

Andrés Urrejola Del Río

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 19 de abril de 2010

ROL 1057-2009

MATERIAS: Resolución de contrato con indemnización de perjuicios – incumplimiento contractual de Convenio de Concesión – demanda reconventional por rentas impagas - pago de indemnización por daño emergente y lucro cesante – medida precautoria de retención de bienes muebles - entrega de instalaciones – teoría de los actos propios – excepción de contrato no cumplido - Fallo de un Árbitro Arbitrador.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La demandante XX deduce demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, solicitando se declare que la demandada ZZ incurrió en incumplimiento contractual respecto del Convenio de Concesión celebrado y, en especial, de su obligación de obtener las autorizaciones necesarias para que la concesionaria pudiera realizar las actividades licitadas en los términos descritos en las Bases respectivas y en el Convenio de Concesión ya referido, debiendo resarcir los perjuicios ocasionados. Por su parte, la demandada ZZ señala que en las bases preparadas y entregadas a los interesados se establecieron las condiciones en que se ofreció la Concesión, las que fueron aceptadas por la demandante XX por cuanto presentó una oferta, celebró el contrato de concesión y no presentó objeción en ninguna de estas oportunidades, aceptando, por lo tanto, que la recepción municipal de las instalaciones se encontraba en proceso y que la responsabilidad de las patentes y autorizaciones correspondía exclusivamente al concesionario. Asimismo, la demandada ZZ deduce demanda reconventional para efectos que el Árbitro declare que la demandante principal XX incurrió en reiterados incumplimientos de las obligaciones establecidas en el Convenio de Concesión, en lo referente al pago mensual por concepto de concesión o arriendo y el pago proporcional de los consumos de luz y agua, solicitando se le condene a pagar las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante que se indican.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 1.437, 1.438, 1.545, 1.546, 1.547, 1.552, 1.698.

Código de Procedimiento Civil: Artículo 636 y siguientes.

Ley General de Urbanismo y Construcciones: Artículo 145.

DOCTRINA: Teoría de los actos propios: No es lícito hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona y siempre que este cambio de conducta o comportamiento sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe; y, su efecto es fundamentalmente que una persona no pueda sostener posteriormente por motivos de propia conveniencia una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado la circunstancia y que si, en definitiva, así lo hace primarán las consecuencias jurídicas de la primera conducta y se rechazará la petición que invoca y que implica el cambio de conducta. Es el caso de la demandante principal XX, que libre y espontáneamente y sabiendo que la demandada ZZ se encontraba en proceso de regularización ante la Dirección de Obras de la Municipalidad respectiva para el otorgamiento del certificado de recepción final de los inmuebles donde se ejercería la concesión, y posterior obtención de las patentes comerciales y de alcoholes requeridas, concurrió a la licitación, firmó el Convenio de Concesión, pagándose parte de las rentas pactadas mediante una imputación a gastos convenida por las partes, para luego, y sin que hayan cambiado las circunstancias, dejar de pagar las rentas y servicios básicos y obtener por medio de la demanda una indemnización de perjuicios, en contradicción con lo dispuesto en el Artículo 1.546 del Código Civil, que indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley o la costumbre pertenecen a ella, pero continuando con la explotación de la concesión.

Excepción de Contrato No Cumplido: Ambas partes deducen la excepción de contrato no cumplido, no acogiendo en ambos casos por ausencia de buena fe, requisito indispensable, según la doctrina, para quien opone dicha excepción.

DECISIÓN: Se da lugar a la demanda principal y a la demanda reconvenzional solo en cuanto se declara resuelto el Convenio de Concesión suscrito, debiendo, por tanto, efectuarse a su propietario la restitución de las instalaciones concesionadas. No se da lugar al pago de indemnización de perjuicios solicitado por ambas partes, debiendo, cada una, pagar sus costas por haber tenido motivo plausibles para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, a 19 de abril de 2010.

VISTOS:

A fs. 39, consta la resolución de fecha 19 de mayo de 2009 del Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, que designa Árbitro Arbitrador a don Andrés Urrejola del Río para conocer y resolver la controversia surgida entre XX y ZZ en relación al Convenio de Concesión ZZ, celebrado por las partes con fecha 30 de junio de 2008. Dicha resolución fue notificada con fecha 4 de junio de 2009, oportunidad en que el Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente, como consta a fs. 42, notificación que fue efectuada por la Notario Suplente de Santiago doña NT, y refrendada por la Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

A fs. 43, consta la resolución del Árbitro de fecha 9 de junio de 2009, donde da por constituido el compromiso y cita a las partes a comparendo a fin de fijar el procedimiento, precisar el objeto del juicio y resolver cualquier otra materia relativa al arbitraje.

A fs. 49, rola el acta de comparendo celebrado el 9 de julio de 2009 en que las partes precisaron el objeto del juicio, acordaron el procedimiento, dejándose constancia que este se regirá por el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, con los cambios que en la referida acta consta, sin perjuicio de aplicar supletoriamente las normas del Código Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil, en cuanto se trate de normas aplicables al Procedimiento ante Árbitro Arbitrador.

