

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos rol C- 36.371-2017, del Séptimo Juzgado Civil de esta ciudad, caratulados “Espina/I. Municipalidad de Santiago” por sentencia de treinta de octubre de dos mil diecinueve, la jueza suplente de dicho tribunal rechazó la demanda con costas.

En contra de esta decisión el actor dedujo recursos de casación en la forma y de apelación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

Primero: Que para sustentar su arbitrio de nulidad el recurrente invoca la causal prevista en el numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 números 4 del mismo cuerpo legal. Señala, en síntesis, que los fundamentos del tribunal para resolver la controversia se pueden encontrar básicamente en los considerandos decimoséptimo a decimonoveno de la sentencia, y que de su lectura aparece una falta de análisis de la totalidad de los incumplimientos denunciados en la demanda y que fundamentan sus pretensiones. En seguida, pasa a reseñar los incumplimientos que a su entender son de tres tipos: (1) Relativos a la recepción definitiva de la obra, que son básicamente el no procurar la intervención necesaria del arquitecto patrocinante requerido para solicitar su recepción municipal definitiva; y la no contratación de un revisor independiente en los términos que exigen los arts. 116 bis y 144 de la Ley General de Urbanismo y Construcción; (2) Impago parcial del estado N° 14, con un saldo pendiente de \$13.000.336.; (3) El uso ilegal de las obras construidas, que no tienen recepción municipal, pero que son utilizadas por la demandada, en abierta contravención al art. 145 LGUC. Estos dos últimos no fueron abordados por la resolución recurrida.

Segundo: Que ha de señalarse que en el evento de admitir que estamos en presencia de un vicio, y dada la naturaleza del medio de impugnación elegido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, cabe preguntarse si de los antecedentes aparecería de manifiesto que el recurrente ha sufrido un perjuicio reparable solamente con la invalidación del fallo.

La circunstancia de interponerse, en forma conjunta con este recurso de casación en la forma, otro de apelación, revela en forma nítida que la nulidad de la sentencia impugnada no constituye la única manera de reparar el vicio que se ha observado.

En las condiciones anotadas, corresponde desestimar el recurso de nulidad formal.

II. En lo relativo al recurso de apelación:

Vistos:



Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos tercero, sexto, décimo séptimo a vigésimo, que se eliminan.

Y, se tiene en su lugar y, además presente:

I.-En cuanto a las tachas:

Tercero: Que la testigo de la demandante, Cecilia Marlene Leiva Rocha, luego de ser interrogada para los efectos de establecer causales de inhabilidad a su respecto, es tachada por la demandada esgrimiendo la causal del número 5° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio, al haber señalado que llevaba la contabilidad al actor en el periodo que se desarrolló la obra del Liceo A-20 y que ya no trabaja para él, sino para Ingeniería y Constructores Roessan Limitada, respecto de la cual el actor es el gerente general.

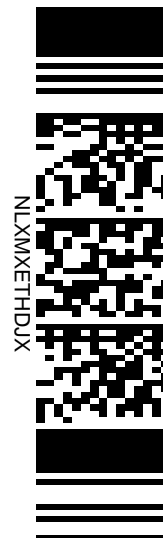
Por su parte, el testigo Guillermo Marchant Campos, expuso ser empleado del actor.

Cuarto: Que al contestar el traslado, la demandada señala que existe un vínculo comercial y el hecho de prestar servicios remunerados, resulta insuficiente para la concurrencia de las causales de inhabilidad.

Quinto: Que la inhabilidad contemplada en el N°5 del artículo 358 precitado, recae sobre los trabajadores y dependientes de la parte que los presente para valerse de aquellos en juicio, entendiéndose por el legislador que aquella situación de dependencia o subordinación hacia una de las partes del juicio podría minar la debida independencia del testigo. Dicha hipótesis, claramente no concurre en la especie, puesto que el empleador de la testigo Leiva, según expuso, es una persona jurídica y no el actor. Con todo, y en lo que dice relación con ambos testigos, ha de señalarse que la causal de inhabilidad en análisis lo que pretende es evitar una declaración que eventualmente pueda ser objeto de presión, coerción que se daría sobre el trabajador, criado o dependiente, dada las características propias de la relación laboral (subordinación, dependencia y retribución económica). Sin embargo, el actual desarrollo del derecho laboral contempla una serie de procedimientos y sanciones para el caso en que se produzca una presión indebida o una amenaza de despido basado en la declaración de una persona, y son estas situaciones de protección, las que conducen a acceder al planteamiento del recurrente y desestimar la inhabilidad solicitada respecto de los testigos Leiva y Marchant.

