

Concepción, veintinueve de octubre de dos mil ocho.

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada, de fecha 20 de abril de 2005, escrita de fojas 465 a 485 vta., con excepción de sus fundamentos 15°, 19°, 25, 26° 27° 28° y 31°, que se eliminan.

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

PRIMERO.- Que la actora CONSTRUCTORA JCE S.A. ha deducido demanda en contra del SERVICIO DE SALUD BIO BIO, que rola de fojas 1 a 30, en la que solicita que la demandada sea condenada a pagar las prestaciones dinerarias que en dicho libelo se señalan, derivadas de la ejecución de un contrato de construcción celebrado entre las mismas partes, relativo a la obra ?NORMALIZACION HOSPITAL DR. VICTOR RIOS RUIZ, LOS ANGELES, I ETAPA, CONSTRUCCION CENTRO DE DIAGNOSTICO TERAPEUTICO C.D.T. Y SERVICIOS GENERALES?, referida a una ampliación del Hospital de Los Angeles, cuyo inmueble está ubicado en calle Ricardo Vicuña Nº 156 interior de esa ciudad, por estimar que la demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales.

SEGUNDO.- Que la actora Constructora JCE S.A. se adjudicó en licitación pública, con fecha 13 de Noviembre de 1998, la obra antes referida, suscribiéndose el contrato de construcción entre las partes el 9 de Diciembre de 1998, que se celebró a suma alzada u obra vendida, con precio único prefijado, según consta del documento acompañado en el primer otrosí del escrito de demanda de fojas 1 y siguientes, bajo el Nº I.- a), que se ordenó custodiar, y que está agregado además, en copia autorizada, de fojas 313 a 321, que no fue objetado.

TERCERO.- Que con fecha 6 de octubre de 2000, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de las Bases Administrativas Generales, que forman parte integrante del contrato aludido en el motivo anterior, el Servicio de Salud Bio Bio recibió provisoriamente la obra, formulando algunas observaciones, que constan en el acta de recepción, agregada a fojas 194 y siguientes, otorgando a la constructora un plazo de 30 días para subsanarlas

Sin embargo, el Servicio de Salud sostuvo que la demandante no había cumplido las observaciones en el plazo fijado, por lo que mediante Resolución Exenta N° 2335, de 9 de noviembre de 2000, resolvió dejar, en forma unilateral, sin efecto el acta de Recepción Provisoria de la Obra, según consta del documento que rola a fojas.

CUARTO.- Que la Contraloría General de la Republica, Regional del Bio Bio, mediante oficio N° 847, de 5 de marzo de 2001, agregado de fojas 355 a 357, señaló que: "habiéndose entregado la obra al uso público, aún cuando se encontraba pendiente la recepción de las obras, se ha generado una situación irregular, no contemplada en las bases de la licitación ni en el ordenamiento respectivo, frente a lo cual y acorde lo dictaminado en la Jurisprudencia Administrativa de este órgano de control, ha operado una recepción tácita de la misma, que exime al contratista de las multas por atraso que corresponden a un período posterior a la fecha respectiva?".

QUINTO.- Que dicho pronunciamiento del Contralor Regional deja en claro que se produjo una "recepción tácita" de las obras con su entrega al uso público. En dicho oficio se consigna que el mismo Servicio de Salud, al informar el requerimiento a la Contraloría, reconoció que el 10 de octubre de 2000 se iniciaron las operaciones oficiales en el nuevo edificio.

SEXTO.- Que atendido lo señalado en los fundamentos cuarto y quinto, esta Corte tendrá como fecha de la recepción provisoria tácita de las obras ejecutadas por la actora el día 10 de octubre de 2000.

El mismo planteamiento mantuvo la Contraloría General de la República -en su informe agregado a fojas 372 y 373 del expediente- al señalar que a contar del 10 de octubre de 2000 al no haberse

pactado la posibilidad de entregar la obra por parcialidades, frente a la ocupación material y puesta en explotación por tramos de ella ha operado la RECEPCION TACITA DE LA TOTALIDAD DE LA OBRA, que exime al contratista

de cualquier sanción por atraso que pretenda aplicarle la Administración con posterioridad a los hechos descritos.

SEPTIMO.- Que conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de las Bases Administrativas Generales, el Servicio de Salud Bio-Bio, de cada estado de pago cursado y pagado a la actora durante la obra, debía retener un 10% del monto total del respectivo estado de pago hasta completar el 5% del valor total del contrato y sus ampliaciones.

El artículo 87 de las mismas Bases Administrativas Generales señala que certificada la recepción provisoria de la obra sin observaciones se devolverá al contratista el 70 % de las retenciones antes señaladas.