A fs. 82, rola la demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios (Convenio de Concesión ZZ), interpuesta por don R.S., ingeniero comercial y empresario, en representación de XX, del giro de su denominación, ambos domiciliados en DML, comuna de LL; y, en contra de ZZ, persona jurídica representada por su Presidente don L.N., médico, ambos domiciliados en DML, comuna de LL solicitando que se declare:

- Que la demandada incurrió en incumplimiento contractual respecto del Convenio de Concesión aludido precedentemente;
- Que se declare resuelto el Convenio de Concesión referido;
- Que la demandada debe resarcir a XX los perjuicios ocasionados, cuya determinación no puede ser inferior a la suma de 10.749 Unidades de Fomento por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, según se detalla, o a la suma que el Tribunal fije en mérito del proceso, y
- Que la demandada deberá pagar las costas de la causa.

En términos resumidos y como fundamento de su demanda, el demandante señala que en el Convenio de Concesión suscrito con fecha 30 de junio de 2008 se pactó: En primer lugar, se otorgó en concesión exclusiva a XX, los servicios de cafetería, almuerzos y eventos, y, que para tal efecto, puso a su disposición el recinto de la cafetería, zona de almuerzos, cocina, baños, terrazas y quiosco de la piscina, todos ubicados en DML, comuna de LL. La duración de la concesión sería de tres años contados desde la firma del Convenio de Concesión. Expresa luego que, de acuerdo a la cláusula tercera de dicho Convenio de Concesión, ZZ se comprometió a realizar todos los trámites y autorizaciones que fueran de su responsabilidad, como dueño del inmueble donde se ubica el recinto objeto de la licitación. Agrega que, no obstante haber cumplido con todas y cada una de las obligaciones contraídas en virtud del Convenio de Concesión suscrito con ZZ, este no dio cumplimiento a su obligación de obtener las autorizaciones necesarias para que la concesionaria pudiera

realizar las actividades licitadas en los términos descritos en las Bases de Licitación y en el Convenio de Concesión suscrito. Señala que dada las reiteradas excusas de las autoridades de ZZ, en lo relativo a la obtención de las autorizaciones necesarias que como dueña del recinto y como parte del Convenio de Concesión suscrito le correspondía, se solicitó formalmente un pronunciamiento a la autoridad Municipal competente.

Por oficio de fecha 4 de noviembre de 2008 suscrito por doña J.J., de la I. Municipalidad de LL, se informa, en síntesis, que las obras de las cuales forma parte el local del restaurant del Club Social de ZZ, ubicado en DML, no cuenta hasta la fecha con recepción municipal, transgrediendo lo dispuesto en el Artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y que, por consiguiente, una vez que se regularice la habilitación de las instalaciones contando con la debida recepción definitiva, será posible para el Municipio autorizar el funcionamiento del restaurante de dicho Club Social y demás obras existentes. Hace presente la demandante que, hasta la fecha de presentación de la demanda no se ha acreditado la obtención de dichas autorizaciones y que, dado que ZZ no entregó los recintos licitados en condiciones que sirvieran para los fines contratados por no contar la demandada con el Certificado de Recepción de Obras, requisito esencial para la obtención de los permisos por parte del Concesionario, el incumplimiento es imputable a la demandada, razón por la cual se solicita la resolución del Convenio de Concesión con indemnización de perjuicios.

En el primer otrosí acompaña documentos consistentes en:

- a) Copia de bases para el proceso de licitación de cafetería y restaurante de ZZ, bajo apercibimiento del Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.
- b) Convenio suscrito entre las partes con fecha 30 de junio de 2008, bajo apercibimiento del Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.
- c) Copia Ordinario Alcaldicio de 27 de octubre de 2008 de la I. Municipalidad de LL, dirigido a ZZ, en el que se informa que no se permite en el inmueble concesionado ningún evento público masivo, dado que las construcciones existentes no cuentan con recepción final, con citación.
- d) Copia de la multa cursada por la Ilustre Municipalidad de LL y debidamente pagada por XX, de fecha 28 de octubre de 2008.
- e) Copia Oficio de fecha 04 de noviembre de 2008 de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de LL, informando que el recinto de la cafetería y restaurante carecen de recepción municipal, por lo que no se autoriza el funcionamiento del restaurante, mientras no se regularice, con citación.
- f) Copia de carta dirigida a la Directiva de ZZ, de fecha 03 de diciembre de 2008, solicitando información de lo acordado el 30 de octubre de dicho año, en orden a remitir copia del Certificado de Recepción de Obras de los recintos concesionados.
- g) Copia de carta dirigida a la Directiva de ZZ, de fecha 30 de diciembre de 2008, reiterando el contenido de la de 3 de diciembre de 2008, y solicitando compensaciones por las pérdidas experimentadas, con motivo del incumplimiento de la demandada.

A fs. 93, consta la resolución del Árbitro de fecha 23 de julio de 2009 por la que se tiene por interpuesta la demanda y se confiere traslado de esta a la demandada, notificándose a las partes con fecha 24 de julio de 2009, por correo electrónico y fax, por intermedio del CAM Santiago.

