

Santiago, catorce de octubre de dos mil veintiuno.

VISTO:

En estos autos sobre juicio ordinario, Rol N°2313-2013, seguidos ante el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Empresa Constructora Modelo S.A. con Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.”, por sentencia de primera instancia de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1807 y siguientes, se desestimó la excepción de prescripción opuesta por la demandada y se rechazó la demanda de terminación de contrato e indemnización de perjuicios, con costas.

La demandada dedujo recursos de casación en la forma y de apelación en contra de la referida determinación y una Sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, mediante fallo de veintisiete de junio de dos mil dieciocho, escrito a fojas 1983 y siguientes, rechazó la nulidad impetrada y revocó la sentencia apelada, en cuanto condenó al actor al pago de las costas, decidiendo en cambio que se le exime de dicha carga procesal, confirmándola, en lo demás apelado.

En contra de tal determinación la demandante deduce recursos de casación en la forma y en el fondo, los que se trajeron en relación.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:

PRIMERO: Que la primera causal de nulidad formal invocada es la contemplada en el artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el 170 N°4 del mismo cuerpo normativo, la que a juicio de la recurrente se manifiesta en la falta de ponderación de la prueba rendida



por los sentenciadores y en el contener motivos contradictorios el fallo impugnado, que se anulan entre ellos, quedando desprovisto de las consideraciones que la ley exige.

En el primer capítulo la recurrente acusa la falta de ponderación de la prueba rendida, particularmente la documental allegada al proceso para acreditar la existencia del contrato de construcción, alegando que los juzgadores se limitan a realizar una mera enumeración, sin efectuar un análisis sustantivo de la misma. Menciona como instrumentos preteridos de valoración probatoria: a) el permiso de edificación N°252 de 12 de octubre de 2007, emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta, referente al “Conjunto Armónico Bellavista”, el que comprende tres torres habitacionales; b) planos algunos en papel y otros en soporte digital de la referida obra, los que darían cuenta de que la Empresa Constructora Modelo era la Constructora a cargo del proyecto; c) minutas de trabajo en terreno; d) Acuerdo Comercial de Financiamiento entre Chilectra y Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. referido a 358 departamentos, es decir, para la primera torre habitacional, en cuya cláusula 6ª se indica que la facturación de los equipos, productos y servicios indicados en dicho acuerdo se realizaría a nombre de Empresa Constructora Modelo S.A; e) correo electrónico enviado por Francisco Walker Prieto, representante de la demandada, en el que se adjunta un borrador de contrato de promesa, en cuya cláusula 14º se reconocería que Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. suscribió con Empresa Constructora Modelo S.A. un contrato de construcción por suma alzada y f) copia del acta de la diligencia de absolución de posiciones de Francisco Walker Prieto, en representación de Desarrollo Inmobiliario Bellavista, en juicio laboral L-793-2008, seguido ante el Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago, en la



que constaría que reconoció que era efectivo que al día 2 de abril de 2008, la Constructora Modelo S.A. se encontraba contratada por Desarrollo Inmobiliario Bellavista para la construcción de la obra Liceo Alemán.

Agrega que incurren en esta falta de fundamentación tanto la sentencia de primer grado como la de segundo, al confirmarla, sin enmendar esta ausencia de motivación, pues ninguna de ellas expone los hechos asentados por los jueces del fondo en virtud del proceso de apreciación de la prueba, ni las consideraciones respecto a la existencia o inexistencia del contrato que fue objeto del juicio.

En un segundo acápite la recurrente hace consistir el vicio denunciado en que el fallo atacado contiene considerandos contradictorios, dado que en el motivo 17° del fallo de primer grado, se reconoce abiertamente la existencia del contrato de construcción que vincula a los litigantes y no obstante ello, en sus motivos 32°, 35°, 37° y 38° y en el considerando 5° de la sentencia de alzada se razona y concluye que no existe tal convención.

SEGUNDO: Que en relación a este vicio de forma, cabe señalar que el mismo se configura cuando se omiten las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento al fallo. Lo que se exige a las sentencias a fin de satisfacer el requisito del numeral 4 del citado artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, consiste, en explicitar las razones que justifican la decisión a la que arriban, sobre la base del análisis, también manifestado en razonamientos, de la prueba rendida y de las alegaciones de las partes.

TERCERO: Que en el caso sub lite el fallo cuestionado confirmó el de primer grado, el que contiene el análisis de los medios de prueba aportados por los litigantes, indica los hechos asentados en su mérito y las



conclusiones por las cuales se arriba a la decisión de rechazar la demanda. En efecto, el examen de los antecedentes permite verificar que en los motivos vigésimo noveno y trigésimo quinto del fallo de primer grado, que el de alzada reproduce, se contiene la reflexión valorativa de las probanzas rendidas y en sus motivos trigésimo segundo, trigésimo tercero, trigésimo séptimo y trigésimo octavo, conjuntamente con la motivación quinta de la sentencia impugnada, se consignan las reflexiones que llevaron a los juzgadores a la determinación cuestionada, por estimar que entre las partes solo existieron tratativas preliminares en relación al proyecto de desarrollo de tres torres habitacionales, sin que la negociación diera paso, en definitiva, a la concreción de un contrato de construcción.

CUARTO: Que, en lo concerniente al segundo aspecto en que se hace consistir el motivo de nulidad esgrimido, esto es, el de contener la sentencia consideraciones contradictorias que se anulan entre sí, tampoco es posible constatar su configuración, puesto que no es efectivo -como sostiene la recurrente- que en el motivo 17° del fallo de primer grado, se reconozca la existencia del contrato de construcción de torres habitacionales, ya que allí únicamente se determina el momento a partir del cual debe computarse el término liberatorio esgrimido por la demandada para la prescripción, no verificándose la contradicción aludida.

QUINTO: Que la otra causal de nulidad formal que se invoca es la contemplada en el artículo 768 N°7 del Código de Procedimiento Civil, argumentando la recurrente que el fallo contendría decisiones contradictorias. Tal vicio se configuraría porque la sentencia en su parte considerativa, reconoce la existencia del contrato de construcción al razonar sobre la improcedencia de la excepción de prescripción, circunstancia que se



plasma en lo resolutivo al rechazarla, lo que estima se contradice con la decisión de rechazar la demanda.

SEXTO: Que la causal de contener la sentencia decisiones contradictorias se refiere a la hipotética situación de contemplar el fallo impugnado una decisión que sea en la práctica imposible de cumplir porque a ello se opone lo ordenado en otra, esto es, que existan dos dictámenes o determinaciones que recíprocamente se destruyen, evento que no ocurre en la especie, toda vez que en el caso en particular existe un solo pronunciamiento, el que rechaza la demanda.

SÉPTIMO: Que no configurándose ninguna de las causales de nulidad invocadas, el recurso de casación en la forma será desestimado.

II.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

OCTAVO: Que la recurrente desarrolla su reproche de nulidad sustancial en tres capítulos de argumentación, sosteniendo, en el primero de ellos, que el fallo cuestionado infringe los artículos 1700 y 1702 del Código Civil en relación a los numerales 1º y 3º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que los sentenciadores no le han reconocido a la documental allegada al proceso el mérito probatorio que imperativamente le asigna la ley.

En primer término refiere que es errada la conclusión a la que arriban los sentenciadores en orden a que no demostró la formación del consentimiento necesario para dar vida al contrato de construcción, pues la prueba que rindió da cuenta de lo contrario. En este sentido alega que estos han desconocido el mérito de la siguiente prueba instrumental: a) correo electrónico de 18 de julio de 2007 enviado por el representante de la



demandada, dirigido entre otros a Alejandro Ruiz, representante de la demandante, en el cual se adjunta acta donde constan materias acordadas, entre las que destaca que “se acuerda que el contrato de construcción será por suma alzada para todo el proyecto”; b) Permiso de Edificación N° 252 de 12 de octubre de 2007; c) Apertura del Libro de Obras del proyecto habitacional Liceo Alemán o Bellavista, d) minutas de trabajo o actas de reunión, llevadas a cabo entre personal de la Inmobiliaria mandante, el ITO y personeros de Constructora Modelo, e) copia del contrato de prestación de servicios Inspección Técnica de Obras de 1 de marzo de 2007, celebrado entre Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A y Jorge Parodi Schettino, en su calidad de Inspector Técnico de Obras, en cuya cláusula 5ª se indica que el mismo durará hasta el término de la construcción, y efectuada la recepción provisoria de las obras conforme al contrato de construcción por suscribir con Constructora Modelo S.A., el que es reconocido en su declaración como testigo por el Sr. Parodi; f) correo electrónico de 6 de diciembre de 2007; g) copias de piezas del juicio laboral seguido ante el 8º Juzgado del Trabajo de esta ciudad Rol N°793-2008, donde consta absolución de posiciones de Francisco Walker, en representación de Desarrollo Inmobiliario Bellavista, diligencia en la que dice que Modelo era la constructora a cargo de las obras ejecutadas en el Proyecto Liceo Alemán; y h) correo electrónico de 5 de mayo de 2008 al que se adjunta un borrador de contrato por suma alzada con Constructora Modelo.

En segundo lugar se alega por la recurrente que el yerro denunciado, se relaciona con el incumplimiento del contrato y los perjuicios irrogados a su parte, lo que quedó acreditado con la prueba documental que indica, a saber: a) Permiso de Edificación N°252; b) Actas de reuniones N°13 y 14 de



16 y 23 de octubre de 2007, de las que aparece que se dio cuenta de los antecedentes faltantes para obtener autorizaciones del proyecto; c) Acta de reunión N°15 de 30 de octubre de 207; d) Acta de Acuerdo del Directorio Bellavista S.A., de 18 de septiembre de 2007, e) correos electrónicos de 8 de febrero y 31 de marzo de 2008, f) copia del Ord. N° 1820/336/08 emanado de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta, de 3 de abril de 2008, que comunica el rechazo al permiso de edificación del Proyecto Bellavista, Torres Habitacionales, por haber transcurrido más de dos meses para corregir observaciones anteriores, sin cumplir con ello y del Ord. 1820/374/08 de 14 de abril de 2008, del mismo órgano que indica que no se autoriza la solicitud de permiso e instalación de faenas y excavaciones en el aludido proyecto; g) copia del informe contable elaborado por el perito judicial Sergio Castro Rivero, quien en su declaración como testigo reconoció su autoría, el que sobre la base de la documentación contable y sus respectivos respaldos concluye que los mayores costos en que incurrió la Empresa Constructora Modelo S.A. durante los años 2007 y 2008, ascienden a \$593.434.085 y h) Libros Mayores del año 2007.