La devolución de dichas sumas, eran exigibles para el Servicio de Salud desde el día el 10 de octubre de 2000, fecha que ha de tenerse como la de recepción provisoria de la obra. Conforme a lo señalado en el fundamento sexto.

OCTAVO.- Que no está controvertido en autos que con fechas 10 de octubre de 2000 y 6 de noviembre de 2000, Constructora JCE S.A. cursó el Estado de Pago N° 21 y el Estado de Pago N° 1 correspondientes al aumento de Obra N° 4 y había formulado el cobro del 70 % de las retenciones de estados de pago generales de la obra y de los aumentos, con sus correspondientes reajustes.

El monto total de las facturas cobradas ascendía a la suma de \$ 266.165.261.

En respuesta al cobro formulado, el Servicio de Salud dictó la Resolución Exenta N° 2335, de 9 de noviembre de 2000, referida en el motivo tercero, que dejó sin efecto en forma unilateral de recepción provisoria y ordenó retener la suma de \$ 266.165.261.

NOVENO.- Que la retención señalada en el motivo anterior importa un incumplimiento contractual por la demandada desde que, al menos, la devolución del 70 % de las retenciones referidas era exigible a

contar del 10 de octubre de 2000.

El fundamento del Servicio de Salud para no pagar los \$ 266.165.261 fue la falta de recepción provisoria de las obras, argumento que según el parecer de estos sentenciadores es improcedente atendida la recepción tácita que operó por haberse usado las instalaciones, según ya se dijo antes, encontrándose desde esa fecha el Servicio demandado obligado a pagar las cantidades cobradas por el demandante, por lo que desde ese día se constituyó en mora.

DECIMO.- Que de la suma referida en el motivo noveno, el Servicio de Salud Bio Bio con fecha 6 de abril de 2001 liberó una parte, ascendente a \$ 183.118.297.

Respecto del saldo de \$ 83.046.964, el referido Servicio retuvo una nueva suma por \$76.720.623, con la finalidad, según se reconoce en el escrito de contestación de la demanda, de asegurar el pago de multas y disminuciones de obras.

DECIMO PRIMERO.- Que, acorde a lo que se ha venido señalando, este Tribunal debe analizar la procedencia de los cobros de las sumas de dinero demandadas en el libelo de fojas 1 y siguientes, y reiteradas en el escrito de apelación contra la sentencia de primer grado, presentado por la actora, corriente de fojas 489 a fojas 494.

DECIMO SEGUNDO.- Que se ha alegado, primeramente, el pago de la suma de \$ 9.633.977 por concepto de intereses corrientes calculados sobre la suma de \$ 183.118.297 retenida sin causa ni justificación alguna entre el 11 de octubre de 2000 y el 6 de abril de 2001, en que dicha cantidad se pagó.

DECIMO TERCERO.- Que habiéndose producido la recepción tácita de las obras el 10 de octubre de 2000, a la parte demandada - desde dicho día- estaba obligada a pagar a la actora la suma de \$266.165.261, aludida en el motivo noveno, y habiéndole devuelto \$ 183.118.297 el 6 de abril de 2.001, se ha generado por el retardo de este último pago el interés corriente, que debe aplicarse sobre la referida suma de \$ 183.118.297. Dicho interés el demandante lo

estimó en \$ 9.633.977, suma que no fue controvertida, por lo que deberá darse lugar a esta petición.

DECIMO CUARTO.- Que la sociedad demandante cobra, en segundo término, la suma de \$ 31.646.031, retenidos indebidamente por la demandada a título de multa por irregularidad superficial de pavimentos, con más intereses corrientes desde el 11 de octubre de 2000.

Es importante precisar a este respecto que, al momento de efectuar la retención referida, el Servicio de Salud no había aplicado ni tampoco determinado las supuestas multas.

DECIMO QUINTO.- Que para dilucidar si en el caso sublite la sociedad constructora demandante incurrió en defectos superficiales en los pavimentos de las obras realizadas en la construcción que se le encomendó y que pudieren hacer procedente el cobro de multas por la demandada, es necesario recurrir a la opinión de peritos, ya que se trata de una materia técnica respecto de la cual se requieren conocimientos especiales.

DECIMO SEXTO.- Que conforme al mérito del informe de la perito Gilda Zumelzu Delgado, evacuado en estos autos, según se detalla pormenorizadamente en el Tomo I, páginas 1 a 51, tema "Irregularidad Superficial", se concluye que es válido el ensayo que hizo a las obras de pavimento del Hospital de Los Angeles la empresa CESMEC, la que determinó que las irregularidades de los aludidos pavimentos justifican aplicar solamente una multa de \$ 4.000.000 a la actora y no de \$ 31.646.031 como unilateralmente determinó el Servicio de Salud, cálculo que se hizo por la empresa nombrada aplicando el equipo de medición "Hi-Low" como medio para determinar dichas irregularidades.