A fs. 94 y siguientes rola el escrito de contestación a la demanda. Resumidamente, en dicha contestación se solicita que la demanda sea desechada en su totalidad por las razones de hecho y de derecho que expone. Se señala, a continuación, que el Convenio de Concesión se originó en el llamado a licitación publicado en la prensa el 19 de enero de 2008, cuyas bases fueron adquiridas por siete empresas interesadas, incluyendo la antigua concesionaria, recibándose en definitiva cuatro ofertas, entre ellas la de TR1, que fue la ganadora, empresa que, a su vez, formó la sociedad XX, constituida por el postulante para administrar la concesión licitada. Agrega que, las bases preparadas y entregadas a los interesados establecieron las condiciones en las que se ofreció la Concesión y que, en lo pertinente, los acápite 17 y 18 se estableció lo siguiente:

“17. Tanto en la gestión de la cafetería como del restaurante y mientras dure el proceso de regularización del Club, que se sigue ante la I. Municipalidad de LL, no podrá venderse alcohol”.

“18. Las patentes comerciales y autorizaciones que procedan, serán de cargo del proponente. No generándose responsabilidad alguna para el Club en caso de negativa de la autoridad respectiva a su otorgamiento”.

Expone que los puntos antes señalados establecen dos hechos relevantes y evidentes:

“a) Que ZZ se encuentra en un proceso de recepción municipal de sus instalaciones, y b) que la responsabilidad por las patentes y autorizaciones correspondía exclusivamente al concesionario”. Reitera que la claridad de ambas estipulaciones es absoluta y no pueden desconocerse habida consideración que las bases fueron adquiridas por la demandante con fecha 12 de marzo de 2008, firmando la constancia y recibiendo un comprobante. Que, por otra parte, el punto tercero de las bases señalaba que: “3. Puede participar en esta licitación cualquier persona natural o jurídica: (en adelante el proponente o concesionario) idóneo al ramo que acepte las condiciones aquí indicadas”. Señala, que el concesionario fue el único oferente que hizo llegar observaciones a las bases, las que no incluían dudas en relación a los puntos 17 y 18 de las bases, relativos al proceso de regularización municipal y obtención de patentes comerciales. Expresa que si el demandante compró las bases, hizo observaciones, presentó una oferta, celebró un contrato de concesión y no presentó objeciones en ninguna de estas oportunidades, es dable entender que aceptó las condiciones en las que se ofrecía la concesión, agregando que tan transparente fue el proceso de licitación que el demandante conoció desde el primer momento el ámbito de su responsabilidad frente a la ocurrencia de hechos de autoridad que lo afectarían, ya que los puntos 34 y 37 de las bases señalan lo siguiente:

“34. Sin perjuicio de la fiscalización que deberá ejercer el Club, queda entendido que las sanciones de cualquiera naturaleza que reciba el concesionario o las multas que se le apliquen por infracciones a algunas disposiciones legales pertinentes, no afectarán al Club y serán de exclusiva responsabilidad del concesionario”.

“37. El concesionario deberá dar cumplimiento estricto a todas las normas sanitarias del Ministerio de Salud, actualmente vigentes y/o a todas las que en el futuro dicte. Asimismo, cumplir todas las normas que para este tipo de establecimiento y/o concesiones dictamine cualquiera autoridad competente. El hecho de que alguna autoridad competente dictamine normas cuyo cumplimiento determine condiciones para el concesionario más gravosas que las pactadas, no dará derecho a este para exigir, ni la anulación del contrato de concesión ni mejores condiciones de remuneración”.

Expresa además que, de acuerdo a la cláusula Tercera del Convenio de Concesión, “las patentes comerciales y autorizaciones que se requieran para operar, serán de cargo del Concesionario. ZZ se compromete desde ya a realizar todos los trámites y autorizaciones que sean de su responsabilidad como dueño del inmueble donde se ubica ZZ”.

Agrega que, el compromiso de ZZ a realizar trámites y autorizaciones de su responsabilidad se ha desarrollado en el tiempo y con los requerimiento de la Dirección de Obras Municipales y, al efecto, señala que “con fecha 19 de junio de 2009 la señora J.J. de la I. Municipalidad de LL nos ha hecho llegar una carta donde se nos ofrece que, para cooperar con la construcción de la avenida DML y obtener la recepción definitiva, procedamos a constituir una servidumbre sobre una parte del terreno de ZZ (señalado como área de servidumbre en plano preparado por DOM) que permita la construcción de una obra vial de mayor envergadura en la avenida DML, a cambio de que la Corporación de Adelanto Vial de LL asuma la pavimentación de dicha avenida. A dicha propuesta el Directorio de ZZ ha contestado favorablemente con fecha 30 de junio del presente, encontrándose por lo pronto en la redacción de los borradores de convenios respectivos. Se acompañan en otrosí copia de ambas cartas”.

Expone que “lo anterior no ha generado ningún impedimento grave para el funcionamiento del Club, ni menos de la concesión”, y, precisa, que tienen una gran cantidad de convenios operativos con instituciones tales como colegios, empresas, centros deportivos, sindicatos, funcionarios de la I. Municipalidad de LL, etc. Manifiesta que, “si la totalidad de dichas instituciones puede operar en la actualidad sin problemas y los respectivos contratos no se han visto afectados por la tramitación de la recepción municipal no vemos dónde está el grave problema para la demandante y menos el incumplimiento que se señala, dado que el Club no ha escondido ni ignorado la circunstancia de encontrarse en un proceso de regularización de sus instalaciones desde el principio del proceso de licitación”, y señala que “era tal el conocimiento y aceptación del proceso de recepción municipal por el concesionario que a solicitud de la licitante se modificó el canon de arriendo a pactar en el contrato, estableciendo que en caso que en el futuro se logre obtener la patente de alcoholes, los cánones de arriendo mensuales serían reajustados en un cien por ciento”.