Sostiene que dichas probanzas no fueron objetadas y con su mérito se debe tener por establecida la existencia de una condición que debía cumplir el mandante, consistente en la obtención de la DIA; que durante los meses en que estuvo su parte a disposición de la mandante, ésta no obtuvo dicha declaración; que la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta caducó el permiso de edificación y negó autorización para la instalación de la faena y que todo ello le irrogó perjuicios por una suma superior a los \$500.000.000.



En el segundo acápite, acusa la contravención de los artículos 97, 98, 101 y 103 del Código de Comercio; 19, 22, 1438, 1443, 1445 N° 2, 1545, 1996 inciso final, 1915, 1921 y 1997 del Código Civil y artículo 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Expone que el contrato de construcción es de naturaleza consensual y, por ende, no se encuentra sometido a ningún tipo de formalidad para determinar su existencia, resultando improcedentes las exigencias probatorias que formulan los jueces para acreditar el consentimiento, el que se ha formado con la sola confluencia de la oferta hecha por el mandante – la compañía inmobiliaria demandada- y la aceptación tácita de la empresa constructora al dar inicio a la ejecución del encargo, resultando irrelevante que no existiera acuerdo en el precio, toda vez que la ley obliga a presumir que se ha convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie y, por ende, no es un elemento necesario para su perfeccionamiento.

En el tercer y último apartado denuncia la vulneración de los artículos 1437, 1489, 1545, 1546, 1547 inciso 3°, 1551 N° 3, 1553 N° 3, 1556, 1999, 1557, 1558 y 1559 N° 1 del Código Civil, éste último en relación con el artículo 19 de la Ley N° 18.010, manifestando que entre las partes existió un contrato de construcción que es fuente de obligaciones para los contratantes, quienes debían cumplirlas de buena fe. Entre estas, la demandada debía cumplir con las exigencias contenidas en el permiso de edificación otorgado por la municipalidad, debiendo gestionar la declaración de impacto ambiental correspondiente, lo que no realizó, anulándose en consecuencia el referido permiso, circunstancia que colocó a su parte en la imposibilidad de construir las torres habitacionales, debiendo soportar los costos de su permanencia ociosa en el terreno de las obras.



Concluye que el incumplimiento contractual en que incurrió la contraria -no obtención de la declaración de impacto ambiental- debe presumirse culpable, teniendo derecho su parte a que se le indemnicen los perjuicios resultantes de la infracción del contrato y se declare su terminación.

NOVENO: Que para una adecuada comprensión del asunto planteado, resulta necesario tener presente los siguientes antecedentes:

1.- El 13 de marzo de 2013 la Empresa Constructora Modelo S.A., dedujo demanda en contra de la sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. por la que solicita se declare la terminación del contrato celebrado por las partes para la construcción de tres torres habitacionales en el lugar denominado ex Liceo Alemán de esta ciudad y se condene a la demandada al pago de los perjuicios causados.

Señala que durante el año 2006 diversos inversionistas se organizaron para desarrollar en los terrenos del ex Liceo Alemán de Santiago, ubicado en el Barrio Bellavista, un mega proyecto inmobiliario, compuesto por: (i) el Campus Bellavista de la Universidad San Sebastián, (ii) el Centro de Extensión y Convenciones Bellavista, y (iii) un conjunto de tres torres habitacionales (Edificio Bellavista Forestal).

Afirma que Constructora Modelo S.A. fue una de las organizadoras del proyecto inmobiliario denominado Liceo Alemán, que consta de tres obras que debían construirse de manera armónica entre sí y que las relaciones entre las sociedades involucradas se desarrollaron en un contexto de mayor flexibilidad e informalidad, atendidos los lazos familiares y de amistad de sus integrantes.



Expone que se presentaron obstáculos que paralizaron el proyecto impidiendo el avance de sus labores y que culminaron con la caducidad del permiso de edificación. Las causas de esas dificultades se debieron a la ausencia de una definición conceptual del proyecto en cuanto al número de estacionamientos de los subterráneos del tercer y cuarto nivel en el área de las torres habitacionales, a la falta del Estudio de Impacto al Sistema de Transporte Urbano (EISTU) y a la Declaración de Impacto Ambiental (DIA); obligaciones todas de resorte del mandante de la obra de quien dependía la obtención de permisos y autorizaciones y evitar el entorpecimiento de la marcha regular de los trabajos.

Asevera que estos documentos no fueron tramitados por la demandada ni aprobados por la autoridad en la oportunidad debida, llegándose al extremo de que el permiso de edificación fuera anulado por la Municipalidad de Recoleta mediante Ord. 336 de 3 de abril de 2008, debido a que las observaciones que se formularon al proyecto no fueron subsanadas en el plazo legal de dos meses, entre otras razones, por el atraso generado en la tramitación del EISTU. Además, de que durante su permanencia en la ejecución de las obras del Proyecto Liceo Alemán, Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. efectuó modificaciones mayores en el área de las Torres Habitacionales, que entorpecieron el inicio de los trabajos masivos en terreno, como la incorporación de un subterráneo adicional en el proyecto habitacional.

Indica que todo esto le causó perjuicios por la mantención de recursos humanos y materiales ociosos, así como gastos directos e indirectos asociados a la mantención de una capacidad de trabajo disponible, pero que en definitiva no se ocupaba por la falta de claridad de las decisiones del mandante. También los causaron la tardanza del mandante en la



tramitación ante los organismos correspondientes tanto del Estudio de Impacto en el Sistema de Transporte Urbano, EISTU, como en la Declaración de Impacto Ambiental, DIA, que fue otro obstáculo que impidió la iniciación (sic) de los trabajos de construcción masiva.

Explica que las razones de su salida de las obras de las torres habitacionales son las siguientes: a) la caducidad del permiso de construcción, ocurrida el día 3 de abril de 2008, unido al rechazo de la solicitud de permiso de instalación de faenas y excavación, todo lo cual supone que no existía permiso legal ni para obras menores ni para obras mayores. (b) Los permanentes cambios del proyecto de estacionamientos. El mandante aceptó que se hicieren bajo las torres habitacionales estacionamientos, no para estas, sino que para la Universidad y el Centro de Extensión, liderados por una inmobiliaria distinta de aquella que es demandada en autos. (c) La paralización de las obras que mantuvo sin trabajo y estacionados en el lugar al personal de la Constructora y los equipos correspondientes, debiéndose considerar que el proyecto Liceo Alemán significó una dedicación muy cercana a la exclusividad.

En relación a esto último, expresa que recibió los terrenos a principios del año 2007 y que a partir de entonces tuvo un costo operacional elevado por la magnitud de la obra a iniciar, lo que en un comienzo estuvo considerado para mediados de ese año 2007. Pero se llegó a abril de 2008 y aún no se iniciaban las obras, con el agravante que caducó el permiso de edificación, lo que hizo incierta la fecha de su reiniciación y durante todo ese tiempo debió mantener el sobre costo que implicaba estar siempre a la espera que le dieran las condiciones de partir. Es decir, por casi 16 meses Modelo tuvo los costos de una obra de grandes dimensiones, sin tener como contrapartida el avance de las obras para absorber y descargar tales costos.



Hace presente que la DOM de Recoleta le otorgó recién el 8 de octubre de 2008, el permiso de edificación N°254, a Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., es decir, el nuevo permiso se otorgó casi 7 meses después de la caducidad del anterior, lo que daría cuenta de que durante todo ese período la demandada no estaba en condiciones de construir y lo insostenible de la situación para Modelo, ya que tendría que haber esperado todo este tiempo para que su mandante obtuviese el nuevo permiso.

Sostiene que las partes celebraron el contrato cuya obra a ejecutar era el proyecto de torres habitacionales que contempla un edificio de 19 pisos con tres niveles de estacionamientos y prevé la construcción de otras dos torres destinadas a la vivienda de las mismas características. En consecuencia, el objeto del contrato lo determina la obra a ejecutar de que se trata por parte de Constructora Modelo y genera las obligaciones recíprocas entre ella y Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. El precio de la ejecución de la obra se manifiesta en el presupuesto de la primera torre, que contempla la obra a ejecutar, su precio y la remuneración para el constructor. Por tratarse de un contrato de suma alzada, el constructor aporta su trabajo y los materiales recibiendo a cambio del que encargó la obra un precio único, total e inamovible, lo que da al contrato la naturaleza jurídica de una compraventa.

Explica los elementos que forman el consentimiento y el perfeccionamiento del contrato, señalando que debe considerarse que en la especie, existen una serie de actos de parte de la demandada que constituyen aceptación del trabajo a realizar por Constructora Modelo S.A., unido a la ejecución del contrato por parte de esta última. Menciona como estos elementos, la aprobación del presupuesto, los permisos de construcción obtenidos por Desarrollo Inmobiliario S.A. en el que se indica a



Constructora Modelo S.A., como ejecutora del proyecto; la ejecución de obras como la sala de ventas, el departamento piloto Bellavista demoliciones etc; la emisión de estados de pagos cursados y existencia de facturas por estas obras.

Refiere que el contrato de construcción de que se trata es un contrato consensual celebrado entre Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. y Constructora Modelo S.A., en el cual quedaron definidos los elementos esenciales del mismo, esto es, el consentimiento entre la cosa a ejecutar y el precio a pagar por ella, existiendo al efecto un principio de ejecución de las obras, personal y maquinarias destinadas al terreno, así como la asignación de oficinas y bodega para los fines de la ejecución del contrato, el que fue incumplido culpablemente por la demandada, lo que le causó perjuicios.

