

C.A. de Santiago

Santiago, treinta de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos Rol N° C 27900-2018 del 17° Juzgado Civil de esta ciudad, sobre juicio ordinario de resolución de contrato con indemnización de perjuicios caratulados “ Fundación Piedra Viva de Peñalolén con Municipalidad de Santiago”, por sentencia definitiva de primera instancia de treinta de abril dos mil veinte, la jueza *a quo* acogió sin costas, la demanda y declaró terminado el Acuerdo de Colaboración para la ejecución, Financiamiento, Operación y Mantención del Proyecto Parque Museo Humano”, acogiendo, además, la indemnización por la suma de \$ 63.162.091, por concepto de daño emergente, rechazando el daño moral.

En contra de este fallo la parte demandada deduce recurso de casación en la forma y apelación.

Se ordenó traer los autos en relación.

Y teniendo presente:

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

Primero: Que como causal que invoca refiere aquella del numeral 7ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener el fallo decisiones contradictorias, según refiere en los considerando 31 y 41. Indica que, por una parte se señaló que la demandante dio cumplimiento en tiempo y forma a las obligaciones que eran de su cargo, para luego en el considerando 41 manifestar la jueza que las partes dejaron de cumplir sus obligaciones, imputando en el caso de la Fundación demandante haber celebrado años después un nuevo acuerdo con otra entidad vigente aun el acuerdo entre ambos.

Argumenta que la doctrina ha precisado que la excepción de contrato no cumplido paraliza la pretensión de cumplimiento forzado, y suspende la exigibilidad de la pretensión correlativa, ya que no se puede exigir el cumplimiento forzado o resolución si a su vez la parte no ha cumplido. En este sentido en la sentencia se determinó que la



demandante incumplió el acuerdo toda vez que celebró un convenio con la Universidad Austral para crear un museo en Valdivia. A contrario sensu, previo a la terminación del acuerdo, se mantenía vigente la obligación de no realizar proyectos similares, lo que el demandante no cumplió. Expresa en su recurso de nulidad formal, que la excepción de contrato no cumplido la alegó en la etapa de discusión, y a pesar de que la jueza estableció que la demandante celebró un acuerdo con la Universidad Austral, situación que le estaba prohibida, igualmente lo condena.

Pide se invalide el fallo recurrido, con costas, y se dicte sentencia de reemplazo que acoja la excepción de contrato no cumplido y rechace la demanda.

Segundo: Que en el recurso de casación tiene por finalidad la invalidación de la sentencia sólo por las causales que la ley establece, que tiene el carácter de extraordinario y de derecho estricto, cuyas causales se clasifican en vicios cometidos en la sentencia y otros vicios en la tramitación de la causa.

Tercero: Que en relación a la causal intentada, de la revisión de los antecedentes es dable concluir que debe ser desestimado. En efecto, los fundamentos expuestos impiden que puedan tener acogida toda vez que los hechos sobre la base de los cuales se construye el argumento no configuran el vicio denunciado.

La doctrina y la jurisprudencia han indicado que la causal de contener una sentencia decisiones contradictorias se refiere a la hipotética situación de contemplar el mismo fallo impugnado dos decisiones que sean imposibles de cumplir porque una se opone a la otra. Esto es, que existan dos dictámenes o determinaciones que recíprocamente se destruyen, evento que no ocurre en la especie, toda vez que existe un solo pronunciamiento en orden a acoger la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios.

En este caso, lo único debatido por las partes es la acción resolutoria con indemnización de perjuicios, por lo que lo señalado por la jueza en lo considerativo para fundar su decisión de acoger



parcialmente la demanda, no lo hace contradictorio con lo dispositivo del fallo, pues sólo fue uno de los soporte o fundamentos de la sentencia.

En consecuencia, conforme se ha venido razonando, el recurso de casación forma será desestimado.

II.- En cuanto al recurso de apelación:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y se tiene además presente:

Cuarto: Que por su parte, en la apelación el demandado reclama que la Fundación incumplió el acuerdo suscrito con la Municipalidad toda vez que celebró un convenio con la Universidad Austral de Valdivia en circunstancias que estaba vigente el acuerdo con la Municipalidad demandada. Indica que esa fue la razón que intentara la excepción de contrato no cumplido, por faltar un elemento de la acción resolutoria cual es la calidad de acreedor diligente. Agregar que si la sentencia declara la terminación del acuerdo, a la fecha de suscripción del convenio con la Universidad Austral, el convenio con su representada estaba aún vigente.