II.- En cuanto al Fondo:

Sexto: Que la demandante ha deducido una acción de resolución o en subsidio de terminación de contrato con indemnización de perjuicios, imputándole a la municipalidad demandada los siguientes incumplimientos, a saber, el estado de pago N° 14, ni el último estado de pago correspondiente al saldo del contrato, que debió efectuarse contra la presentación de la recepción municipal definitiva de las obras, según las Bases Administrativas especiales; los trámites necesarios para la recepción definitiva, esto es la falta de firma del arquitecto patrocinante y



no contratación de revisores independientes; y la circunstancia de gozar de la obra construida, pese a carecer de recepción definitiva.

Séptimo: Que resulta útil tener en cuenta los siguientes hechos de relevancia jurídica:

1.- Las partes concernidas se encontraban ligadas por una contratación directa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 19.886, que regula las Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios que recae sobre la ampliación y remodelación del edificio municipal, Liceo industrial Eliodoro García Zegers A-20, celebrado por escritura pública de 16 de junio de 2011, autorizado por resolución N° 424 de 17 de febrero de 2011 y modificación N°1489 de 15 de junio de 2011.

2.- Las obligaciones contraídas por la demandante, concernientes a la ejecución del proyecto “Prosecución de obra ampliación Liceo A-20 Industrial Eliodoro García Zegers” fueron íntegra y oportunamente cumplidas, recibidas provisoriamente el 24 de noviembre de 2012 y sin observaciones por la demandada.

3.- El 13 de octubre de 2014, la Municipalidad pagó a la demandante la suma de \$4.072.104.-, imputables al estado de pago N°14.

4.- La Municipalidad no dio curso al estado de pago N° 14 y final, indicando que aquél se encontraba sujeto a la condición suspensiva de haberse tramitado y obtenido el respectivo certificado de recepción municipal, obligación que a su entender correspondía al actor en su calidad de mandatario.

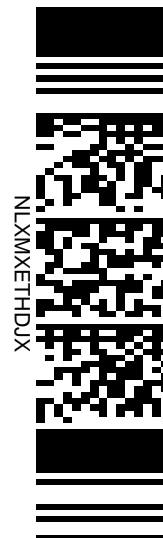
5.-La Municipalidad ha usado regularmente las obras objeto del contrato, a pesar de no tener recepción definitiva.

Octavo: Que en relación con la petición de resolución o terminación del contrato, se puede constatar, como revela el mérito del proceso, el contrato suscrito por la Municipalidad de Santiago con el actor, se encuentra terminado, por cuanto la obra fue íntegramente cumplida y recibida sin observaciones, de manera provisoria el 24 de noviembre de 2012 a tal punto que al tratarse de un establecimiento educacional se están usando regularmente.

Noveno: Que, en seguida toca determinar si se dan los presupuestos para acceder a la indemnización solicitada.

Fluye de la prueba rendida por ambas partes, y del mérito de sus propias declaraciones vertidas en los escritos de discusión, la existencia de un contrato de construcción a suma alzada celebrado entre aquellas, contrato que al referirse a una obra pública puede conceptualizarse como aquel por el cual la Administración encomienda a un particular una obra de naturaleza inmueble con el objeto de cumplir una finalidad pública o permitir el funcionamiento de un servicio público; en este caso, la ampliación de un establecimiento educacional municipal gestionado por la demandada.

Dicho contrato, es de carácter solemne (debiendo cumplirse una serie de requisitos establecidos por la propia Administración), oneroso, conmutativo y



principalmente bilateral, pudiendo señalarse que las principales obligaciones de las partes son, para el propietario o mandante el pago del precio estipulado (generalmente mediante un sistema gradual conforme al avance de la obra o de “estados de pago”) y para el contratista la de ejecutar la obra en los términos estipulados y en tiempo oportuno.

Décimo: Que, atendido lo expuesto en el razonamiento precedente, ha de darse por concurrente el primero de los presupuestos de la acción ejercida, esto es la existencia de un contrato bilateral celebrado entre las partes, por lo que procede analizar si además concurren los otros dos requisitos de aquella, a saber el incumplimiento imputable de una obligación por parte de la demandada; y el que la actora, esto es quien exige el cumplimiento forzoso de la obligación haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, ambas circunstancias que han sido controvertidas por las partes.