Reclama como daño emergente, a causa de la paralización de personal y equipos, por bodegaje y costo financieros que indica: a) mayores costos por concepto de remuneraciones en oficina central y Bodega de Lampa, los que comprenden sueldos y finiquitos del personal adicional que se contrató para el Proyecto Liceo Alemán \$555.287.681; b) mayores costos por mantención de oficinas centrales en función del Proyecto Torres Habitacionales del Liceo Alemán durante el período de enero 2007 hasta abril de 2008, consistentes en desembolsos por servicios básicos, como gastos comunes, pago de contribuciones e intereses de los créditos hipotecarios pagados por Constructora Modelo S.A., los cuales se contrajeron para la adquisición de las oficinas, ascendentes a la cantidad de \$21.427.056 y c) mayores costos por mantención y operación de la Bodega de Lampa en función del Proyecto de Torres Habitacionales de Liceo Alemán, considerando el 43,82% de los gastos, que corresponde al porcentaje que



representa el Proyecto Bellavista dentro del total de los proyectos de la empresa, por la cantidad de \$16.719.348.

El total de los perjuicios por daño emergente asciende a la cantidad de \$593.434.085, el que estima deberá incrementarse con más el interés corriente promedio para operaciones no reajustables a partir del mes de mayo de 2007 a agosto de 2012, asciende a: \$411.546.538, lo que suma la cantidad de \$1.004.980.623, más intereses corrientes desde agosto de 2012 hasta la fecha del pago efectivo.

2.- Al contestar, Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. solicitó el rechazo de la demanda, con costas. En primer lugar niega la existencia de cualquier tipo de aceptación tácita o contrato para la construcción del proyecto inmobiliario como lo sostiene la demandante. Si bien reconoce que en el año 2006 se dio inicio a un gran proyecto inmobiliario, denominado "Proyecto Bellavista", el que contemplaba tres obras, dice que en su ejecución intervinieron varias empresas en diversos momentos y mediante la suscripción de distintos instrumentos, de acuerdo a una planificación que se hizo inicialmente con el fin de separar los trabajos, por cuanto se trataba de empresas con dueños distintos. En lo que respecta a las dos primeras obras, esto es, el Campus y el Centro de Extensión y Convenciones de la Universidad San Sebastián, Inversiones Laguna Blanca S.A. -como lo indica la actora en su demanda- celebró dos contratos de construcción por administración delegada con Empresa Constructora Modelo S.A. para la construcción del edificio denominado Centro De Extensión y Convenciones Bellavista del proyecto Campus Universidad San Sebastián. Sin embargo, en cuanto al tercer proyecto relativo a las torres habitacionales, argumenta que ello no llegó a concretarse debido a la salida de Modelo de todas las obras -previo aviso mediante carta- antes de la firma de dicho contrato, cuyos



términos aún no estaban definidos en su totalidad. Por tanto su labor se limitó a meros trabajos preliminares respecto de los cuales sí existía acuerdo, pero este no alcanzó a la ejecución del proyecto habitacional en sí.

En segundo lugar, alega que no se cumplen los presupuestos de la responsabilidad contractual demandada, la que persigue obtener la reparación de los daños que ha sufrido el acreedor a causa del incumplimiento de su obligación por parte del deudor, siendo esencial la existencia de un contrato, el que no se celebró. Sostiene que para poder estar en presencia de un contrato de la naturaleza del invocado, al menos debió existir acuerdo respecto de la obra a ejecutar y el precio o valor de ella, lo que no ocurrió. En efecto, si lo que se estaba discutiendo era la negociación de un contrato a suma alzada, en este tipo de contratos se requiere la determinación taxativa de la obra a ejecutar y la propia demandante señala que jamás existió una definición por parte de su representada de la obra a ejecutar; entonces, cómo puede sostenerse al mismo tiempo que existía ya un contrato en donde la cosa y el precio estaban definidos. Es más, hay antecedentes, que obran en poder de la demandante, en los que consta que el precio era un tema que se estaba discutiendo precisamente en función de las características de la obra que se estaban definiendo.

Manifiesta que no hay ningún acto concluyente que dé cuenta de una especie de aprobación tácita "del presupuesto", sencillamente porque ello no ocurrió y lo único que existió fueron negociaciones que terminaron el día en que la demandante se fue de la obra y no se supo jamás de ella, sino hasta que presentó una medida prejudicial probatoria de exhibición de documentos a fines del año 2010. Por otro lado, tampoco los permisos municipales, ni la ejecución de obras puntuales y los estados de pago dan



cuenta de una voluntad contractual que constituya aceptación. En efecto, en lo que respecta a los primeros, expresa que estos se refieren a trabajos preliminares que además de anteriores, tienen incidencia en la totalidad del proyecto y no exclusivamente en las torres habitacionales, de modo que no se puede interpretar como una conducta concluyente e inequívoca de un determinado contrato con la constructora. En cuanto a la ejecución de determinadas obras, señala que si bien Constructora Modelo S.A. realizó ciertos trabajos en los terrenos, ello fue a causa de contratos para obras específicas que se pagaron oportunamente de acuerdo a los estados de pagos que fueran emitidos en su momento por la actora. La instalación de faenas, cierres, demoliciones, pilas y socializado, corresponden a trabajos previos al inicio pleno de la obra y que se fueron ejecutando antes de la firma del contrato de obra a suma alzada cuyo contenido se estaba mientras discutiendo. De hecho, respecto de estas obras preliminares no se trabajó a suma alzada sino a través de contratos por administración, esto es, a costo real. Así también la sala de ventas y departamento piloto correspondió a un encargo preliminar, independiente a la ejecución de la obra posterior que estuvo siempre supeditada a un contrato que necesariamente se debía llevar a cabo de manera escrita para la obtención de financiamiento bancario, pues sin un contrato escrito ningún banco habría efectuado un préstamo de la suma requerida.

Afirma que la salida de Constructora Modelo ocurrió en la etapa pre-contractual, mientras se estaba cotizando la viabilidad de que fuera ella quien tomara a su cargo la construcción de las torres habitacionales y se estaban definiendo las características que debía tener la obra a encomendar. Cualquier tipo de responsabilidad civil, por tanto, queda fuera del ámbito



contractual por ser anterior y haberse generado en una etapa de negociación.

Agrega que aun cuando se consideraran como conductas concluyentes las referidas, en ningún caso tendrían la extensión que la demandante pretende, la que señala como principal incumplimiento la infracción a una obligación de no hacer consistente en la no modificación del proyecto original, pero no indica cuál fue el supuesto proyecto aprobado, ni menos de dónde emanaría esa obligación, como tampoco la de la obtención del EISTU y DIA. Por lo demás, no tratándose de obligaciones que emanen de la naturaleza de un contrato para la confección de obra material, cabría darles entonces el carácter de elementos accidentales del supuesto contrato, los que como lo señala el artículo 1444 del Código Civil se deben agregar por medio de cláusulas especiales, cuestión que no ocurre en la especie.

Expone que en materia contractual, el daño está circunscrito al menoscabo efectivo experimentado por el patrimonio del acreedor, a las ganancias y utilidades que pudieron devengarse a su favor y que causalmente el incumplimiento no hizo posible obtener según se desprende de los artículos 1556, 1558 y 1559 del Código Civil. De lo anterior se extrae el elemento denominado "vínculo causal" de la responsabilidad contractual, el que determina a su vez el requisito relativo a que el daño para ser indemnizable debe además existir y ser directo, cuestiones que no se cumplen.

Añade que la actora lo que pretende demandar como perjuicios en esta causa son los costos operacionales que no son de su responsabilidad y que en todo caso, se encontrarían pagados con los estados de pago que canceló.



DÉCIMO: Que son hechos establecidos en la sentencia impugnada los siguientes:

1.- El 12 de diciembre de 2006 se pacta a través de documento privado el “Convenio Inmobiliario Bellavista”, entre IAB Inmobiliaria S.A. representada por Alejandro Pérez Rodríguez y Marcelo Ruiz Pérez; e Inversiones Banfella S.A., representada por Francisco Walker Prieto y Marcelo Andrés Silva Rozzi.

En este se indica que los comparecientes han acordado llevar a cabo un proyecto inmobiliario habitacional y comercial, a través de una sociedad que han constituido especialmente al efecto, denominada Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. Se propone el desarrollo en etapas de un proyecto para una sede universitaria con uso de suelo educacional y otro para uso habitacional.

2.- El 12 de diciembre de 2006 se suscribió el “Pacto de Accionistas de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A”, para la construcción del Proyecto Liceo Alemán.

3.- El 2 de enero de 2007 se pacta un “Contrato de Asesoría Inmobiliaria”, entre Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. como propietaria, y Banmerchant Inmobiliaria S.A. como asesor.

4.- El 2 de enero de 2007 consta documento privado denominado “Presupuesto para Contrato por Administración – Obra Gruesa hasta cota 0 (terreno), proyecto Universidad San Sebastián, Propietario Inversiones Laguna Blanca S.A., constructora Empresa Constructora Modelo S.A.

5.- El 1 de marzo de 2007 se celebra un contrato de prestación de servicios entre Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. como mandante, y



Jorge Parodi Schettino, como Inspector Técnico de Obras. En este se señala que Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. se encuentra desarrollando un proyecto inmobiliario de carácter habitacional denominado “Bellavista”, consistente en la construcción, en varias etapas, de 3 torres de departamentos. En cláusula quinta indica que el contrato durará hasta el término de las obras de construcción, y efectuada la recepción provisoria de las obras conforme al contrato de construcción por suscribir con Constructora Modelo S.A., y la recepción municipal definitiva.

6.- El 31 de mayo de 2007 la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Recoleta emite Ord. n° 1820/906/2007 dirigida a Empresa Constructora Modelo S.A., que autoriza la instalación de faenas e inicio de excavaciones y entibaciones para el proyecto que cuenta con solicitud de permiso de edificación Ing. D.O.M. 1074/07, Bellavista n° 7.

