, no son remediados por el contratista dentro del plazo establecido, el propietario podrá optar por realizar los trabajos necesarios con otro contratista, en régimen de administración, cargando los costos correspondientes a las retenciones y garantías, sin perjuicio de las acciones legales que le corresponden”.

Que, en los documentos rolantes a fs. 146 y siguientes del Tomo I del Cuaderno de Documentos, correspondientes a la recepción provisoria notarial de la obra, y a fs. 88 y 260 del Cuaderno de Documentos Tomos I y II respectivamente, se acompañan liquidación final emitida por la ITO, en que se considera un ítem de obras ejecutadas por terceros de un valor de \$ 172.693.844 más IVA incluido, cuyo monto se carga al contratista; la absolución de posiciones de don XX a fs. 145 el Cuaderno Principal, y prueba testimonial rolante a fs. 148 a 152 del mismo Cuaderno, más las alegaciones de ambas partes, se puede sostener que tanto los atrasos en la ejecución de la obra y los gastos por obras pendientes y mal ejecutadas han sido convencionalmente reguladas por las partes, criterio que fue recepcionado en la liquidación final del contrato, por lo que estando el demandado reconvenicional obligado a lo pactado, debió pagar los ítemes correspondientes a multas por atrasos y obras ejecutadas por tercero, tal como señala el ya citado contrato no pudiendo el demandado principal y demandante reconvenicional, sostener que la ejecución de obras pendientes y reparación de las mismas, constituyen incumplimientos actuales para fundar su reconvenición, ya que por lo demás, la obra como tal ya se encuentra recepcionada. Dicha circunstancia obliga a tener por bien aplicadas las multas y su correspondiente deducción de la aludida liquidación final que fuere acompañada en la forma antes indicada, pero sin que corresponda el pago de suma alguna adicional por este concepto, por lo que se rechaza la petición formulada en tal sentido para el demandante reconvenicional.

Vigésimo Sexto: La ejecución de las obras extraordinarias o adicionales en la ejecución del proyecto, anteriormente relacionadas y que en la liquidación emitida por la ITO, ascienden a un valor de \$ 404.558.563; se debe analizar a su respecto si fueron autorizadas por la demandada según lo establece el contrato.

El demandante en su escrito de fs. 50 y siguientes del Cuaderno Principal, manifiesta que el fierro para la ejecución de la obra gruesa no fue cubicado en su totalidad al momento de la oferta porque se estableció entre las partes, en la licitación, que este ítem se vería en el desarrollo mismo de la obra e indica que durante la ejecución de esta, los ítemes de acero fueron insuficientes y se solicitó al demandado la entrega de dineros extras para la compra del material. Señala que el demandado aceptó la compra de aludido material y que este se pagó en los Estados de Pago N°s. 6 y 7; asimismo, señala que entregó a la ITO un presupuesto de obras extras y que esta en la reunión de fecha 14 de mayo lo acogió, entendiéndose como obra adicional.

El demandado a su vez en sus escritos de fs. 62 y 86 del Cuaderno Principal, manifiesta que dichas partidas jamás las autorizó como obra adicional y solo autorizó la compra de acero, en el entendido que esta correspondía a un anticipo, dado que la naturaleza del contrato pactado es de suma alzada sin reajuste e intereses.

Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas contractuales que regulan esta materia son, el punto 10.1 y 10.3 de la cláusula décima del contrato por suma alzada, punto 6.2 párrafo 3 de la cláusula sexta del mismo contrato.

En el mismo orden de ideas, cabe tener presente los documentos que, rolan a fs. 35 hasta 82 del Cuaderno de Documentos Tomo I, copias autorizadas del Libro de Obras; a fs. 322 copia de presupuesto de obras extras emitido por XX; a fs. 325 copia de minuta de reunión N° 32 de fecha 14 de mayo del año 2008 y, a fs. 330 copia de minuta de reunión N° 22 de fecha 11 de marzo del año 2008, todos del Tomo II del Cuaderno de Documentos.

En igual sentido, corresponde analizar a fs. 130 y 132 el testimonio de don G.V., y V.H.