En el primer otrosí del mismo escrito de contestación a la demanda, se opone la excepción de contrato no cumplido haciendo presente que, a la fecha, se encuentra pendiente de pago factura correspondiente a las rentas de arrendamiento, por los meses que señala, obligación principal del Convenio de Concesión, como asimismo los gastos proporcionales que corresponde pagar al concesionario por los consumos de los servicios básicos de luz y agua por los meses que también señala.

En el segundo otrosí, ZZ interpone demanda reconvenzional en contra de XX, para que el Árbitro declare que la demandada reconvenzional incurrió en un reiterado incumplimiento de las obligaciones de dar expresadas en las cláusulas 5° y 13° del Convenio de Concesión, esto es el pago mensual por concepto de concesión o arriendo y el pago proporcional de los consumos de luz y agua que se señalan en la demanda, que se estiman en \$ 11.316.182 declarar resuelto dicho contrato y se le condene a pagar las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante que se indican en dicho libelo ascendente a 540 Unidades de Fomento o bien la suma que el Árbitro determine debidamente reajustada, y las costas de la causa.

En el tercer otrosí acompaña documentos consistentes en:

- “1. Copias simples de facturas pendientes de pago, con sus correspondientes cartas conductoras que acreditan la recepción conforme por parte de la administración del concesionario.
2. Copias simples de cobros de servicios básicos, pendientes de pago, con sus correspondientes cartas conductoras que acreditan la recepción conforme por parte de la administración del concesionario.
3. Copias de cartas de reclamo por mal servicio prestado en casino.
4. Original de Inventario de entrega de instalaciones, debidamente firmado por ambas partes.
5. Original de convenio de concesión firmado por ambas partes.
6. Set de documentos de bases de licitación, copia de aviso, listado de postulantes que entregaron las bases y bases.
7. Propuesta de XX.
8. Propuesta de TR2.
9. Propuesta de TR3.
10. Propuesta de TR4.
11. Copia de correspondencia mantenida con la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de LL”.

En el cuarto otrosí hace reserva de acciones. En el quinto otrosí señala medios de prueba. En el sexto otrosí, solicita la entrega de las instalaciones, conforme el Convenio de Concesión, y en el séptimo otrosí pide se fije la cuantía; dándose traslado en lo que corresponde a la contraparte.

A fs. 116 y siguiente rola el escrito de réplica evacuada por XX, en el que se reitera lo dicho y relacionado en la demanda, expresando que a consecuencia de la no obtención de la recepción municipal de las instalaciones concesionadas se ha encontrado a la fecha impedida de ejecutar el Convenio de Concesión en los términos que se tuvieron a la vista a su celebración; y, agrega, que el hecho de no haber pedido aclaraciones de las bases, como lo señala la demandada, no exime a esta última de su responsabilidad ya que ella no cumplió con el contrato ni ha dado facilidades para su cumplimiento por equivalencia, ni ha intentado disminuir los daños que su propia inactividad le ha causado a XX y que, en el hecho, la concesionaria ha estado trabajando en la clandestinidad. Se agrega que, el llamado a concesión se hizo con pleno conocimiento por parte de ZZ que el restaurante y demás funcionarían en un recinto no autorizado y con nulas posibilidades prácticas de resolver el problema en parte importante o bien en todo el plazo de la concesión, además de otras consideraciones.

En el primer otrosí del escrito de réplica, se contesta la demanda reconvenional deducida por ZZ en contra de XX, oponiendo formalmente la excepción de contrato no cumplido dado que ha sido la demandante reconvenional la que culpablemente ha dejado de cumplir el contrato suscrito por las partes, desde sus inicios y hasta la actualidad, tal como se ha manifestado en la réplica, a través de acciones y omisiones que han mostrado su intención de no dar cumplimiento a las cláusulas que le imponían diversas obligaciones y que, en consecuencia, no puede entonces fundar una demanda en circunstancia que fue ZZ quien primero ha incumplido, y ese incumplimiento ha sido de tal magnitud que ha impedido obtener la ganancia que se habría percibido de no haberse actuado de esa forma por la demandante reconvenional.

Amén de otras consideraciones, entre ellas la improcedencia de las indemnizaciones solicitadas, concluye solicitando que la demanda reconvenional debe ser rechazada con costas.

En el segundo otrosí, evacua traslado respecto de la solicitud de ZZ mediante la cual exige la entrega de las instalaciones, oponiéndose a ella salvo que se caucione el cumplimiento del fallo que se dicte en su contra.

En el tercer otrosí, solicita se decrete a favor de XX el derecho legal de retención del Artículo 1.937 del Código Civil mientras ZZ no pague las prestaciones a que sea condenado.