DECIMO SEPTIMO.- Que esta Corte, apreciando el referido

informe pericial, según las reglas de la sana crítica, le da pleno valor probatorio en este punto, habida consideración que el Servicio demandado no lo refutó ni tampoco rindió otras pruebas para justificar mayores retenciones.

De esta forma, el Servicio debió retener únicamente \$ 4.000.000 y no \$ 31.646.031, como lo hizo. El saldo de \$ 27.646.031 resultó, entonces, una retención indebida.

DECIMO OCTAVO.- Que, en tercer lugar, Constructora JCE S.A. alega que la retención por parte de la demandada de un monto neto de \$20.873.073, por supuestas disminuciones de obra, que se detallan en los números 6.1 al 6.8 de su demanda, no sería procedente en su totalidad, ya que reconoce disminuciones de obras por solo \$ 3.283.755, constituyendo el saldo de \$17.589.318 una retención indebida por parte del Servicio, cuya devolución pide en la demanda.

De esta forma, la controversia en este punto se debe centrar en aclarar si las disminuciones de obras, determinadas por el Servicio de Salud, eran procedentes, y en su caso el monto total de dichas disminuciones.

DECIMO NOVENO.- Que respecto al punto señalado en el fundamento décimo noveno, la demandada no rindió en autos ninguna prueba idónea que justifique la efectividad de las disminuciones de obras ni tampoco su monto y que fueron el fundamento de la retención de una parte de los dineros cobrados.

La única prueba objetiva e idónea para aclarar la referida controversia, es el informe pericial antes señalado, evacuado por Gilda Zumelzu Delgado, que no fue objetado.

VIGESIMO.- Que del mérito del informe pericial citado, en cuanto a este punto, que para este tribunal igualmente constituye plena prueba,

según lo dicho precedentemente, se puede concluir lo siguiente en relación a cada ítem de disminución de obras señalado por el actor en su demanda, punto 6.- Situación de las disminuciones de obra:

6.1. ¿Montaje de estructura Galpón actual caldera?, no corresponde efectuar una disminución de obra por la suma de \$ 5.093.206 (TOMO III, separata 4, fundamento pág. 49, conclusión pág. 50).

6.2. ¿Cubicación de equipos lavachatas en el recinto 3045?, no corresponde efectuar una disminución de obra por la suma de \$ 2.948.028 (TOMO III, separata 5, fundamento pág. 40, 41 y 42, conclusión pag. 43).

6.3. ¿Menor tendido de cercos perimetrales?, si correspondía efectuar dicha disminución de obra (TOMO III, separata 6, conclusión pág . 55).

6.4. ¿No ejecución del Túnel Porta Cañerías del Edificio B?, no corresponde efectuar una disminución de obra por la suma de \$ 3.328.093 (TOMO III, separata 7, conclusión pág. 46).

6.5. ¿Menor superficie de sellado del piso de Edificio de Bodegas?, no corresponde efectuar una disminución de obra por la suma de \$ 164.450 (TOMO III, separata 8, conclusión pág. 42).

6.6. ¿Diferencias de cubicación de pavimento metálico del edificio F?, si corresponde efectuar una disminución de obra por la suma determinada por el Servicio (TOMO III, separata 9, conclusión pág. 41).

6.7. ¿Tablero de alumbrado y fuerza normal Portería 1?, no corresponde efectuar una disminución de obra por la suma de \$ 294.098 (TOMO III, separata 10, conclusión pág. 46).

6.8. ¿Menor tendido de reja de antejardín?, si corresponde efectuar una disminución de obra por la suma determinada por el Servicio (TOMO III, separata 11, conclusión pág. 47).

Como conclusión, respecto de este ítem demandado por la constructora, resultó probado en autos que de las retenciones efectuadas por la demandada, por concepto de disminuciones de obras, la suma de \$ 11.827.875, no correspondían a disminuciones de obras que habilitaren al Servicio de Salud para efectuar retenciones por tales conceptos, por lo que la retención que se hizo de la suma de \$ 11.827.875, debe considerarse incumplimiento contractual.