Es conveniente señalar desde ya, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, que teniendo en cuenta las alegaciones suscitadas entre las partes, los documentos aportados por la misma y los demás antecedentes adjuntos al proceso, debe tenerse por establecido que el ítem de enfierradura como obra adicional efectivamente no se ajustó al procedimiento establecido en el contrato, por lo que no procede su cobro ni su

pago, toda vez que no se logró acreditar en autos la aceptación de dicha partida por el demandado. La aprobación que a este ítem prestó la ITO, no puede considerarse suficiente como para imputar representatividad al demandado principal, al claro tenor de las cláusulas del contrato existente entre las partes.

Vigésimo Séptimo: En relación al mismo aspecto, el actor reconvenional para acreditar el incumplimiento del contrato y su correspondiente indemnización de perjuicios, rindió la siguiente prueba:

1) Confesión. Don XX, absolvió posiciones a fs. 145 de los autos arbitrales y reconoció la mayoría de los planteamientos hechos a fs. 141 a 144, principalmente que se realizó una licitación privada para la construcción de un edificio bajo la modalidad de suma alzada sin reajuste, y que al adjudicarse el proyecto dejó constancia de cumplir fielmente el mismo y ajustarse a las bases administrativas y especificaciones técnicas. Señala que el inicio de la obra fue el 29 de octubre del año 2007, y que el monto a pagar era de \$ 649.325.309 más IVA, no incluyéndose los aumentos de obras. Afirmó que existió retraso en la obra pero que tal se debió a la falta de planos de arquitectura, y que se le concedió una prórroga hasta el 15 de abril de 2008. Con respecto al plazo de ejecución de la obra, negó el absolvente que la fecha de término correspondía al 29 de febrero del año 2008, y señala que la obra tenía una ejecución de 180 días. Indicó que al momento de realizar la oferta se percató que las cubicaciones entregadas no reflejaban el volumen y cantidad de varias partidas entre las enfierraduras. Agregó que se le comunicó que la información sería entregada posteriormente al adjudicatario porque el proyecto de cálculo no estaba totalmente terminado. Manifestó que para evitar los atrasos se contrató a un subcontratista para la ejecución de la obra gruesa en el edificio de estacionamiento, a petición de la empresa ZZ, pero que se tuvo que suspender el trabajo por problemas en eje medianero y modificación de la cota de fundación de todo el sector de estacionamiento. Dicha confesión cumplió con los requisitos previstos en los Artículos 399 del Código de Procedimiento Civil, y 1.713 del Código Civil, por lo que produce plena fe respecto del absolvente.

2) Testimonial. A fs. 148 compareció don F.L., hábil y sin tacha, que se presenta a los puntos 1, 2 y 3 de fs. 120 y manifestó al punto 1, que no se cumplieron los plazos de ejecución de las obras, y que se puso fin a las mismas en el mes de junio de 2008; señaló que hubo problemas con el personal que estaba bajo la dirección del señor XX, y que se le exigió la salida del Jefe de Obras y un Capataz. Añadió que existió un desplome de la losa de acceso a estacionamiento. Indicó que las obras mal ejecutadas por parte de don XX, fueron de cargo de ZZ. Contrainterrogado el testigo, agregó que desconocía la liquidación final emitida por TR1 (ITO) de fecha 27 de octubre del año 2008, y por ende no sabía de los descuentos y multas aplicados a don XX. Con respecto al punto 2, indicó que la cantidad indicada en el contrato era la adecuada dada su naturaleza de suma alzada. Señaló que desconocía todo acuerdo entre TR1 y los oferentes de la obra gruesa en orden a que el volumen de hierro se liquidaría una vez concluida la obra. Añadió que en las reuniones de obra solo se hablaba de la falta de acero por problemas del mercado. Contrainterrogado el testigo señaló que en relación al presupuesto de obras extraordinarias confeccionado por don XX, de fecha 1 de abril del año 2008, y que lo conocía. Contrainterrogado nuevamente, el testigo respondió que sobre la consultoría externa de cubicación, que esta se realizó, pero desconocía sus detalles y conclusiones. Agregó que él supervisó el ingreso de hierro a la obra, pero no conocía al calculista y no sabía quién ordenó la cubicación, pero sí afirmó que ingresó más hierro a la obra. Al punto 3, indica que desconoce totalmente la autorización de obras extraordinarias en la obra.