A fs. 137 rola la dúplica en demanda principal de ZZ, en la cual reitera en su totalidad lo expuesto en la contestación de la demanda, refiriéndose a continuación a ciertas alegaciones de la demandante que estima necesario aclarar:

En primer lugar, expresa que la contraparte no ha objetado dentro del plazo ninguno de los documentos acompañados por ZZ, lo que demuestra la efectividad de la totalidad de las alegaciones formuladas por ella por cuanto surgen de los documentos acompañados en autos, no de suposiciones o interpretaciones antojadizas. Continúa expresando que, ante la evidencia de los medios de prueba acompañados y no objetados, es claro que el contrato entregó ciertas instalaciones en concesión, en el estado en que se encontraban y de acuerdo a las bases de licitación, en la que participó libremente la demandante y que nada de eso ha cambiado a la fecha. Expone que la demandante sigue explotando las instalaciones en la actualidad de la misma forma en que las ha explotado desde que dio comienzo a la concesión, sin problema alguno que imputar a esta parte y que, de la simple lectura de los reclamos de dos usuarios que se adjuntan, se colige que continúa prestando servicios y agenda actividades futuras, incluso hasta el mes de noviembre, siendo evidente entonces que la explotación de las instalaciones concesionadas continúa sin problema hasta la fecha, de acuerdo a lo licitado y sin que la falta de recepción municipal de las instalaciones de ZZ, conocidas con antelación por la demandante, afecte su concesión.

Además de otras consideraciones, finaliza solicitando que se tenga por evacuada la dúplica en los términos expuestos.

En el primer otrosí del escrito de dúplica de la demanda principal de fs. 137, ZZ evacua el traslado conferido a su parte para replicar en demanda reconvenional, señalando lo siguiente:

En primer término y en relación a la excepción de contrato no cumplido, argumentada por la contraparte, expone que “a la fecha mi representada no ha recibido pago alguno de la demandante por los arriendos de las instalaciones concesionadas. En vista del incumplimiento de la obligación principal de la concesionaria, resulta burdo pretender oponer una excepción que tiene como requisito esencial el cumplir con sus propias obligaciones”.

En cuanto a la solicitud de su parte que se decrete el incumplimiento del contrato, expone que resulta evidente que cualquier empresa o institución que concesiona parte de sus instalaciones pacta una retribución económica por la concesión, y, si esto no se cumple, resulta obvio que se requiera mediante una acción legal. Agrega que es burda la impugnación de la demandada reconvenional respecto a la obligatoriedad en el pago de las rentas, porque supuestamente la propiedad concesionada no habría servido para los fines para lo cual fue contratada. Señala que, sin embargo, y tal como se acreditará en autos, la concesionaria continúa explotando las instalaciones y tomando reservas hasta fines de año, por lo que obviamente pretende obtener la retribución económica pactada en el contrato. Y que con respecto a las indemnizaciones objetadas por la contraparte es lógico plantear que si, a la fecha se adeudan cifras millonarias a ZZ por una concesión entregada a la explotación de un tercero, resulta obvio que pretenda ser indemnizada en los términos señalados en la demanda reconvenional.

En el segundo otrosí del escrito de dúplica evacua el traslado que le fue conferido en relación a la petición del derecho legal de retención opuesto por XX, por ser legalmente improcedente según indica.

En el tercer otrosí, se acompañan cartas reclamo del señor M.C., señor J.S. y señora L.W. en contra de XX. Se hace presente que la parte demandada reconventionalmente, esto es XX, no evacuó el trámite de la dúplica.

A fs. 146 rola resolución del Árbitro de fecha 27 de octubre de 2009, que cita a las partes a la audiencia de conciliación del día 3 de noviembre de 2009 a las 16:00 horas en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

A fs. 147 consta el acta de la audiencia de fecha 3 de noviembre de 2009, a que se había citado, dejándose constancia que no hubo conciliación debido a la ausencia del representante de la demandante, XX.

A fs. 148 rola resolución interlocutoria del Árbitro de fecha 5 de noviembre de 2009 que recibe la causa prueba y fija puntos de prueba.

A fs. 149 rola escrito de reposición del auto de prueba y de los puntos de prueba, presentado por el representante de la demandada, esto es ZZ.

A fs. 152 rola resolución del Árbitro de fecha 13 de noviembre de 2009, que confiere traslado del escrito de reposición a la parte demandante.

A fs. 153 rola escrito del representante de ZZ en orden a que se resuelva en rebeldía la solicitud de reposición.

A fs. 154 consta resolución del Árbitro de fecha 23 de noviembre de 2009, acogiendo la reposición y fijando como hechos pertinentes sustanciales y controvertidos los siguientes:

1. Efectividad que XX estaba en conocimiento que, a la fecha del Convenio de Concesión, las instalaciones concesionadas no contaban con Recepción Municipal.
2. Especie y monto de los eventuales perjuicios originados por la falta de Recepción Municipal.
3. Efectividad que el concesionario continúa con la explotación de los bienes concesionados.
4. Efectividad del incumplimiento de las obligaciones de XX al contrato de Concesión en relación a los pagos de cánones de arriendo y servicios; y, especie y monto de los eventuales perjuicios originados a ZZ.

A fs. 156 rola carta del abogado del apoderado de la demandante, dirigida al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, con lista de testigos.

A fs. 157 rola resolución del Árbitro de fecha 23 de noviembre de 2009, decretando se presente lista de testigos en tiempo y forma.

A fs. 158 rola escrito de la demandante que acompaña lista de testigos.

A fs. 159 consta resolución del Árbitro de fecha 2 de diciembre de 2009, que tiene por acompañada lista de testigos de la demandante XX.