Por otra parte sostiene que el Acuerdo Complementario reemplaza la cláusula N° 5 en cuanto a la búsqueda de financiamiento privado para la licitación, sin que se justificara la contratación de inspectores técnicos y otros expertos y gestores culturales para llevar a cabo el proyecto y que lo sitúan como acreedor diligente para reclamar los perjuicios.

Por último, refiere que la ejecución del proyecto se iniciaba a los 60 días después de aprobado y obtenido el financiamiento. Sin embargo, debía contar con la participación ciudadana cuestión que era obligatorio para el proyecto, pero por un hecho que no le es imputable hubo un rechazo por parte de los vecinos, por lo que no hubo un incumplimiento atribuible a su actuar.

Quinto: Que de la revisión de los escritos de la discusión no se alegó por parte de la Municipalidad lo que se expone en la apelación, pues si bien opone la excepción de contrato no cumplido, lo fundó en



un incumplimiento del demandante de la cláusula tercera del acuerdo complementario, en relación al tema del financiamiento en cuanto a la obligación que le correspondía al demandante, pero nada dijo o expuso en relación al acuerdo suscrito entre la Fundación y la Universidad Austral, y solo viene a cuestionarlo en la apelación pero no en la contestación de la demanda.

Sexto: Que es dable señalar que mediante el recurso de apelación se puede conocer tanto los hechos como el derecho debatido, pero no habilita a conocer de acciones y excepciones no intentadas en primera instancia. En efecto, el recurso de apelación permite “revisar” de nuevo las cuestiones debatidas en primera instancia y en este caso, la Municipalidad no alegó un incumplimiento contractual del demandante, fundado en la imposibilidad de celebrar cualquier acuerdo con otra entidad mientras estuviera vigente el acuerdo de autos, situación que en todo caso se materializó luego de fracasar el acuerdo con la Municipalidad de Santiago, en consecuencia las críticas al fallo que lo condenó al pago de la indemnización, lo hace sobre una arista que no fue desarrollado en los escritos de discusión.

Séptimo: Que enseguida y sin perjuicio de lo expresado, la excusa de la Municipalidad en torno a que fue la oposición de los vecinos lo que motivó descartar el proyecto de instalación del Parque Museo Humano, luego de ya avanzado el proyecto que se inició el año 2014, tal como fue establecido en los hechos, deberá ser desechada, no solo porque el acuerdo celebrado entre las partes está dentro de la órbita de atribuciones de la Municipalidad, entidad que debió asumir el riesgo que un proyecto de tal envergadura conlleva, no pudiendo -ya avanzado el proyecto- traspasarle la responsabilidad a la demandante que una parte de los vecinos se opusieran a la obra. En consecuencia, ponerle término basado en la oposición de algunos vecinos es un incumpliendo grave al acuerdo cuyo remedio es la acción resolutoria.

Además, es un hecho que la Corte de Apelaciones en el recurso de protección Rol 11121-2015, dejó expresamente señalado que hubo participación ciudadana “*en sus diferentes etapas de desarrollo: antes*



del llamado a licitación pública; durante el proceso de licitación y luego de la adjudicación del anteproyecto ganador del concurso público. Se aprecia que se realizaron reuniones de coordinación con los representantes de las juntas de vecinos y se incorporó a uno de sus representantes en la comisión de evaluación de la licitación pública, quien manifestó claramente su posición al realizar su evaluación; además, aparece que se realizó una visita y recorrido del terreno con los vecinos en junio de 2014, se hicieron 4 visitas al taller del escultor, en el mismo mes de junio de 2014; se hizo una jornada de presentación del anteproyecto en agosto del mismo año, con ronda de preguntas con los vecinos; incluso se formuló un documento denominado consideraciones sobre el proyecto, que fuera remitido por la presidente de la junta de vecinos al municipio, según reza el recurso.

Octavo: Que establecido los hechos y el incumplimiento de la demandada, el acreedor diligente tiene como remedio resolutorio la acción intentada frente a la inejecución de lo acordado, que le permite desvincularse del contrato, al extinguirse las obligaciones que de él emanan y recuperar lo que hubiese dado o pagado. En la especie, la Municipalidad le puso término en la etapa final del proyecto, una vez desarrollado gran parte del proyecto, situación que se acreditó en la causa, por lo que debe responder por los perjuicios.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes y 768 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma, deducido en contra de la sentencia de fecha treinta de abril de dos mil veinte, dictada por el Décimo séptimo Juzgado Civil de Santiago.