A fs. 152 compareció don J.C., quien se presentó al punto 1 y manifestó que los plazos entregados para la ejecución de la obra no se cumplieron. Indicó que en las reuniones de obras participaba el señor G.V., el dueño de la obra y los demás subcontratistas. Agregó que en esas reuniones se hablaba del problema del acero por falta de stock en el mercado, pero no le constaba la autorización de obras extraordinarias. También manifestó que no asistió a todas las reuniones.

A fs. 153 compareció don L.J., quien se presentó al punto 1 y manifestó que la obra no se ejecutó en el plazo estipulado en el contrato. Indicó que esto le constaba por las reuniones de obras, porque no tuvo en su poder el contrato de suma alzada. Agregó que los distintos atrasos en la obra eran justificados por la falta de hierro en el mercado y que nunca escuchó sobre problemas de cubicación. Indicó que en una reunión de obra el señor XX solicitó la compra de acero de inmediato, por lo que el señor A.L. aceptó y entregó los fondos y que no recordaba fecha exacta. Señaló que su asistencia a las reuniones de obras era relativa y no siempre se quedaba hasta el final de las mismas.

Que, todos los testigos anteriormente individualizados, cumplen con los requisitos previstos en el Artículo 384 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, debiendo tenerse por establecido que el demandante, al ejecutar la obra gruesa presentó atrasos que le impidieron cumplir la misma en tiempo y forma, sin que se haya desvirtuado dicha circunstancia, por lo que ella debe tenerse por establecida.

3) Peritaje. Que, rola a fs. 170, Informe Pericial emitido por PE, ingeniero civil, de fecha 10 de diciembre de 2009, cuyas conclusiones fueron las siguientes: a) El contratista efectuó sus propias cubicaciones de cada partida; b) El contrato es claramente a suma alzada, en pesos y sin reajustes y las cláusulas contenidas en el mismo referidas precedentemente, son suficientemente claras en cuanto a la renuncia del contratista a efectuar reclamos por concepto de supuestas divergencias con los antecedentes entregados por la Inmobiliaria y recepcionados por él mismo; y, c) estimó que el reclamo no se ajusta a lo estipulado en el contrato, y por tal razón, no le corresponde al mandante efectuar pagos adicionales.

Que, teniendo en cuenta las facultades que le otorga la calidad de Arbitrador a este sentenciador, y al mérito del proceso, se desestima dicho informe pericial por considerar que sus conclusiones no aportaron antecedentes adicionales suficientes ni esclarecedores para la comprensión, y acreditación de los hechos alegados en este proceso.

Vigésimo Octavo: En relación a los puntos expuestos anteriormente, cabe consignar que se entiende por contratos generales de construcción aquellas convenciones que, sin cumplir con las características específicas de los contratos de instalación o confección de especialidades, tienen por objeto la confección de una obra material inmueble nueva, que incluya a lo menos, dos especialidades, y que forme parte de una obra civil (Oficio de 20.01.2006. SII). En la especie, se trata de un contrato por suma alzada sin reajuste, y se denomina así al contrato cuando al contratista se le solicita que realice la obra (construcción, suministro, montaje) por un precio fijo en conformidad a las especificaciones y a un proyecto de diseño el cual debe estar prácticamente determinado y validado para construir puesto que no puede tener variaciones importantes.

Vigésimo Noveno: De igual modo, se deben aplicar al respecto los principios vastamente fundamentados en nuestra tradición jurídica como son el de autonomía de voluntad y el de inmutabilidad de los contratos, este último consagrado en el Artículo 1.545 de nuestro Código Civil, que señala: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Asimismo, debe adicionarse el Artículo 1.546, ubicado entre los efectos de las obligaciones, que ordena ejecutar los contratos de buena fe, principio que ha sido extendido por la doctrina nacional a la interpretación contractual, puesto que si para ejecutarlo se debe actuar de buena fe, es lógico que ese mismo ánimo deba utilizarse para la aclaración de su contenido.