7.- El 22 de junio de 2007 Francisco Walker Prieto -Banmerchant Inmobiliaria S.A., envía correo electrónico en que solicita “enviar borrador en blanco de contrato de construcción tipo a usar con Constructora Modelo S.A. para Bellavista, el cual deberá enviar a Alejandro Ruiz”.

8.- El 12 de octubre de 2007 la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta expide el Permiso de Edificación para Obra nueva N°252, expediente 1074/07, en calle Bellavista n° 7, Rol 185-02. Propietario Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. Proyecto 15.333 m2, destino principal vivienda/equipamiento educacional. Arquitectos Horacio Rodríguez Correa, Cristian Boza Díaz. Calculista Gonzalo Santolaya de Pablo. Constructor Luis Antonio Brescia Palumbo. Con fecha 21 de octubre de 2008 se expide el permiso 254.



9.- El 6 de noviembre de 2007 se pacta a través de documento privado un “Contrato de Construcción por Suma Alzada” entre Inversiones Laguna Blanca S.A. y Empresa Constructora Modelo S.A., respecto Centro de Extensión y Convenciones Bellavista.

10.- El 17 de diciembre de 2007 se pacta a través de documento privado un “Contrato de Construcción por Administración Delegada” entre Inversiones Laguna Blanca S.A. y Empresa Constructora Modelo S.A., respecto Campus Universidad San Sebastián – Bellavista.

11.- A diciembre de 2007 constan varios correos electrónicos entre Francisco Walker Prieto, Jorge Parodi, Juan Guillermo Moya, otros, respecto a cotización por la confección de un presupuesto oficial para el edificio de 19 pisos y 4 subterráneos. Señala Francisco Walker Prieto que “no es un presupuesto oficial sino un análisis de precios unitarios para comparar aquellos que entregará Modelo, dada la condición de no ser este una licitación abierta, tal como han conversado”.

12.- El 4 de enero de 2008 y a través de Ord. SM/AGD/N° 51 la Secretaría Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones, aprueba estudio de impacto sobre el sistema de transporte (Eistu).

13.- El 8 de enero de 2008, según consta en documento denominado Acta de Reunión sin número, se analiza presupuesto de Edificio Bellavista 1era etapa.

14.- El 4 de febrero de 2008 Constructora Modelo S.A., emite un Presupuesto Desglosado correspondiente al Proyecto Edificio Etapa 1 Bellavista, dirección Bellavista N°7, propietario Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., por un Total General de UF 499.423,94.



15.- El 26 de febrero de 2008 Alejandro Pérez y Francisco Walker Prieto envían correo electrónico sobre trámites pendientes DIA e inicio obras Bellavista, indicando que “si damos el vamos a la Constructora Modelo esta se demorará hasta el 1 de abril para iniciar obras. Por tanto, un desfase de 15 días me parece aceptable (...)”.

16.- El 3 de abril de 2008 el Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Recoleta emite Ord. n° 1820/336/08, dirigido a Alejandro Pérez Rodríguez, representante legal de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., que rechaza solicitud de edificación de propiedad ubicada en Bellavista n° 7, dado que a la fecha no se ha hecho llegar nuevos antecedentes para corregir la totalidad de las observaciones.

17.- El 14 de abril de 2008 Alejandro Ruiz Pérez de Empresa Constructora Modelo S.A. envía carta a Alejandro Pérez Rodríguez, de Inversiones Laguna Blanca, en la que informa que con fecha 15 de abril de 2008 detiene sus actividades en el Hotel Kunza y en cada uno de los proyectos de Bellavista, e iniciará las gestiones para poner término a los contratos; haciendo abandono de las obras.

18.- El 15 de abril de 2008 Marcelo Ruiz envía correo electrónico a Andrés Navarro (Salfa), en que solicita contacto en Socovesa para formar consorcio o una parte del Proyecto Liceo Alemán, con Constructora Modelo (de su hermano Alejandro).

19.- El 14 de abril de 2008 el Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Recoleta emitió Ord. n° 1820/374/08, dirigido a Alejandro Pérez Rodríguez, representante legal de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., que rechaza solicitud de instalación de faenas y excavaciones para la propiedad de Bellavista n° 7, ya que la solicitud de permiso de



edificación con Ing. OM n° 3133/07 fue rechazada con fecha 12 de diciembre de 2007, no existiendo por tanto un permiso de edificación en trámite, requisito que señala el artículo 5.1.3 de la OGUC para el caso en cuestión.

20.- Mediante carta de 27 de mayo de 2008, enviada a través de Notario Público, Alejandro Ruiz Pérez de Empresa Constructora Modelo S.A. a Alejandro Pérez Rodríguez (Presidente del Directorio de Inversiones Laguna Blanca S.A., Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., Inmobiliaria del Inca S.A. e Inmobiliaria Andrés Bello S.A.) que informa sobre liquidación que le debe ser pagada por diferentes contratos y que se resume en la suma de UF 40.207,79.

21.- El 9 de junio de 2008 la Comisión Regional del Medio Ambiente Región Metropolitana emite Certificado N° 017/08 que acordó calificar ambientalmente favorable la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del Proyecto Conjunto Armónico Bellavista, sometida al sistema de evaluación de impacto ambiental por su titular Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.

22.- El 29 de julio de 2008, a través de Resolución Exenta n° 603, la Comisión Regional del Medio Ambiente, calificó ambientalmente favorable el Proyecto Conjunto Armónico Bellavista, Comuna de Recoleta, presentado por Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.

23.- Con fechas 23 de julio de 2008, 04 de agosto 2008, 19 de agosto 2008, 12 de agosto 2008, 26 de agosto 2008, 09 de septiembre 2008 y 16 septiembre 2008 se realizan reuniones de coordinación de la Obra Proyecto Bellavista Forestal, 1ª etapa: 358 departamentos, a las que comparecen por la Constructora demandante: Leo Montes, German Eguiguren y Rodrigo Villarreal.



24.- El 28 de septiembre de 2008 se pacta a través de documento privado un Contrato para la Construcción de Obra Material inmueble a suma alzada del proyecto Bellavista Forestal, entre Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. como propietario, y Constructora Ebco S.A. como constructora. Indica que en el inmueble correspondiente a los lotes 2, 3 y 4, cuya superficie aproximada es de 8591 m² la sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. tiene proyectado el desarrollo y comercialización de 1039 departamentos, distribuidos en tres edificios. El proyecto se desarrollará en etapas en un plazo estimado de cinco años a contar de esta fecha. Las obras objeto del presente contrato comprenden la construcción de un edificio de 358 departamentos, 335 bodegas y 175 estacionamientos.

UNDÉCIMO: Que el fallo de primera instancia, confirmado por el de segunda, rechazó la demanda expresando que no ha sido controvertida por las partes la existencia de una serie de contratos y obras ejecutadas por Empresa Constructora Modelo S.A. respecto al Proyecto Conjunto Armónico Bellavista, consistente en general, en el Centro de Extensión, La Universidad San Sebastián y las Torres Habitacionales. Sin embargo, respecto al proyecto inmobiliario que reclama la demandante, el 4 de febrero de 2008, Empresa Constructora Modelo S.A. envió a Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. o a Inversiones Laguna Blanca S.A. el presupuesto de las obras, pero no consta que este haya sido aceptado por Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. o cualquier otra empresa relacionada, sino más bien aparece cierta discusión respecto a los montos y condiciones, que se encontraban en estudio por las mandantes.

Agrega que si bien el contrato de construcción es consensual de modo que sólo requiere para su perfeccionamiento el consentimiento de ambas partes, no se acreditó su existencia, siendo insuficiente para estos efectos la



prueba testimonial rendida por la demandante y la instrumental allegada al juicio.

Concluye que en el caso de autos sólo existieron tratos preliminares o etapa precontractual de negociación entre el demandante y la demandada, para el Proyecto de Desarrollo y Comercialización de 3 Torres de Departamentos, con bodegas y estacionamientos, lo que importa una etapa “instrumental y programática”, enderezada hacia la celebración del contrato proyectado. De manera que no habiéndose establecido la existencia del contrato, no es posible acceder a la demanda ni menos aún a la indemnización de perjuicios.

Por su parte el tribunal de alzada, adiciona como fundamentos para desestimar la demanda que no se demostró que en la especie se formara el consentimiento, esto es, que hubo una oferta y una aceptación en los términos de los artículos 97 a 103 del Código de Comercio.

DUODÉCIMO: Que la resolución de la controversia requiere en primer término determinar si los sentenciadores han incurrido en las infracciones legales que denuncia la recurrente, al concluir que no se demostró la existencia del contrato que invoca como sustento de su acción y en su caso, los incumplimientos que se atribuye a la demandada, lo que hace necesario -en forma previa- tener presente algunas consideraciones sobre el contrato de construcción.

DÉCIMO TERCERO: Que el contrato de construcción de obra privada es definido por la doctrina en general como “aquel en que una de las partes, denominada contratista o constructor, encarga a la otra, denominada contratista o constructor, la construcción de una obra determinada con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por



ello un precio cierto”. (Ramón María Mullerat, “La Denominación del Contrato de Construcción”. Revista Jurídica, año 1977, pp.681-683). Dicho concepto es recogido en nuestro medio precisándose que se trata de “aquel en que el propietario o mandante encarga al constructor o contratista la ejecución de una obra conforme a un proyecto determinado, la que debe ser ejecutada en el plazo y precio convenido. Su objeto consiste en la ejecución de la obra, la que estará sujeta a un proyecto, entendiéndose por tal el conjunto de planos, especificaciones técnicas, memorias de cálculo y demás antecedentes que permitan establecer o precisar aquello que se debe ejecuta, dentro de un determinado plazo y a un precio convenido, el que incluye los costos directos, los gastos generales y la utilidad a que tiene derecho el contratista determinado”. (Carlos Molina Zaldívar y Víctor Ríos Salas. “Derecho de la Construcción”. Primera Edición, año 2006. Editorial Printed In Chile, pág. 21).