Undécimo: Que, en cuanto al incumplimiento que se le atribuye a la demandada, aquel corresponde según los propios dichos de la actora, a la no cancelación o solución del estado de pago N° 14 y el último estado de pago, correspondiente al saldo del contrato, cuya procedencia debía verificarse contra la presentación de la recepción municipal definitiva de la obra, al tenor del numeral 6 de las Bases Administrativas Especiales, para Licitación de la Obra Jornada Escolar Completa.

Es preciso señalar al respecto que, si bien la demandada no ha controvertido dicha circunstancia, por lo que habrá de tenerse por acreditada, aquella sostiene que el no pago de dicho concepto se hizo con estricto apego a la ley del contrato.

Duodécimo: Que la demandada opuso la excepción de contrato no cumplido, institución que encuentra su reconocimiento jurídico en el artículo 1552 del Código Civil, el cual previene que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

La excepción de contrato no cumplido, o *exceptio non adimpleti contractus*, es por consiguiente la que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya. Dicha circunstancia dice relación con la pérdida de la exigibilidad de la obligación incumplida, cuyo cumplimiento forzado se requiere, causado por el incumplimiento de las obligaciones correlativas, conociéndose dicha institución por el aforismo “la mora purga la mora”.

Como es posible advertir, la defensa de la demandada descansa en el incumplimiento de la demandante de una de sus obligaciones. En efecto, la demandada justifica el no pago íntegro del estado N° 14 y último estado de pago en la circunstancia de que para efectuarlo, las bases administrativas del contrato exigían el certificado de recepción municipal, siendo de responsabilidad del contratista la obtención de las certificaciones y aprobaciones, específicamente y



para estos casos, el certificado de recepción definitiva otorgado por la Dirección de Obras Municipales. Dicho incumplimiento contractual impediría constituir a su parte en mora.

Décimo Tercero: Que el numeral 15 sobre Recepción Municipal Definitiva, de las Bases Administrativas Normas Especiales para Licitación de Obra JEC, del proyecto “Ampliación Liceo Eliodoro García Zegers A-20” prescribe: *“Conforme a lo establecido en el Título 5, capítulo 2, artículo 5.2.5 de la OGUC, será obligación del contratista gestionar y obtener de la Dirección de Obras Municipales correspondientes, el Certificado de Recepción Municipal Definitiva de las obras de acuerdo a lo indicado en el Permiso de Edificación correspondiente. Se debe hacer presente que de acuerdo con la ley, su reglamento y el Convenio, el Certificado de Recepción Municipal Definitiva de las Obras es un requisito indispensable para que proceda la entrega de la última cuota de aporte de capital”*

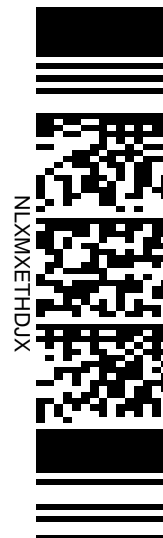
En el numeral 6. Del mismo instrumento, acerca de Estado de Pago, se indica, en lo que interesa: “La última cuota de aporte, solo será traspasada contra la presentación de la recepción municipal definitiva.”

De dicho instrumento, aparece, en principio, que la demandada lleva la razón al condicionar el pago a la recepción definitiva de las obras, trámite que era de cargo del actor.

Décimo Cuarto: Que, sin embargo, de la documental aparejada en autos aparece que ante una carta de reclamo de 21 de agosto de 2013, dirigida por el actor a la municipalidad demandada, ésta última por intermedio de su administradora municipal, Josefina Guzmán Bilbao, le informó mediante Ordinario 2187 de 27 de septiembre del mismo año que la factura impaga corresponde a fondos de aporte del Ministerio de Educación, entidad que no había efectuado a la fecha el depósito a la municipalidad, por tener discrepancia en el saldo, aseverando que se están haciendo las gestiones con el nivel central para regularizar la situación.

De otra parte, se advierte, que ante una denuncia efectuada por el demandante ante la Contraloría General de la República, por atrasos en el pago de esta obra, entre otras, el ente fiscalizador mediante Dictamen N° 11021 de 11 de febrero de 2016, hizo referencia a lo informado por la demandada en tanto expuso que la recepción municipal no se ha concretado por hechos imputables a la entidad edilicia, esto es la necesidad de contratar un revisor independiente de arquitectura e ingeniería.