A fs. 160 consta resolución del Árbitro de fecha 09 de diciembre de 2009, que fija la audiencia del día 17 de diciembre de 2009 a las 16 horas para la rendición de la prueba testimonial, en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

A fs. 161 consta resolución del Árbitro de fecha 9 de diciembre de 2009, que prorroga por 6 meses el plazo para dictar sentencia arbitral, prórroga que se contará desde el 9 de enero de 2010.

A fs. 163 rola acta de rendición de la prueba testimonial, de fecha 17 de diciembre de 2009, en la que consta que declaran los testigos de la parte demandante principal señores H.S. y M.Z.

A fs. 171 consta resolución del Árbitro de fecha 22 de diciembre de 2009, que prorroga por 15 días el término probatorio, por ser necesario para la adecuada substantación de la causa.

A fs. 172 consta resolución del Árbitro de fecha 22 de diciembre de 2009, que decreta la Inspección Personal del Tribunal al inmueble e instalaciones objeto del Convenio de Concesión, para el día 12 de enero de 2010 a las 16:00 horas en DML, comuna de LL.

A fs. 186 rola escrito del apoderado de la demandante principal, XX, que acompaña documentos en parte de prueba consistentes en informe del Ingeniero señor M.Z. relativos a "Resumen Ventas Proyectadas", en fechas que indica, "Proyecciones Negocio Valores Neto", y "Ventas Netas según IVA declarado en SII"; Curriculum Vitae del Ingeniero informante; oficio D.O.M. de 04.11.2008 de la Dirección de Obras de la I.

Municipalidad de LL, y comprobante de pago de dos infracciones municipales, por falta de patente comercial del Casino, agregados todos a fs. 174 y siguientes de autos.

En el otrosí, solicita nuevo día y hora para celebrar comparendo de conciliación.

A fs. 189 consta resolución del Árbitro de fecha 24 de diciembre de 2009, que tiene por acompañado los documentos con citación, y cita a las partes a una audiencia de conciliación para el día 6 de enero de 2010, a las 16:00 horas en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

A fs. 190 consta el acta de la audiencia de conciliación con asistencia de ambas partes, en la que estas acuerdan continuar sus conversaciones para una eventual solución y solicitan nuevo día y hora para tal efecto; el Tribunal fija el día 11 de enero de 2010, a las 16:00 horas en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

A fs. 191 rola el acta de la audiencia de conciliación celebrada el día 11 de enero de 2010 a las 16:00 horas, a la que asistió solo el apoderado de la parte demandada, esto es ZZ, por lo que se puso de inmediato término a la audiencia, siendo las 16:05 horas.

A fs. 192 rola el acta de la Inspección Personal del Tribunal al inmueble e instalaciones concesionadas ubicadas en DML, LL, practicada el día 12 de enero de 2010.

A fs. 193 rola escrito del apoderado de la demandada principal, en virtud del cual acompaña documentos con citación para acreditar los puntos de prueba N°3 y N°4, de la resolución de fs. 154, consistentes en: 1) Comprobantes de ingresos por el uso de las instalaciones concesionadas por XX, agregados a fs. 241 y siguientes del Cuaderno Separado de Documentos, y Factura emitida por ZZ correspondiente al cobro de los cánones de arriendo de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre 2009 y los gastos proporcionales de agua y electricidad, que ascienden a la suma de \$ 3.562.940, agregado a fs. 255 del Cuaderno Separado de Documentos.

En el segundo otrosí del escrito aludido precedentemente, el apoderado de ZZ solicita se decrete la medida precautoria de retención de bienes muebles que XX mantiene en las instalaciones concesionadas, por la suma de \$ 14.701.992 conforme a los antecedentes que rolan en autos.

A fs. 200 rola resolución del Árbitro de fecha 18 de enero de 2010, que tuvo por acompañados los documentos con citación y se confirió traslado por tres días a la contraria de la solicitud de medida precautoria, ordenándose formar Cuaderno Separado.

A fs. 9 del Cuaderno de Medida Precautoria, XX evacua el traslado conferido, al que el Tribunal no dio lugar por extemporáneo.

A fs. 12 del Cuaderno de Medida Precautoria rola fallo del Árbitro de fecha 27 de enero de 2010, que rechaza la solicitud de la medida precautoria de retención de bienes muebles de XX, por no reunir los requisitos legales.

A fs. 204 del Cuaderno Principal rola resolución del Árbitro de fecha 26 de enero de 2010, por la que se declara el inicio del plazo de ocho días hábiles para formular observaciones a la prueba.

A fs. 205 rola escrito de observaciones a la prueba formuladas por el apoderado de la demandada principal, ZZ.

La parte demandante principal no formula observaciones a la prueba.

A fs. 214 consta resolución del Tribunal de fecha 11 de marzo de 2010, que cita a las partes a oír sentencia por estar vencido el plazo para formular las observaciones a la prueba, resolución que fue notificada a las partes el 12 de marzo de 2010.