Trigésimo: Cabe considerar asimismo que el objeto del contrato en comento consiste en una obligación de hacer, y esta se define como “aquella que tiene por objeto la ejecución de un hecho cualquiera, material o jurídico” (Meza Barros, Ramón. “Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, año 2003. Pp.28). La ley civil consagra dicha obligación en el Artículo 1.438, al definir contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer y no hacer alguna cosa”. Por su parte el Artículo 1.460 señala que “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”, y el Artículo 1.461 inciso final indica que “si el objeto es un

hecho, es necesario que sea física y moralmente posible”. Debe tenerse en cuenta el Artículo 1.568 que al contemplarse en las normas referidas al pago señala que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

Trigésimo Primero: En consonancia con lo expuesto precedentemente el demandante, al solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, buscó que se conminase al demandado a pagar la liquidación final emitida por la ITO de fecha 27 de octubre de 2008, dado que este hecho supone el incumplimiento a su obligación contractual.

Trigésimo Segundo: En relación a lo consignado anteriormente, según consta en la cláusula cuarta del contrato por suma alzada, el pago de los estados mensuales constituye una de las obligaciones esenciales del mismo, porque por medio de estos se paga el precio convenido en la cláusula tercera.

Trigésimo Tercero: Sobre el particular, el demandante XX acreditó, a juicio de este sentenciador y en concordancia con lo expuesto anteriormente; que el incumplimiento contractual por parte de ZZ, ya que esta no ha cumplido su obligación de pagar la totalidad del precio pactado en el contrato y existente entre ellos. Para determinar lo anterior, este Tribunal considera y pondera la prueba documental acompañada al proceso, la confesión del absolvente a fs. 128 y la testimonial de fs. 130. Por ende, se hará lugar a la acción de cumplimiento forzado de la obligación, otorgándose a la demandada por concepto de retenciones adeudadas la cantidad de \$ 35.527.543 más IVA.

Trigésimo Cuarto: Sin embargo, en relación con el aludido incumplimiento cabe tener presente, en lo referente a las partidas por obras extraordinarias relativas al aporte de hierro adicional, solicitadas por la demandante por un monto de \$ 212.886.471, este sentenciador resuelve que, no habiéndose acreditado la aceptación del demandado para la ejecución de las mismas, no resulta admisible lo contrario, por lo que debe soportarlas el demandante en razón a la naturaleza del contrato. Se debe tener presente al efecto que según el punto 6.2 de la cláusula sexta, la ITO solo tiene un control técnico y no contractual, por lo que no puede considerarse como mandataria de la demandada y por lo tanto sus acciones no obligan a la demandada, salvo que obre dentro de su competencia. El procedimiento para la aceptación de obras adicionales o modificaciones se encuentra contemplado en la cláusula décima, en relación al punto 6.2 párrafo tercero de la cláusula sexta del contrato por suma alzada de autos, en cuya conformidad se requiere la aceptación expresa del propietario para autorizar dichas partidas.

En relación a la circunstancia de que la demandante intentó acreditar el actuar de la ITO como representante de la demandada, por medio de la prueba testimonial, cabe tener presente que esta no es admisible según dispone el Artículo 1.708 del Código Civil, el que señala “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

Trigésimo Quinto: Debe asimismo tenerse presente que el demandante de autos, no explicitó ni solicitó expresamente en su escrito de libelo, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual, limitándose tan solo a esbozarlo en la suma de su demanda de fs. 50, pero sin desarrollar dicho aspecto ni incluirla en la parte petitoria; en consecuencia, a este sentenciador no corresponde pronunciarse a su respecto.