Luego, el Director de Educación Municipal mediante Ordinario N° 979 ID 3096310 de 28 de julio de 2016, dirigido a la Jefa de Asesoría Jurídica Municipal informe al tenor del Dictamen N° 11021 de 11 de febrero de 2016, de la Contraloría General de la República, ratificando que se hace necesario contratar un revisor independiente para obtener la recepción definitiva del proyecto “Prosecución Ampliación Liceo Eliodoro García Zegers A-20”, por cuanto durante la etapa de construcción se realizaron modificaciones al proyecto al tenor de lo



dispuesto en el artículo 5.1.17., la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Indica que como la referida recepción definitiva se requiere tramitar con urgencia, se está gestionando la contratación por la modalidad de trato directo, en virtud de la causal contenida en el artículo 10 N°7 letra e) del Reglamento de la Ley N° 19.886, esto es, cuando la contratación de que se trate solo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.

Décimo Quinto: Que de lo que viene de reseñarse, es posible tener por justificado que la falta de recepción de la obra de que se trata es imputable a la municipalidad demandada, pues era de su cargo contratar a un revisor independiente, debiendo desestimarse la excepción de contrato no cumplido y tener por establecido el incumplimiento de la demandada.

Con todo, en este punto cabe destacar que, como lo ha sostenido previamente la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema (sentencias dictadas en autos rol N° 3361-2018 y 36839-2019) la entrega de una obra terminada al uso público por parte de la autoridad mandante, supone una verdadera recepción tácita de los trabajos, conforme a la cual la Municipalidad demandada carece de motivos para negarse a acceder a la solución del Estado de pago pendiente.

Décimo Sexto: Que establecido el incumplimiento de la demandada, corresponde determinar la existencia de los perjuicios. La actora pide que la municipalidad demandada sea condenada al pago de las siguientes cantidades: i) Las sumas que su parte habría recibido de haberse producido en tiempo y forma la recepción municipal y que alcanza a la suma de \$35.269.643.- más reajustes e intereses corrientes, desde la fecha en que debió producirse el pago. ii) La cantidad de dinero correspondiente al saldo del Estado de Pago N° 14, que alcanza a \$13.000.336.- (trece millones trescientos treinta y seis pesos), más reajustes e intereses corrientes desde la fecha en que debió producirse el pago. iii) Las cantidades equivalentes a la no percepción de las retenciones efectuadas en los estados de pago, que fueron facturada el 27 de marzo de 2013, por la suma de \$16.951.954.- que no han sido pagadas como consecuencia de los incumplimientos de la Municipalidad, más reajustes e intereses corrientes. iv) El costo financiero que ha significado para su mandante el retraso en la percepción de las cifras anteriormente dichas respecto del cual esta parte se reserva la discusión para la fase de ejecución de la sentencia, que se estima en \$48.916.450 y, v) Daño moral, por la suma de \$20.000. 000 con costas del presente juicio.

Décimo Séptimo: Que tal como se lee del contrato que en su momento vinculó a las partes, este se acordó bajo la modalidad de “suma alzada en pesos chilenos sin reajustes.”

De los escritos de discusión y del informe pericial evacuado en autos por el contador auditor Moisés Fernández Bolados y que se encuentra agregado al folio 75, se advierte que el estado de pago N° 14 cuya solución se demanda, emana de la factura 1553 de 25 de enero de 2013 por \$ 13.000.336, respecto de la cual, la



demandada abonó \$ 4.072.104, por lo cual corresponde acceder a lo demandado por el saldo insoluto, esto es, \$ 8.928.232.

Del mismo informe pericial se advierte considerando todos los aumentos y disminuciones del contrato original, finalmente el contrato alcanzó la suma de \$965.295.113.-, de lo cual se alcanzó a facturar un monto de \$930.295.113.- quedando un saldo por facturar de \$35.269.642, debiendo accederse también a lo demandado por este concepto.

Décimo Octavo: Que respecto de las retenciones efectuadas en los Estados de pagos, estas se encuentra pagadas y canceladas en su totalidad, según información entregada por la demandante al perito designado en autos, a través de doña Cecilia Leiva.

En cuanto al ítem costo financiero, el actor de acuerdo con lo previsto en el artículo 173 del Código Adjetivo, se reservó la discusión para la fase de ejecución de la sentencia.