CONSIDERANDO:

I. EN CUANTO A TACHAS

Que a fs. 164, la demandada principal tachó al testigo de la demandante señor HS. por la causal del N°6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es por carecer de imparcialidad al tener interés indirecto en el pleito, atendido que le prestó asesoría en el desarrollo del negocio desde febrero de 2008 hasta abril de 2009, con una remuneración a partir de los resultados del mismo. El Arbitrador rechazará esta tacha, por cuanto preguntado el testigo cuál era su interés en el pleito y si habían honorarios pendientes, el testigo declaró que su interés era solo relatar los hechos de que fue testigo entre febrero de 2008 y abril de 2009 y

que nada se le adeudaba, lo que a juicio del Árbitro no basta para suponer interés en el pleito y falta de imparcialidad.

II. EN CUANTO A OBJECIONES DE DOCUMENTOS

Ninguna de las partes objetó los documentos presentados por la contraria, sin perjuicio de las observaciones presentadas a la prueba, por la demandada principal.

III. EN CUANTO AL FONDO

i) Que la demanda de XX de fs. 82 se funda en el incumplimiento por parte de ZZ a lo dispuesto en la cláusula 3° del Convenio de Concesión, de fs. 69, en la que se expresa: “ZZ se compromete desde ya a realizar todos los trámites y autorizaciones que sean de su responsabilidad como dueño del inmueble donde se ubica el Club”. Lo anterior dice relación con lo señalado en el N°17 de las Bases de Licitación de fs. 56 en orden a “que tanto la gestión de la cafetería como del restaurante y mientras dure el proceso de regularización del Club, que se sigue ante la Ilustre Municipalidad de LL, no podrá venderse alcohol”.

De lo expresado precedentemente y como consta en autos, especialmente de los oficios de la Directora de Obras de la I. Municipalidad de LL, que rola a fs. 78 y del oficio Alcaldicio de fs. 76, es un hecho de la causa no controvertido que, a la fecha de la licitación y posterior firma del Convenio de Concesión el 30 de junio de 2008, los inmuebles concesionados para el servicio de cafetería y restaurante no contaban con el Certificado de Recepción Final de dichas obras, contraviniendo así expresamente lo dispuesto en el Artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, lo que consecuentemente ha impedido obtener las patentes comerciales que la concesionaria requería para la adecuada explotación de la concesión.

Dicho Artículo dispone en su inciso primero que: “Ninguna obra podrá ser habitada o destinada a uso alguno, antes de su recepción definitiva, parcial o total”. Agrega la disposición en comentario que “sin perjuicio de las multas que se contemplan en el Artículo 20 la infracción a lo dispuesto en el inciso primero de este Artículo podrá sancionarse, además con la inhabilidad de la obra, hasta que se obtenga su recepción, y el desalojo de los ocupantes, con el auxilio de la fuerza pública, que decretará el Alcalde a petición del Director de Obras Municipales”.

En consecuencia, consta que ZZ llamó a licitación del restaurante, cafetería y demás instalaciones de su club social con abierta infracción a la ley, según lo relacionado precedentemente, y en autos no hay constancia de que dicha situación se haya regularizado a la fecha. En el hecho, XX fue sancionada por la Ilustre Municipalidad de LL en dos oportunidades con multas, por funcionar sin patente, según consta de los comprobantes de pago de las mismas, acompañadas en autos a fs. 184 y a fs. 185, esta última con fecha de emisión 2 de diciembre de 2009.

ii) Que el demandado principal, ZZ, en su escrito de contestación de la demanda que rola a fs. 94 de estos autos, expresa, cómo se relacionó latamente en la parte expositiva de este fallo, que XX, ganadora de la licitación, estaba en pleno y cabal conocimiento de las Bases de Licitación, y no pidió aclaración alguna en relación a las Patentes Comerciales ni a lo que dichas bases llama “proceso de regularización del Club, que se sigue ante la Ilustre Municipalidad de LL”, suscribiendo y otorgando con plena autonomía de la voluntad el tantas veces referido Convenio; y que dicho proceso de regularización estaba destinado precisamente a obtener la Recepción Final y consecuentemente las patentes comerciales y de alcoholes.

iii) En relación al proceso de regularización de ZZ ante la Dirección de Obras Municipales de LL, es necesario destacar que a fs. 238 del Cuaderno Separado de Documentos, rola el oficio DOM de fecha 19 de junio de 2009, de la señora J.J., dirigido al Tesorero de ZZ, don P.A., solicitándole a dicho funcionario informar al Directorio del Club lo planteado en la reunión sostenida con él el día 12 de julio de 2009, a fin de que este tome conocimiento y apruebe seguir adelante con el proceso de Recepción Final de las obras; y a fs. 240, del mismo Cuaderno rola carta de fecha 30 de junio de 2009 dirigida por el Tesorero de ZZ, don P.A. a la señora J.J. de Obras Municipales, en respuesta al oficio anterior, en la que le informa de la voluntad de ZZ de continuar las conversaciones en relación al proceso de regularización y detalla el contexto de los trabajos y convenios a ejecutar. Lo señalado precedentemente acredita que habiendo transcurrido un año de la firma del Convenio de Concesión, el proceso de regularización del Club estaba prácticamente en su inicio,

manteniéndose el incumplimiento de ZZ en orden a obtener todas las autorizaciones que eran de su responsabilidad como dueño del inmueble.