Trigésimo Sexto: Cabe considerar asimismo, en relación a la otra partida contemplada en la liquidación final acompañada en autos, esto es, las obras extraordinarias generales, que su cobro resulta procedente, ya que ella se entiende como integrante al precio convenido por las partes, y sujeta al procedimiento establecido en el contrato en la cláusula décima punto 10.1 y 10.2. Además, tales obras constan en los documentos rolantes a fs. 40 a 48, y 52 a 53 del Tomo I del Cuaderno de Documentos, y la demandada no acreditó su pago, por lo que se determina que el monto por este concepto es de \$ 18.603.525 IVA incluido, el que debe ser pagado al demandante.

Con respecto al monto de gastos totales y utilidades cobrados para el demandante que ascienden a \$ 4.483.606, según informe final acompañado a fs. 88 y siguientes, y 264 del Cuaderno de Documentos Tomos I y II respectivamente, debe concluirse que es improcedente su cobro, toda vez que según consta en el punto 10.2 de la cláusula décima del contrato, que señala “para los efectos de valorar estas modificaciones, solo se descontará o aumentará el costo directo efectivo de los trabajos, manteniéndose fijos los gastos generales y utilidades (...)”.

Trigésimo Séptimo: De igual modo, en lo que respecta a lo peticionado por el demandante, en cuanto al pago de \$ 62.146.256 más IVA incluido, por concepto de saldo del contrato, cabe consignar que este ítem corresponde al 8,0% del precio total de la obra gruesa cuyo monto es de \$ 649.325.309 más IVA, y que el demandado adeuda según consta en la liquidación final emitida por TR1, de fs. 88 y 260 del Cuaderno de Documentos Tomos I y II respectivamente.

En relación con ello y según lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato a sumaalzada acompañado a fs. 131 y 198 del Cuaderno de Documentos Tomos I y II, que señala el precio de la ejecución de la obra, y lo previsto en las cláusulas cuarta, duodécima, decimotercera, y decimoquinta del aludido contrato, que a modo de síntesis señala, que efectuada la recepción provisoria de la obra se debe liquidar el contrato, y otorgar al contratista los rubros que por concepto de retenciones y garantías ha ofrecido al propietario, debe concluirse que, el saldo adeudado solicitado por el demandante, resulta procedente, por estar ajustado al procedimiento convenido por las partes.

En el mismo orden de ideas, cabe tener presente que en la absoluciónde posiciones a fs. 128 del Cuaderno Principal, el demandado responde a la posición número 6, lo siguiente: “No se canceló porque el señor XX entregó el trabajo inconcluso. No se ha pagado dicha cantidad”. El absolvente no objeta ni niega la existencia de dicho monto, por lo que en aplicación del Artículo 1.713 del Código Civil, se tiene como plena prueba.

De igual modo, en la prueba testimonial de fs. 130 del Cuaderno Principal, el testigo reconoció la liquidación exhibida de fs. 260, como la resultante del contrato a sumaalzada celebrado por las partes.

Sobre lo reseñado precedentemente, y atendido que este sentenciador valora las pruebas presentadas en el proceso según los dictados de su propia conciencia, conforme la verdad sabida y buena fe guardada, para lo cual es menester que se tenga a la vista los medios aptos para adquirir el convencimiento indispensable para dictar sentencia, y que en el caso en comento se ha cumplido, toda vez que se ha tenido presente las cláusulas derivadas del contrato suscrito entre las partes, ya individualizadas; la liquidación final emitida por la ITO acompañada en autos por ambas partes, no objetada formalmente; la absoluciónde posiciones del demandado y la prueba testimonial formulada indicada anteriormente, se tiene por establecido la existencia de un saldo a favor del demandante derivado de la ejecución del contrato, que asciende a \$ 62.146.256 más IVA, y que el demandado está obligado a pagar por ser parte integrante del precio convenido.

Cabe considerar asimismo, que al monto solicitado por la demandante de \$ 310.560.271, se le descontó, según consta en los considerandos precedentes, los ítemes correspondientes a obras extraordinarias relativas al hierro y los gastos totales y utilidades, y en consecuencia, debe concederse al actor la suma total de \$ 116.277.325, por concepto de retenciones, obras extraordinarias generales y saldo del contrato.

Trigésimo Octavo: A su vez, ZZ demandó la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, fundamentando su acción en los reiterados atrasos presentados en la ejecución de la obra y, por la entrega de la misma con trabajos pendientes y mal realizados.