Si bien el Código Civil no da un concepto del mismo, en el párrafo 8º título XXVI de su Libro IV, se refiere a los contratos de ejecución de una obra material, siguiendo la tradición romana, a propósito del contrato de arrendamiento. El referido cuerpo legal, ocupa la técnica de subsumir el contrato de construcción en otras figuras jurídicas, como el arrendamiento o la compraventa e incluso en ambas en algunos casos. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 1966 del citado texto legal, conforme al cual el contrato de construcción puede calificarse como una compraventa o como un arrendamiento de servicios, dependiendo de quien suministre los materiales de la obra a ejecutar. Por su parte el artículo 1999 del texto legal citado estatuye que “Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”.



Sin embargo, tal regulación, se ha tornado insuficiente, atendidos los requerimientos y exigencias que plantea la actividad de la construcción como la diversidad de contratos, actores, métodos constructivos, financiamiento y riesgos. Dicha deficiencia ha sido suplida por la práctica constructiva y las modalidades de sus agentes al amparo de la libertad de contratación, lo que ha contribuido a darle una fisonomía independiente y un carácter autónomo al contrato de construcción. De lo anterior deriva que el contenido normativo de un contrato de esta naturaleza, no esté determinado detalladamente en la ley, sino que se sustenta esencialmente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, con la fuerza de ley que se reconoce a los acuerdos adoptados en su ejercicio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil.

El referido principio le permite también a las partes regular el proceso de formación del consentimiento, existiendo prácticas reconocidas en el proceso de contratación que dan cuenta de distintas etapas en la negociación y contratación, como la entrega de información en la que se proporcionan las bases o términos de la obra y se requieren aclaraciones o efectúan consultas, lo que da cuenta de un proceso dinámico de los intervinientes, que muchas veces no es recogida expresamente en el acuerdo. (Alex Wagemann y Elina Mereminskaya, en “La Formación del consentimiento en el contrato de construcción de Obra Privada”. Derecho de Construcción. Análisis Dogmático y Práctico. Pág. 9).

DÉCIMO CUARTO: Que el contrato de construcción privado es consensual porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, en cualquier forma que este se exprese, incluso verbalmente, bastando el solo acuerdo de estas sobre las cláusulas esenciales del mismo. Así, producido el concierto de voluntades sobre tales condiciones, este nace a la



vida del derecho, aunque no se haya firmado un escrito que especifique sus modalidades. Es también un contrato bilateral, ya que las partes contraen obligaciones recíprocas, cada una a favor de la otra, de lo que deriva la aplicación de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* y la terminación por incumplimiento con indemnización de perjuicios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil. Asimismo, es un contrato oneroso y conmutativo, pues las partes se gravan recíprocamente, una a ejecutar la obra en los términos pactados y la otra a pagar un precio por la misma. Como el contrato de construcción se extiende por un período prolongado, en muchas ocasiones la interrelación de las prestaciones y la equivalencia que debe existir en las mismas, se rompe o pone en peligro por efectos de hechos imprevistos o extraordinarios que no se previeron al contratarse, lo que hará necesario restablecer la conmutatividad del contrato, mediante compensaciones convencionales o indemnizaciones legales. Se trata de un contrato de resultado, por cuanto la ejecución y conclusión de la obra es su objeto esencial.

DÉCIMO QUINTO: Que en todo caso se trata de un contrato de ejecución diferida, puesto que la ejecución de una obra no es instantánea; por el contrario, supone la prestación de servicios o trabajos interrelacionados de distinta naturaleza y especialidades, durante las diversas etapas de la construcción de la misma. Es por esto que en la ejecución de una obra es posible distinguir distintas etapas, tales como el inicio de las faenas, la ejecución de la obra gruesa, luego la terminación de los trabajos y finalmente la entrega de la obra.

Al respecto, el profesor Pablo Rodríguez Grez expresa que “Lo que caracteriza a un contrato de ejecución diferida es la complejidad (en cuanto



a multiplicidad integrada) de la prestación, que, por su propia naturaleza, no puede ejecutarse en forma unitaria e instantáneamente, sino que a través del tiempo. De la misma manera, la prestación final se descompone en diversas sub prestaciones que son diferentes entre sí y que, por lo mismo, deben ir ejecutándose en etapas también diferentes”. (Autor citado, en su obra “La obligación como deber de conducta típica”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, pág. 132).

Por su parte, el autor Claudio Illanes Ríos refiere que: “Atendido a que la ejecución de la obra se efectúa en el transcurso del tiempo y que el precio normalmente se paga por avance de obra mediante el sistema de estados de pago, le otorga al contrato de construcción el carácter de tracto sucesivo o de ejecución diferida” (Charla “El Contrato de Construcción a Suma Alzada. Colegio de Abogados de Chile, pág. 5).

El hecho que el contrato de construcción sea de ejecución diferida involucra una exigencia mayor para las partes, dado que la buena fe requiere de la subsistencia de la diligencia y la mantención de la equivalencia de las prestaciones durante todo el tiempo en el que las obligaciones deben cumplirse. Por otro lado, en los contratos de ejecución diferida las partes quedan irremediabilmente ligadas por el vínculo jurídico contractual, por lo que de ponérsele término a un contrato de construcción, dicha terminación solo producirá efectos hacia el futuro, quedando en consecuencia firme los derechos y obligaciones de las partes hasta la fecha de su terminación. En definitiva, en materia de contratos de ejecución diferida en el tiempo, y en la especial en los contratos de construcción, se afirma que una vez iniciadas las obras no es procedente ejercer la acción de resolución de contrato a que se refiere el artículo 1489 del Código Civil, puesto que la resolución importaría retrotraer las cosas al estado anterior a



su celebración, lo que resultaría impracticable desde el momento que ya se han ejecutado obras materiales.

DÉCIMO SEXTO: Que, además, el contrato de construcción posee las características propias de un contrato *intuitu personae* pues se celebra en especial consideración a las cualidades personales de los sujetos contratantes, así como sus competencias y habilidades para cumplir la obligación de resultado que emana de la naturaleza del convenio. De lo que se desprende también la importancia de la confianza como elemento de la relación contractual en razón de la naturaleza y riesgos inherentes al mismo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el contrato de construcción admite la clasificación entre: a) contrato a suma alzada; b) contrato a serie de precios unitarios y c) contrato por administración delegada. El primero es aquél en el cual el constructor o contratista se obliga a aportar los materiales, organización, administración y realización de la totalidad de los trabajos necesarios para la ejecución íntegra y oportuna del proyecto encomendado por el dueño o propietario de la obra, a cambio de un precio fijo y predeterminado. Es decir, lo característico de este tipo contractual es que el contratista se obliga a ejecutar la totalidad de la obra a cambio de un precio fijo y determinado. El segundo corresponde a aquel en que las partes convienen precios unitarios por volúmenes de obras, de manera que el valor total de la ejecución del proyecto se conocerá una vez concluido, antes del inicio de las obras sólo se tendrán valores de las distintas unidades o partidas. Por último el contrato de administración delegada es aquel en virtud del cual el constructor o contratista se obliga a ejecutar una obra, siendo de cargo del propietario o dueño la totalidad de los costos de la misma. Debe anotarse que, en todo caso, la clasificación en comento no es absoluta, pues la práctica de negocios en la materia da cuenta de



contrataciones mixtas en que coexisten estas figuras, como contratos de construcción a suma alzada y precio unitario, para trabajos u obras determinadas.

DÉCIMO OCTAVO: Que -como se ha dicho- el contrato de construcción de una obra privada es consensual por lo que se perfecciona y nace a la vida del derecho por el mero consentimiento de las partes y desde entonces tiene fuerza obligatoria; surgiendo los derechos y obligaciones para estas. La ausencia de una regulación en el Código Civil, es suplida por el Código de Comercio, el que en sus artículos 97 a 108 se refiere a la materia, estableciendo la existencia de dos actos jurídicos unilaterales: la oferta y la aceptación, los que cuando coinciden nace el contrato. Se dice que la aceptación es el reflejo de la oferta, lo que se conoce como la regla del espejo.

Esta tesis clásica fundada en la unión de voluntades como fuente del contrato ha sido reconocida por la mayoría de las legislaciones y sobre la misma se ha construido distintos sistemas de formación del negocio contractual. Pero, la regla entendida en forma rigurosa, ha mostrado ser insuficiente frente a la realidad comercial moderna, pudiéndose apreciar una evolución en la doctrina y legislación internacional hacia una versión más atenuada de la tesis, que no requiere de una concordancia absoluta entre los negociantes, bastando que lo sea en los elementos esenciales del contrato admitiendo la existencia de divergencias e intercambio de condiciones.

Al respecto, se ha dicho que “puede tenerse por celebrado el contrato por el hecho del intercambio de ofertas y contraofertas o condiciones, si en concreto las partes han actuado como contratantes, han exteriorizado su voluntad como si hubiere contrato, como por ejemplo, entregando mercaderías o pagando parte del precio; aun cuando entre ellos subsistan



diferencias...”. Y que “habrá contrato desde que las partes han revelado, por su conducta, sentirse ligadas entre sí por un negocio en que pueden reconocerse como debidamente concordado los elementos centrales del mismo”. (Francisco Segura, en “Algunas Cuestiones Actuales en torno a la Oferta y la Aceptación”. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, 2006, pág. 56 y 57).

DÉCIMO NOVENO: Que la variación experimentada por el Derecho de Contratos en el tratamiento de esta materia se explica por un cambio de concepción sobre la teoría general que reconoce y atiende a una voluntad real y concreta como elemento generador de la relación contractual, en contraposición a la postura más tradicional que vislumbraba sólo una abstracta. Lo anterior, conlleva a que el proceso para determinar el momento en que se forma el contrato, considere también otros elementos relevantes a tal fin, según la conducta de las partes y la naturaleza del contrato.

En esta línea el Código Europeo de Contratos, señala en su artículo 24 que “...el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas preliminares, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres”.