II.- Que **se confirma** la referida sentencia de treinta de abril de dos mil veinte, dictada por el Décimo séptimo Juzgado Civil de Santiago, en cuanto acogió la acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios.

II.-. Que cada parte soportará sus costas.

Acordado con el voto en contra de la ministra (S) señora Poza,



quien estuvo por acoger el recurso de apelación sobre la base de lo siguiente:

1°) Que el acuerdo de colaboración celebrado en junio de 2014 tenía como sustento la iniciativa municipal de contar con un circuito cultural entre Avda. Vicuña Mackenna con el Museo Violeta Parra y el eje Portugal-Alameda con el GAM y el Centro de Extensión PUC, el cual declaró era necesario remodelar. En ese contexto declarado, se acordó con la Fundación demandante desarrollar un proyecto en el Parque San Borja consistente en la exhibición de piezas escultóricas por 25 años. Para ese fin se instruyó un procedimiento que consistía en “idea del proyecto, anteproyecto y desarrollo del proyecto”.

Comprender en cuál de estas fases se produjo el quiebre contractual es esencial para atribuir las distintas responsabilidades ya que algunas de ellas se superponen.

2°) Que de acuerdo al Punto 2 letra a) la primera etapa de **Ideas** implicaba llamar a una licitación pública abierta a arquitectos nacionales y extranjeros, lo que se cumplió. Luego en la etapa de **Anteproyecto** se elegiría a los ganadores. Y posteriormente en el **Desarrollo** propiamente tal se efectuaría la construcción del parque y la instalación de las obras.

3°) Que conforme a los Puntos 4 y 5 de la Cláusula 5ª sobre financiamiento de la licitación y ejecución del proyecto, los fondos serían aportados tanto por la municipalidad, como por la Fundación y los gastos posteriores de mantenimiento, operación y administración del Parque-Museo, según el Punto 12, íntegramente a cargo del municipio.

4°) Que conviene dejar establecido que el Acuerdo Complementario de 12 de enero de 2015 amplió el Punto 5 señalando que “La Fundación y el Escultor harían sus mejores esfuerzos para obtener financiamiento privado adicional para la licitación y desarrollo del Proyecto (...) con el fin de costear gastos en que deberá incurrir relacionados con la coordinación del Proyecto y con la contratación de especialistas de apoyo suplementario al Proyecto, tales como



inspectores técnicos, museólogos, iluminadores, comunicadores, expertos en seguridad y gestores culturales. De igual modo, también en apoyo al Proyecto, la Fundación requerirá financiamiento de privados para solventar gasto de comunicación, instalaciones, publicaciones, visitas a museos y promoción, en el país y en el extranjero”.

5°) Que es evidente que tanto la Fundación como la municipalidad cumplieron en realizar los aportes comprometidos, ya que de los mismos documentos acompañados en la demanda se aprecian aquellos concernientes a la recepción de las postulaciones, la gestión de la licitación y los trámites de adjudicación y permisos, todas cuestiones que indiscutiblemente son cuantificables respecto de la demandada.

6°) Que en contratos de esta clase, es decir, de desarrollo y consolidación en el tiempo, los gastos de cada una de las partes para llevarlo a cabo, existiendo una obligación contractual de asumirlos, no implica que si finalmente el negocio causal no se lleva a cabo como ocurrió en este caso de manera espontánea según quedó consignado en el Considerando 41° del fallo en examen.

7°) Que de lo anterior se sigue que el término del contrato no se produjo por incumplimiento de una sino de ambas partes, lo que implica que también ambas deban sufrir los costos en que de acuerdo al contrato pesaba sobre cada una de ellas. Por lo que ningún incumpliendo debe serle resarcido al demandante.

Redacción de la ministra suplente Sra. Zúñiga Alvayay y del voto su autora.

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE.

N°Civil-9416-2020.

No firma la señora Isabel Margarita Zúñiga Alvayay, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones como Ministro Suplente.





HHGXJKLFQX

Pronunciado por la Undécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Suplente Lidia Poza M. y Abogado Integrante Michael Christian Camus D. Santiago, treinta de octubre de dos mil veintitrés.

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