Trigésimo Noveno: Sobre dicho particular, cabe consignar que, a base de los antecedentes acompañados en el proceso y la lectura del propio contrato por sumaalzada y la prueba anteriormente analizada, se debe

tener por establecido en autos que no existió incumplimiento del contrato por parte del demandado reconvenional, toda vez que este acreditó haber realizado la prestación debida, es decir, construyó el edificio encomendado en la cláusula primera del contrato.

Asimismo, es conveniente señalar que la cláusula duodécima del contrato señala que “antes de terminada la obra, el contratista deberá comunicar por escrito a la ITO y al propietario, con a lo menos diez días de anticipación, la fecha de término de las obras, para efectuar la Recepción Provisoria de ellas (...)”. Dicho actuar se acreditó en autos a fs. 81 en copia autorizada del Libro de Obra, en que se dejó constancia del término de las obras de fecha 11 de junio de 2008, así como también, la recepción provisoria de la obra de fs. 146, ambos instrumentos se acompañan en el Tomo I del Cuaderno de Documentos. Según consta en punto 12.6 de la misma cláusula, “en los casos señalados en los números 12.5 y 12.6, el propietario se reserva el derecho de llevar a cabo la ejecución de dichos trabajos por cuenta del contratista y con cargo a las retenciones y garantías”. Agrega la cláusula decimocuarta del contrato, que “si los defectos que se observan al efectuarse cualquiera de los reconocimientos previstos, o después de la recepción provisional, no son remediados por el contratista dentro del plazo establecido, el propietario podrá optar por realizar los trabajos necesarios por otro contratista, en régimen de administración, cargando los costos correspondiente a las retenciones y garantías, sin perjuicio de las acciones legales que corresponden”.

Advirtiendo este sentenciador el hecho de haberse ejecutado el objeto del contrato, esto es la construcción del edificio, no resulta admisible la demanda reconvenional de resolución del contrato, por no existir incumplimiento contractual imputable al demandado reconvenional, don XX.

Cuadragésimo: Del mismo modo, por el hecho de desestimarse la acción de resolución del contrato, debe desestimarse asimismo los perjuicios solicitados por el demandante reconvenional, debiendo tenerse presente que ZZ no probó los mismos en autos.

Cuadragésimo Primero: Que, la prueba anteriormente explicitada, además ha sido debidamente ponderada de conformidad a las facultades que a este sentenciador le confieren los Artículos 637 y 638 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad a los dictados de su conciencia y conforme a prudencia y el sentido de justicia.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en los Artículos 290 N° 4, 296, 298, 346, 355, 384, 399, 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; Artículos 1.438, 1.460, 1.461, 1.545, 1.546, 1.568 y 1.708 y siguientes del Código Civil,

SE RESUELVE:

- A. Respecto a la objeción documental deducida en autos, esta se desecha sin costas.
- B. Respecto a la Medida Precautoria solicitada, esta se rechaza sin costas
- C. Respecto al Fondo:
 - I. Ha lugar en parte a la demanda de cumplimiento forzado de la obligación interpuesta por el demandante principal, condenándose a la parte demandada principal a pagar las siguientes prestaciones:
 - a) La cantidad de \$ 35.527.543 IVA incluido, por concepto de retenciones adeudadas.
 - b) La cantidad de \$ 62.146.257 IVA incluido, por concepto de saldo de estado de pago adeudado.
 - c) La cantidad de \$ 18.603.525 IVA incluido, por concepto de obras extraordinarias generales.

Todas estas cantidades deben reajustarse según los intereses corrientes por el período comprendido entre el 27 de octubre de 2008 hasta su pago efectivo.

- II. No ha lugar a la indemnización de perjuicios solicitada por la parte demandante principal.

III. No ha lugar a la demanda reconvencional por resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

D. Cada parte pagará sus costas, por no haber resultado estas totalmente vencidas en sus pretensiones.

Notifíquese a ambas partes el presente fallo. Héctor Humeres Noguez, Juez Árbitro.