VIGÉSIMO: Que en cuanto al precio elemento esencial del contrato de construcción, la regla general es que el mismo se encuentre establecido antes del comienzo de los trabajos, pero puede ocurrir que dicha determinación se verifique después del inicio de las faenas e incluso una vez concluidas. Lo importante es que el contrato establezca uno, pudiendo hacerse esto por distintas formas, según el tipo de contrato celebrado. Así el



precio final de la ejecución de una obra en un contrato por administración se conocerá al final de la misma, lo que también puede ocurrir en los contratos a serie de precios unitarios, a diferencia del contrato a suma alzada en el que el precio se fija antes del inicio de la obra. Sin perjuicio de que también pueden coexistir distintas modalidades de pago o determinación del precio, como cuando se acuerdan obras precisas como la excavación o la cimentación conforme a precios unitarios previamente convenidos, y establecer que la obra gruesa y las terminaciones se efectúen bajo suma alzada. El precio comúnmente es pagado mediante la modalidad de estados de pago los que pueden ser quincenales, mensuales, bimensuales u otro que las partes convengan.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que una vez perfeccionado el contrato, lo usual es que la contabilización del plazo de los trabajos de construcción se inicie desde la fecha de celebración del respectivo contrato o bien desde la entrega de los terrenos por parte del propietario. Sin embargo, debe tenerse presente que en los contratos privados, las partes pueden acordar cualquier fecha de inicio de estos, siendo habitual que el contratista solicite al mandante su autorización para iniciar trabajos preliminares antes de la fecha oficial o programada para el inicio de los trabajos, consistentes en la instalación de faenas, en la limpieza y despeje del lugar, en la ejecución del cierre perimetral y otras construcciones previas a la construcción perimetral. De otro lado, expresa un autor que: “la falta de entrega de los terrenos, en general otorgará derecho al contratista a solicitar la reparación de los daños que emanan de dicho incumplimiento”. En efecto, dice que en aquellos casos en que falta de entrega total o parcial de los terrenos impide la iniciación de las faenas y se afecta el cronograma de trabajo impactando la ruta crítica del mismo, el contratista tiene derecho a reclamar por los daños



efectivamente sufridos...”. (Carlos Molina y Víctor Ríos en su obra ya citada, págs. 185 y 186).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que efectuadas las precisiones que anteceden, corresponde circunscribir los razonamientos al caso de autos, en el cual es un hecho indiscutido la relación de negocios y contractual previa entre las partes, dada por la existencia de una serie de contratos proyectados y obras ejecutadas por Empresa Constructora Modelo S.A. respecto al Proyecto Conjunto Armónico Bellavista, consistente en general, en el Centro de Extensión, La Universidad San Sebastián y las Torres Habitacionales. En las dos primeras obras, las partes celebraron por escrito los contratos en cuya virtud se le confió a la demandante su ejecución. Sin embargo, respecto de este último proyecto, es también pacífico que no se suscribió un instrumento que diera cuenta en forma expresa del acuerdo contractual que invoca la actora y que la demandada desconoce, argumentando que sólo existieron tratativas y negociaciones preliminares, sin que se arribara en definitiva al contrato en cuya virtud le encargara la confección de tal obra a la contraria.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, examinando la procedencia del recurso, es necesario precisar que queda dentro de la competencia de esta Corte de Casación la revisión de la calificación de los hechos, la determinación de la legalidad de los mismos y los efectos que de las normas legales aplicables derivan en el caso concreto.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en este orden, los hechos establecidos en el fallo atacado dan cuenta de una relación entre las partes que se venía desarrollando hace algún tiempo a propósito de la ejecución de otros dos sub proyectos que eran parte de uno general denominado Liceo Alemán o Bellavista, dentro del cual estaba el último referente a la



ejecución de tres torres habitacionales, el que no fue suscrito por las partes, no constando un instrumento público o privado que dé cuenta de un contrato de ejecución de obra de suma alzada en cuya virtud la demandada le confiara su construcción a la actora. Lo anterior, sin embargo, no significa que el mismo no exista porque -como se ha dicho- atendido su carácter consensual no requiere de esta formalidad, siendo suficiente la confluencia de voluntades de las partes en orden a celebrarlo y su conformidad en los elementos esenciales del mismo.

VIGÉSIMO QUINTO: Que existen una serie de antecedentes allegados al proceso y referidos por el fallo impugnado que deben ser considerados en esta perspectiva de análisis, tales como los permisos municipales emitidos por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Recoleta: a) permiso N°24 de 20 de febrero de 2007, para la demolición de 3.693 mt-2 y cierre exterior de la dirección Bellavista N°27, cuyo constructor es el Sr. Luis Brescia Palumbo, (gerente y representante de Constructora Modelo S.A.); b) Ord. N°1820/906/2007 de 31 de mayo de 2007, que autoriza las instalaciones de faenas e inicio de excavaciones en la propiedad ubicada en Bellavista N°7, a cargo de Aliro Peña, (a la época dependiente de la demandante) y c) permiso de edificación N°252 de 12 de octubre de 2007 para fines de viviendas y subterráneos, con una superficie de 88.499,84 metros cuadrados y presupuesto por \$12.672.115.090 como propietario a Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. y como constructor al mencionado sr. Luis Brescia Palumbo.

Destaca en este orden la celebración del contrato de 1 de marzo de 2007 por el cual Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. le encomienda a Jorge Parodi Schenttino, la inspección técnica de la obra consistente en el proyecto inmobiliario de carácter habitacional Bellavista, consistente en la



construcción, en varias etapas de 3 torres de departamentos, en cuyo punto quinto se alude a que se está ante la suscripción próxima del contrato de construcción con Constructora Modelo S.A. Además, se encuentra el Acuerdo Comercial de Financiamiento entre Chilectra S.A. y Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. relativo a los trabajos de empalme, equipamiento de cocina, de termos eléctricos, calefacción etc., para los departamentos a construir en las tres torres del proyecto Bellavista, donde se indica que la facturación se verificaría a nombre de la Empresa Constructora Modelo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que debe considerarse también la ejecución de ciertas obras por la demandante como la instalación de faenas, cierres, demoliciones, pilas, socializado y construcción de la sala de ventas y el departamento piloto, las que la demandada reconoce efectuó la demandante en los terrenos, aunque aduce que se trató de trabajos previos y específicos que se le pagaron oportunamente de acuerdo a estados de pago que ella le emitió, que se ejecutaron antes de la firma del contrato de obra a suma alzada cuyo contenido se estaba discutiendo a esa época y que obedecieron a contratos por administración, lo que obstaría al reconocimiento de otro tipo de vinculación como la reclamada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que los antecedentes referidos en los dos motivos que preceden dan cuenta de la evolución de la relación entre las partes, que fue más allá de las tratativas preliminares como determinan los sentenciadores, pues revelan la voluntad de las partes o la expresión de las mismas de contratar, llevando implícito el deseo de vincularse, lo que excede el ámbito del trato, etapa en la que ellas “no realizan ningún tipo de declaración de voluntad directamente dirigida a concluir un contrato, la cual sólo se produce con la formulación de una oferta”. (Marcelo Barrientos,



en “Daños y Deberes en las Tratativas preliminares de un contrato”. Editorial LegalPublishing, año 2008, pág. 35).

En efecto, en la especie, dicha voluntad de obligarse recíprocamente se concluye del propio actuar de las partes que dieron curso al engranaje procedimental técnico y administrativo mediante la formulación de las respectivas solicitudes o permisos para ejecutar un proyecto definido y que iba a ser ejecutado por la actora, como así se presentó ante la autoridad del ramo y se manifestó también ante terceros, el que no alcanzó a suscribirse como había ocurrido en sus experiencias contractuales previas, asociadas a esta última. Pero ello no obsta al reconocimiento de que en la especie hubo aceptación de ambas en el contrato relativo al sub proyecto de construcción de las tres torres habitacionales, cuya ejecución se le encomienda por la demandada a la demandante, pues se trata de circunstancias concluyentes y determinantes en tal sentido, al punto que la Sociedad Modelo S.A. realizó las primeras obras, dándose inicio a su ejecución, lo que fue aceptado por la mandante, quien ha reconocido las mismas y su pago.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que las alegaciones de la demandada, en orden a que se trataría de obras menores, aisladas y en una etapa preliminar o previa al contrato que se estudiaba suscribir, basadas en contratos independientes por administración delegada y canceladas al emitirse los correspondientes estados de pago por la Sociedad Modelo S.A, deben ser descartadas, porque tales argumentos no desvirtúan la relación de estos trabajos con la obra mayor como partes de un todo que se ejecuta diferidamente, cuyos pagos también se pueden y suelen hacerse en forma parcial y en razón de labores precisas realizadas o avances en la ejecución del proyecto. Así lo demuestra la práctica de la actividad, la que da cuenta de la situación frecuente de que en un contrato de construcción coexistan



distintas modalidades de pago o de determinación del precio, pudiéndose, por ejemplo, contratar la excavación o la cimentación conforme a precios unitarios previamente convenidos, y establecer que la obra gruesa y las terminaciones se efectúen bajo suma alzada. Por lo demás, los estados de pago constituyen una modalidad del precio de la convención, de modo que su existencia no significa la conclusión de contratos independientes y desligados unos de otros, como se pretende por la recurrida; por el contrario permiten establecer la existencia de una actividad relacional de las partes que apunta a la concreción de una obra mayor para la cual es imprescindible la realización de otras acotadas, pero que son preparatorias de la final.

VIGÉSIMO NOVENO: Que así las cosas, se concluye la convergencia de las partes sobre aspectos esenciales del contrato de construcción, como su objeto, que consistió en la ejecución de la obra ya mencionada de acuerdo a un proyecto definido, dado por el conjunto de antecedentes que lo conforman como planos, especificaciones técnicas y permisos administrativos. En cuanto al precio, se asentó como hecho de la causa la existencia de un presupuesto emanado de la demandada, el cual si bien se refiere a la construcción de una de las torres, permite concluir la existencia de este elemento, cuyo valor definitivo podía ser replicado en las otras dos. Por lo demás, si bien se reconoce que la regla general es que este se encuentre determinado antes del comienzo de los trabajos, también se acepta en la praxis como perfectamente posible que lo sea con posterioridad a los inicios de la faena e incluso una vez concluida. De otro lado, debe precisarse que la existencia del precio sólo presenta interés para efectos de constatar los presupuestos del contrato porque la acción intentada no dice relación con su cuantía ni pago, sino con una cuestión diversa como lo es la



terminación anticipada del mismo por no cumplimiento de las obligaciones contraídas y los perjuicios que a raíz de ello se habrían ocasionado.