VIGESIMO PRIMERO.- Que finalmente, se han reclamado por la actora cinco partidas por aumentos de obra, por un total de \$ 49.546.567, razón por la cual para determinar la procedencia de su pago esta Corte deberá analizar cada una de las partidas demandadas a fojas 1 y siguientes, siempre de acuerdo a lo que el mismo informe pericial antes referido señala:

8.1. ¿Aumento de plazo y gastos generales por retardo en la entrega de edificio?. Se demandó un monto por \$ 16.191.588, concluyendo el perito (TOMO II pág. 1 a 82) la procedencia de un aumento de obra por concepto de mayores gastos generales de \$ 18.757.552, superior a la cantidad demandada.

8.2. ¿Mejoramiento de terreno bajo pavimentos?. La procedencia y monto de este rubro se detalla en informe pericial (TOMO II pág. 1 a 80). Las conclusiones del perito -páginas 79 y 80- demuestran un aumento de obra por \$ 14.537.635.

8.3. ¿Construcción de pasillo de conexión no contemplado en el proyecto?. La procedencia y monto de este rubro se detalla en informe pericial (TOMO II pág. 1 a 59). Las conclusiones del perito -página 59-

demuestran un aumento de obra por \$ 10.442.659.

8.4. ?Enfierradura?. La procedencia y monto de este rubro se detalla en informe pericial (TOMO II Pag 1 a 55). El análisis y conclusiones del perito -página 48 a 55- demuestran un aumento de obra por \$7.247.859.

8.5. ?Cierro perimetral?. La procedencia de este rubro se detalla en informe pericial (TOMO I pág 1 a 55). Sin embargo la perito no determina un valor cuantificado a este respecto.

En conclusión, la sumatoria de los ítem de aumento de obra antes referidos, y que tiene derecho a cobrar la actora, asciende a \$ 48.419.741.

VIGESIMO SEGUNDO.- Que se ha demandado, por último, el daño moral real y efectivo que se le habría ocasionado a la actora, por una suma de \$ 200.000.000, o aquella que el tribunal determine conforme al mérito del proceso, conforme a los fundamentos que se indican en el libelo de fojas 1 y siguientes, numeral 9, petición que esta Corte desestimaré ya que tal daño no ha resultado probado de manera alguna en el proceso.

VIGESIMO TERCERO. Que en cuanto a los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción fundada en las pretensiones contenidas en la demanda de autos, debe tenerse presente que en la especie corresponde aplicar únicamente las normas legales que rigen la materia, y no es procedente alegar el plazo que se indica en las Bases Administrativas Generales, que integran el contrato de construcción ya referido.

En efect
o, el plazo de 90 días señalado en el artículo 87 de las citadas Bases Administrativas es un plazo acordado para los efectos de efectuar

reclamos administrativos, que no puede ser considerado para el ejercicio de acciones judiciales ante los tribunales, ya que de ser así ello importaría modificar por voluntad de las partes los plazos de prescripción establecidos en la ley, que son de orden público.

Por tal razón, cabe dejar constancia que la demanda intentada en esta causa aparece interpuesta oportunamente.

Por estas consideraciones, y atendido lo prescrito en los artículos 144, 160, 170 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I) Que se revoca la sentencia apelada, de fecha 20 de abril de 2005, escrita de fojas 465 a 485 vta., en cuanto rechazó en todas sus partes la demanda deducida en lo principal del escrito de fojas 1 y siguientes, y en su lugar se resuelve que se acoge dicha demanda sólo en cuanto se declara que la parte demandada debe cumplir el contrato de construcción celebrado con la actora, quedando obligada a pagarle las siguientes sumas o prestaciones:

a) Nueve millones seiscientos treinta y tres mil novecientos setenta y siete pesos (\$ 9.633.977), por concepto de intereses en el retardo en pagarle parte de las sumas cobradas entre el 11 de octubre de 2000 y el 6 de abril de 2001;

b) Veintisiete millones seiscientos cuarenta y seis mil treinta y un pesos (\$ 27.646.031), por retención indebida a título de multa por irregularidad superficial de pavimentos, con más los intereses corrientes desde el 11 de octubre de 2000 hasta la fecha del pago efectivo;

c) Once millones ochocientos veintisiete mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$ 11.827.875), por disminución de obra, con más los intereses corrientes desde el 11 de octubre de 2000 hasta la fecha de pago efectivo; y

d) Cuarenta y ocho millones cuatrocientos diecinueve mil setecientos cuarenta y un pesos (\$ 48.419.741), por aumentos de obra, con más intereses corrientes desde el 11 de octubre de 2000 hasta la fecha de pago efectivo.

II) Que se confirma, en lo demás, la referida sentencia apelada en

cuanto no dió lugar al daño moral demandado y en cuanto a sus pronunciamientos referidos a las tachas deducidas.

III) Que no se condena en costas a la demandada por no haber resultado completamente vencida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante don Hugo Tapia Elorza.

Rol N° 4223-2005.