Dice al respecto, el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil que "cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa debe abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deben servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia.

En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en un juicio diverso".

Esto significa que en los procesos cuya cosa pedida sea la indemnización por los perjuicios que reclama el demandante, se puede litigar conforme a una de las dos alternativas que contempla el legislador en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil: una es la que se concreta en la petición de resarcimiento especificándose su especie y monto, y la otra es la que se deduce sin incluir en la controversia la especie y el monto de los perjuicios, reservándose por ello a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

En la especie, el actor demanda la suma de \$48.916.450 por dicho concepto, pero nada dice sobre la base de qué parámetros calcula dicha cantidad ni menos justificó su existencia, de modo que dicho rubro será también rechazado.

Décimo Noveno: Que, en cuanto al daño moral solicitado, este no aparece fehacientemente justificado, toda vez que la sola contingencia suscitada no resulta suficiente como para poder presumir que tal perjuicio se ha producido, el que naturalmente debe haber causado molestias y preocupaciones, pero no se ha probado que aquellas trascendieran al daño moral. La declaración de los testigos sobre este punto, no altera lo concluido desde que estos indican que el actor tuvo



un evento cardíaco y stress, sin dar razón de sus dichos ni poder establecerse que fueron consecuencia directa e inmediata del incumplimiento contractual.

Vigésimo: Que respecto del monto que se ordena pagar por concepto de Saldo de Estado de pago N°15, correspondiente a la Factura N° 1553 y en relación con los reajustes solicitados, tratándose de una deuda pactada en pesos, se dará lugar a dicha pretensión, de conformidad con la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de notificación de la demanda, esto es, el 9 de enero de 2018 y el pago efectivo. En cuanto al cobro de intereses, se accederá a la demanda en dicho aspecto puesto que, según lo dispone el artículo 1559 del Código Civil, si la obligación es de pagar una suma de dinero, como sucede el caso de marras, y no se han pactado intereses convencionales se comenzarán a deber los legales, los cuales, conforme lo establecido en el artículo 1557 del citado cuerpo legal, se computarán desde que el deudor sea constituido en mora.

En lo relativo al saldo pendiente de pago y por facturar de \$35.269.642, esta devengará reajustes e intereses desde que el deudor sea constituido en mora.

Vigésimo Primero; Que, finalmente, por no haber sido completamente vencida la demandada, se dispondrá que cada parte asuma sus costas.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo prevenido en los artículos 186 y siguientes y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se **declara que:**

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma, deducido contra la sentencia de treinta de octubre de dos mil diecinueve, pronunciada por el 7° Juzgado Civil de Santiago.

II.- Se revoca la referida sentencia en cuanto por ella se acogió la tacha formulada respecto de los testigos Cecilia Marlene Leiva Rocha y Guillermo Marchant Campos, y rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por concepto del saldo del Estado de pago N° 14 y último estado de pago correspondiente al saldo del contrato; **y se declara que se rechazan las referidas inhabilidades y se acoge** la demanda en lo referido a dichos conceptos condenándose a la I. Municipalidad de Santiago a pagar la suma de ocho millones novecientos veintiocho mil doscientos treinta y dos pesos (\$ 8.928.232.), y treinta y cinco millones doscientos sesenta y nueve mil seiscientos cuarenta y dos mil pesos (\$35.269.642) con los reajustes e intereses reseñados en el fundamento vigésimo que precede.

III.- Se confirma, en lo demás apelado, la mencionada sentencia, **rechazándose** la reserva para discutir sobre la especie y monto de los perjuicios relativos al costo financiero, de conformidad con lo que establece el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

IV.- Cada parte pagará sus costas.

Regístrese y devuélvase.

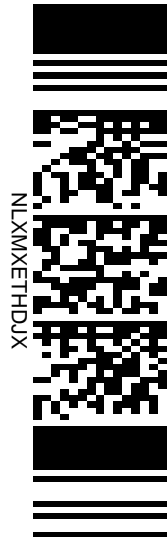
N° 3653-2020 Civil.



Redactó la ministra Claudia Lazen M.

Pronunciada por la Décima Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada con los ministros Patricio Martínez Benavides, Claudia Lazen Manzur y Fiscal Judicial Carla Troncoso Bustamante.

No firma la ministra Claudia Lazen Manzur por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Decimotercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Patricio Esteban Martínez B. y Fiscal Judicial Carla Paz Troncoso B. Santiago, veinticuatro de abril de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