TRIGÉSIMO: Que el contenido de dicho contrato está dado por los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza y a la normativa que los rige y las que se hubieren incorporado por las partes. A la demandante le asistía la obligación principal de construir conforme al proyecto encomendado y a la demandada la de pagar el precio correspondiente. Pero, además, sobre esta última también recayó -atendida su condición de mandante o dueña de la obra- la de cumplir con las exigencias estatuidas por la autoridad administrativa y que se consignan en el permiso de edificación N°252, lo que no ocurrió y derivó en su anulación mediante Ord. N°1820/336/08 de 3 de abril de 2008. Lo anterior, colocó a la Constructora en la imposibilidad legal de construir las torres, al no contar con las correspondientes autorizaciones que exige la normativa, situación que sólo se subsanó varios meses después de que la actora anunciara su retiro, contratando después la demandada con un tercero.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que por lo demás, tal requerimiento en la conducta exigida a la demandada emana de la aplicación del principio de la buena fe, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que le reconoce un atributo integrador en el caso de lagunas contractuales y legales, mediante la creación de verdaderos deberes de conducta para los contratantes. La que es considerada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en su aspecto objetivo, como la conducta que puede esperarse de un hombre correcto, puesto que es un estándar de conducta, que al darle contenido es empleado como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad, honorabilidad, de no contradicción del comportamiento observado y/o juego limpio, considerando en su caso, la



función económica que tienen los negocios jurídicos, que impone la cooperación, asesoramiento e información entre las partes, comportándose de manera activa, pues le asiste la obligación de salvaguardar el interés de la otra parte” (C.S Rol N°3965-2011, 2 de mayo de 2012).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que no puede desconocerse la infracción de este deber y la consiguiente obligación que del mismo deriva, si se considera la conducta negligente de la demandada en el cumplimiento de los deberes impuestos por la regulación y que resultaban imprescindibles de cumplir para que la Constructora pudiera continuar con la ejecución de sus labores contractuales. Al no evidenciarse ningún atisbo de colaboración, se advierte una falta de lealtad contractual, sin que se alegara ni menos demostrara la existencia de situaciones excepcionales o superiores que pudieran justificar o exonerar de reproche su demora.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que establecida de esta manera la existencia del contrato privado de construcción y del incumplimiento contractual culpable de la demandada, corresponde analizar otro presupuesto de la responsabilidad incoada, esto, es la existencia de un daño para la demandada derivado de tal infracción. Al efecto, la demandante acompañó un informe efectuado por Sergio Castro Rivero, quien compareció al proceso y ratificó su autoría, sin embargo, dicho elemento no fue considerado ni valorado como un documento privado emanado de un tercero, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 346 N°1 del Código de Procedimiento Civil; no habiendo sido objetado por la demandada, la que sólo formuló observaciones en cuanto al contenido del mismo.

Al respecto, cabe consignar que el referido instrumento, no obstante su carácter privado y no emanar de las partes, tiene un efecto probatorio, aunque distinto a aquel obligacional, que no es posible desconocer ya sea



por la atribución del valor antes señalado e incluso como prueba testimonial como en ocasiones se ha considerado por aplicación del artículo 384 N°1 del Código de Enjuiciamiento Civil (Casación, 18 de junio de 1958, Rev. T.55, SEC. 1ª, PÁG 133)

TRIGÉSIMO CUARTO: Que concluida entonces la pertinencia de esta probanza, debe procederse a analizar su contenido y mérito. En esta perspectiva, es preciso consignar que el mismo indica que se tuvo a la vista la documentación consistente en libros de remuneraciones, contratos, liquidaciones de sueldo, finiquitos de trabajadores, libros mayores de cuentas contables de costos y gastos y de créditos hipotecarios, comprobantes contables y respaldos documentarios de los gastos de la Constructora y Modelo S.A. y tablas de amortización de créditos hipotecarios otorgados a la misma. A continuación y sobre la base del análisis de estos antecedentes, concluye que para ejecutar el proyecto habitacional encomendado en marzo de 2007, la actora procedió a levantar una infraestructura técnica y organizacional de la magnitud necesaria para cumplir a cabalidad con sus obligaciones, lo que se tradujo en la contratación de técnicos y profesionales, y en la adquisición de maquinaria y otros implementos, todo lo cual generó una serie de costos adicionales indicando como tales los siguientes: a) mayores costos en recursos humanos por contratación de trabajadores en Oficina Central para el proyecto habitacional, consistente en remuneraciones y finiquitos de 35 trabajadores por el período que indica, ascendente a \$443.792.222, cuyos folios en los libros de remuneraciones menciona. En este mismo ítem incluye la valorización del costo empresa de 1/3 del sueldo del gerente general mensual destinado al proyecto, dentro de un año por \$41.813.312; b) mayores costos en recursos humanos bodega de Lampa, consistente en remuneraciones y finiquitos de 45 trabajadores por el



período que indica, en un porcentaje de 43,82% en razón de lo que correspondería a este proyecto restándole lo que atribuye le asistiría a otros 3 a cargo de la demandante por \$69.682.147; c) mayores costos por mantención de oficinas centrales consistente en adquisición de dos departamentos, lo que le implicó pagar intereses de los créditos hipotecarios y gastos de mantención de oficinas allí instaladas, tales como contribuciones, gastos comunes, servicios básicos y materiales, ascendentes a \$21.427.056, según porcentaje de metros cuadrados asignados al proyecto habitacional y d) mayores costos por mantención de la bodega de Lampa en el mismo porcentaje determinado, consistente en pago de servicios básicos, arriendo de equipos y maquinarias, honorarios de cuidadores y gastos de caja chica por \$16.719.348. Todo ello suma \$593.434.085, cantidad a la que estima debiera adicionarse \$331.907.684 por concepto de reajustes e intereses, según tasa promedio de colocación del sistema financiero para operaciones superiores a 90 días por el período comprendido entre junio de 2008 a agosto de 2012, con lo que el importe total de los perjuicios ascendería a \$925.341.769.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el referido informe contiene un análisis efectuado por una persona de profesión contador y perito judicial, es decir, con los conocimientos y experticia sobre la materia, y se funda en los antecedentes documentales que el mismo refiere, como contratos, finiquitos y libros contables de los cuales arriba a las conclusiones que consigna, las que resultan razonables, pertinentes y acordes con el mérito del conjunto de los antecedentes del proceso. De su mérito, es posible desprender, al tenor de lo que disponen los artículo 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes a juicio del tribunal para formar el convencimiento legal de que



la demandante sufrió perjuicios con motivo del incumplimiento contractual de la demandada, conforme se pasa a señalar en el motivo siguiente.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que los perjuicios que deben tenerse por acreditados y respecto de los cuales procede reconocer el derecho a la actora a ser indemnizada, dicen relación con aquellos que ha reclamado como daño emergente y que, conforme a su naturaleza, se les denomina por la doctrina como de interés negativo, pues buscan resarcir el daño producido y colocar a la parte que lo sufrió en situación de no haber celebrado el contrato incumplido, representados por el costo en que debió incurrir para poner en marcha la actividad encomendada. Así, en este ámbito deben reconocerse como tales los mayores costos de remuneraciones y finiquitos de 35 trabajadores contratados para la obra de construcción de las torres habitacionales a nivel de Oficina Central por la cantidad de \$443.792.222, sin considerar la valorización que se hace del sueldo proporcional del gerente general, pues su desempeño y cargo no aparecen ligados o determinados a la ejecución de esa obra precisa, sino que a la dirección de la empresa que ejecutaba otras actividades.

Ante un caso de responsabilidad contractual, como el que nos ocupa, el daño emergente consiste en el menoscabo o empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de aquel que resulta lesionado como consecuencia directa de la infracción culpable en que ha incurrido su contraparte. Sin embargo, el acreedor de la indemnización debe acreditar las partidas indemnizatorias que reclama a partir de la certidumbre del daño, requisito que en este caso resulta incumplido en lo que se refiere a una indemnización por la suma de \$69.682.147.- en que se avalúan mayores gastos por remuneraciones y finiquitos de otros 45 trabajadores que laboraban en la bodega de Lampa, pese a que es un hecho indiscutido que



esas dependencias estaban destinadas a almacenar maquinarias, materiales e insumos de cuatro proyectos de construcción. Lo mismo resulta aplicable respecto de los gastos de mantención de las oficinas centrales y de la bodega, por servicios básicos y gastos comunes, al no haberse aportado antecedentes que permitan determinar con certeza el porcentaje que por esos rubros se atribuye al proyecto habitacional de que se trata. Asimismo, no deben incluirse los pagos de contribuciones ni de intereses por créditos hipotecarios para la adquisición de las propiedades donde funciona la empresa constructora demandante, pues representan costos asumidos en contrapartida al ingreso de bienes raíces a su patrimonio.

Finalmente, debe descartarse también la segunda partida a que se refiere el informe en comento y que engloba bajo la denominación de intereses y reajustes, por no corresponder estos a daños derivados del incumplimiento que se trata de indemnizar.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, de acuerdo con todo lo razonado, se concluye que los jueces del fondo han incurrido en los yerros denunciados al desconocer que en el caso sub lite las partes concluyeron en la formación del consentimiento del contrato de construcción de las torres habitacionales, que se invocó como fundamento de la demanda, al que se dio principio de ejecución, excediendo el mero campo de las tratativas preliminares, contrato que fue incumplido con culpa por la demandada, lo que causó a la actora perjuicios. Lo anterior, implica la vulneración de los artículos 1437, 1438, 1443, 1445, 1489, 1545, 1546, 1547, 1553, 1556, 1557, 1558 y 1559 del Código Civil y artículos 97, 98, 101 y 103 del Código de Comercio, lo que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo pues determinó que se rechazara la demanda, al no haberse tenido



por acreditada la existencia del contrato en que se sustentó, ni los demás elementos de la acción deducida y de la responsabilidad reclamada.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que conforme a lo expresado el recurso de casación en el fondo deducido será acogido.

Por estas reflexiones y lo preceptuado en los artículos 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en la forma y se **acoge el de fondo**, deducidos ambos por los abogados Hugo Rosende Álvarez y Fernando José Rabat Celis en representación de la demandante, a fojas 1993 y siguientes y, en consecuencia, se **invalida** la sentencia de veintisiete de junio de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1983 y siguientes y acto seguido se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada, la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo, con el voto en contra del Ministro señor Prado, quien estuvo por rechazarlo por las siguientes consideraciones:

1º Que, como puede apreciarse, el recurso en estudio estructura las infracciones a las normas sustantivas que denuncia sobre la base de una apreciación de la prueba diversa a la efectuada por los jueces del fondo, cuestionando con ello las conclusiones a las que arribaron en cuanto a que las partes no celebraron el contrato de construcción en que se sustenta la demanda, como era preceptivo y se recoge ampliamente en la doctrina, entre otros autores reconocidos, Humberto Podetti, Contrato de Construcción (Buenos Aires, 2004); Antonio García Conesa, Derecho de la Construcción (Barcelona, 1996); Miguel Del Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción (Madrid, 1991); Francisco. Javier García Gil, El Contrato de Ejecución de Obra y su Jurisprudencia (Madrid,



1995) existiendo, en este supuesto únicamente un estado de tratativas preliminares pendiente entre éstas que no avanzaron ni alcanzaron al arribar o culminar en una etapa contractual concluyente y por ello la desestiman, al no configurarse los presupuestos de la acción deducida y la responsabilidad reclamada.

2º Que, al respecto, cabe señalar, que la actividad de valoración o apreciación en cuya virtud se pondera la prueba rendida en el juicio es privativa de los jueces del fondo, por lo que no admite control o revisión por esta vía, de no mediar infracción a las normas reguladoras de la prueba, las que se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten *el onus probandi*, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere. Constituyen normas básicas de juzgamiento, que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones a que deben sujetarse los sentenciadores. Luego, los jueces del fondo son soberanos para apreciar las pruebas, dentro del marco establecido por las normas pertinentes.

3º Que en este sentido la recurrente denuncia error en la valoración de la prueba instrumental, al desconocer los sentenciadores la que acompañó al proceso y que indica en su recurso, con cuyo mérito debió acogerse la demanda.

4º Que en el caso sub lite no se ha alterado o invertido la carga de la prueba, ni así ha si sido denunciado por la recurrente, tampoco se ha restado o desconocido valor a la documental que la recurrente estima preterida, pues lo que los sentenciadores han hecho es ponderarla, estableciendo conforme a su mérito las conclusiones pertinentes, considerando la contribución probatoria que a cada una le corresponde;



cuestión distinta es que estas no sean las que la demandante estime apropiadas, pertinentes y acordes con la posición jurídica que ha mantenido durante la litis con miras a insistir en la existencia de un contrato acordado y celebrado.

En efecto, las probanzas allegadas al juicio, han sido analizadas por los sentenciadores, consignándose en el fallo las apreciaciones sobre ella, en el marco normativo en que los jueces del mérito pueden hacer uso de atribuciones privativas tanto en la comparación y cotejo de las pruebas rendidas en el proceso como en el análisis y ponderación que se efectúan de las mismas, a fin de establecer cada uno de los elementos que consagra el legislador para regular su fuerza probatoria, lo que no puede ser revisado por la vía de este recurso de derecho estricto.

5º Que, en estas condiciones, no es posible alterar la situación fáctica que viene determinada en el fallo cuestionado, esto es, el curso de las tratativas previas a la existencia de un contrato de construcción y establecer una distinta que se correspondiera con aquella que se requiere asentar para el éxito de la pretensión, por cuanto, los hechos que sirvieron de base a las conclusiones de los sentenciadores para sostener la situación ocurrida en fase preparatoria o de gestación (Roberto Brebbia. “Responsabilidad Precontractual”. Buenos Aires. Año 1987. Editorial La Rocca, primera edición), resultan en esta etapa procesal inamovibles y definitivos para una Corte de Casación. En efecto, el recurso de casación es un medio de impugnación de carácter extraordinario, que no constituye instancia jurisdiccional, pues tiene una finalidad nomofiláctica de uniformidad jurídica sin que a través de este mecanismo se pueda descender y revisar las cuestiones y supuestos de hecho del pleito. Antes que ello, se trata de un recurso de derecho, ya que su resolución debe limitarse en forma exclusiva a examinar la correcta o incorrecta aplicación de la ley en la sentencia que se



trata de invalidar, respetando los hechos que establece. En ese sentido, por disposición de la ley, el examen y consideración de tales hechos escapan al conocimiento del tribunal de casación.

Esta limitación a la actividad judicial de este tribunal se funda, como se sabe, en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que la Corte Suprema al invalidar una sentencia por casación en el fondo dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que zanje el asunto que haya sido objeto del recurso de la manera que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos, tal como se han establecido en el fallo recurrido. Solo en forma excepcional es posible la alteración de los hechos asentados por los tribunales de la instancia, en el caso que la infracción de ley responda a la transgresión de una o más normas reguladoras de la prueba, mas no respecto de la apreciación de las probanzas que se hubiesen rendido, que es facultad privativa del juzgador.

6º Que, por lo demás, cabe señalar que habiéndose litigado en el juicio sobre la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios que la demandante sostiene haber sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual atribuido a la demandada, lo cierto es que recayendo sobre dicha parte, el peso de la prueba en orden a demostrar su existencia y cuantía, no lo hizo, pues no rindió prueba idónea a tal fin. En efecto, el único elemento de prueba que allegó al proceso en relación a este presupuesto, es un documento privado consistente en un informe suscrito por un tercero ajeno al juicio, que si bien ratificó su autoría, al declarar como testigo en la causa, ello no altera lo concluido en cuanto a su valor, puesto que no deja de tener tal naturaleza y no puede considerársele como un peritaje, al no cumplir con la ritualidad procesal de tal medio probatorio. Por lo demás, tampoco existen otros elementos en el proceso que avalen las



conclusiones de dicho informe y permitan asignarle el mérito para formar el convencimiento de estos disidentes como base de una presunción judicial. Lo anterior, determina la falta de influencia que los eventuales yerros que se le atribuyen al fallo impugnado, carezcan de la influencia necesaria para alterar lo que ha sido decidido en este por los jueces del fondo.

Redacción a cargo de la ministra señora Rosa María Maggi Ducommun. y del voto en contra su autor.

Rol N° 24.931-2018.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Arturo Prado P. y Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Raúl Fuentes M.

No firman la Ministra Sra. Maggi y el Abogado Integrante Sr. Fuentes, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones la primera y ausente el segundo.

ROSA DEL CARMEN EGNEM SALDIAS	ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRA	MINISTRO
Fecha: 14/10/2021 13:57:36	Fecha: 14/10/2021 13:57:37

DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/10/2021 13:57:38



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 14/10/2021 16:30:11

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

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 14/10/2021 16:30:12



Santiago, trece de octubre de dos mil veintiuno.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los motivos trigésimo cuarto a trigésimo octavo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMAS PRESENTE:

PRIMERO: Lo expuesto en los motivos décimo tercero a trigésimo sexto del fallo de casación que precede, los que se tiene como parte integrante de esta sentencia.

SEGUNDO: Que, conforme a lo señalado, se concluye que se acreditó la existencia de la relación contractual y el hecho generador del incumplimiento contractual en que se sustenta la acción de terminación deducida, respecto del contrato de construcción celebrado entre las partes, como asimismo, la existencia de los perjuicios sufridos por la actora, derivados de lo anterior.

TERCERO: Que los perjuicios que por indemnización de daño emergente deberá pagar la demandada a la actora, ascienden a \$443.792.222, suma que deberá pagarse con los intereses que se indicarán en lo resolutivo, a partir de la fecha de esta sentencia por haberse determinado en ella su existencia y monto, de modo que sólo a partir de esa época, puede considerarse en mora de solucionar el monto que se dispuso pagar. Por lo demás, la pretensión que realiza el actor en su libelo, no es clara pues plantea indistintamente fórmulas con diferentes períodos y tipos de intereses, lo que ocurre también al replicar, donde expresa otro parecer.



Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca, en lo apelado**, la sentencia de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1807 y siguientes, en cuanto por su decisión II rechazó en todas sus partes la demanda deducida por Alejandro Ruiz Pérez, en representación de Empresa Constructora Modelo S.A. en contra de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., resolviendo en su lugar que **se acoge** la demanda solo en cuanto se declara terminado el contrato materia de la litis y se condena a la demandada a pagar a la demandante, por concepto de daño emergente, la suma de \$443.792.222, con intereses corrientes desde la fecha de la presente sentencia, sin costas por no haber sido totalmente vencida.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Prado, quien atendido los fundamentos expuestos en su disidencia expresada a propósito del recurso de casación en el fondo, estuvo por confirmar la sentencia apelada.

Regístrese y devuélvase con sus tomos y agregados.

Redacción a cargo de la ministra señora Rosa María Maggi Ducommun y del voto en contra el disidente.

Rol N° 24.931-2018.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Arturo Prado P. y Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sr. Raúl Fuentes M.

No firman la Ministra Sra. Maggi y el Abogado Integrante Sr. Fuentes, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones la primera y ausente el segundo.



ROSA DEL CARMEN EGNEM SALDIAS
MINISTRA

Fecha: 14/10/2021 13:57:39

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO

Fecha: 14/10/2021 13:57:39

DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE

Fecha: 14/10/2021 13:57:40



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 14/10/2021 16:30:13

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

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 14/10/2021 16:30:13