iv) Por otra parte, a juicio del Árbitro está acreditado en autos que, al momento de contratar, la demandante XX sabía y estaba en conocimiento de la falta de Recepción Final de las Obras no solo por el tenor literal y el espíritu de las cláusulas tercera y quinta del Convenio de Concesión de fs. 69 y de los numerales 17, 18 y 34 de las Bases de Licitación de fs. 56, sino también de la declaración del propio testigo de la demandante, don H.S., que a fs. 165 de autos, interrogado en relación al primer punto de prueba “Efectividad que XX estaba en conocimiento que, a la fecha del Convenio de Concesión, las instalaciones concesionadas no contaban con Recepción Municipal”, el testigo respondió “Sí, estaba en conocimiento que no existía la recepción final del recinto al momento de adjudicarse la licitación”. A continuación, el testigo nombrado se refiere a gestiones y reuniones con directivos de ZZ donde se le precisó algunos trabajos que debían realizarse en el recinto, necesarios para la obtención de la recepción definitiva.

Así también el testigo de la demandante, señor M.Z., en su declaración de fs. 169 y frente a una contrainterrogación en orden a si tuvo conocimiento que en las Bases de Licitación se señalaba expresamente que el Club no contaba con Recepción Municipal, respondió afirmativamente. Incluso, en la propia propuesta económica de XX que rola a fs. 123 del Cuaderno Separado de Documentos, el proponente señala un valor o renta mensual por la concesión, según tenga o no patente de alcoholes, mientras dure el proceso de regularización del Club ante la I. Municipalidad de LL, y así se estipuló en la cláusula quinta del Convenio de Concesión.

De lo anterior y demás antecedentes del proceso es dable concluir, como se anticipó, que el representante de XX, don R.S., que como dice su apoderado a fs. 187 de autos, es un profesional experto en el rubro gastronómico, con cadenas de restaurantes familiares desde hace 50 años en la V Región y Región Metropolitana, conocía las circunstancias y condiciones de la licitación y, no obstante ello, celebró el Convenio de Concesión, en los términos que conocemos, sin exigir un plazo o condición para la obtención de las patentes ni garantía alguna a ZZ respecto de la finalización del “proceso de regularización del Club”, continuando posteriormente con la explotación de la concesión, incluso durante el transcurso de este proceso arbitral, como consta del Acta de Inspección personal del Tribunal de fecha 12 de enero de 2010 que corre a fs. 192 de autos. Se contradice dicha conducta con su experiencia y profesionalismo en el rubro gastronómico, conducta que incluso puede estimarse, como aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, con la responsabilidad consiguiente, conducta que en nada altera lo dicho en el considerando precedente.

A mayor abundamiento, es necesario consignar lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la Teoría de los Actos Propios, que, como ha manifestado la Excelentísima Corte Suprema, implica que no es lícito hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona y siempre que este cambio de conducta o comportamiento sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe; y, su efecto es fundamentalmente que una persona no pueda sostener posteriormente por motivos de propia conveniencia una posición distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado la circunstancia y que si, en definitiva, así lo hace, primarán las consecuencias jurídicas de la primera conducta y se rechazará la petición que invoca y que implica el cambio de conducta.

Es el caso de la demandante principal XX, que libre y espontáneamente y sabiendo, como se ha señalado en este fallo, que ZZ se encontraba en proceso de regularización ante la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de LL para el otorgamiento del certificado de recepción final de los inmuebles donde se ejercería la concesión, y posterior obtención de las patentes comerciales y de alcoholes requeridas, concurrió a la licitación, firmó el Convenio de Concesión, pagándose las rentas pactadas correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, y parte de diciembre del año 2008, mediante una imputación a gastos convenida por las partes, para luego, y sin que hayan cambiado las circunstancias, dejar de pagar las rentas y servicio básicos y obtener por medio de la demanda una indemnización de perjuicios, en contradicción con lo dispuesto en el Artículo 1.546 del Código Civil, que indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley o la costumbre pertenecen a ella, pero continuando con la explotación de la concesión. En efecto, está acreditado en autos, con los comprobantes

respectivos, que XX efectuó al menos 45 eventos (como matrimonios y otros), cuyas fechas de realización o pagos se extienden hasta diciembre de 2009, comprobantes no objetados y agregados al Cuaderno Separado de Documentos a fs. 241 y siguientes, y con la Inspección Personal del Tribunal, cuya acta de fecha 12 de enero de 2010 rola a fs. 192, los que sirven para acreditar plenamente el punto de prueba N°3 de la interlocutoria de prueba de fs. 154: “efectividad que el concesionario continúa con la explotación del bien concesionado”.

IV. EXCEPCIONES DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y DEMANDA RECONVENCIONAL

Como se expresó en la parte expositiva de este fallo, ZZ opuso a la demanda principal la excepción de contrato no cumplido, por cuanto XX no cumplió, a contar del mes de diciembre de 2008, con la obligación principal que le impuso el Convenio de Concesión, consistente en pagar las rentas de la concesión, sin perjuicio de otras obligaciones como son el pago de los consumos de los servicios básicos de agua y de luz, lo que se acreditó por la demandada principal con los documentos acompañados en el tercer otrosí de su escrito de contestación de fs. 94 y en su escrito de fs. 193, consistente en facturas y cobros de servicios básicos, debidamente recepcionados por la demandante y no objetados por ella.

Por otra parte, en el mismo escrito de contestación la demandada principal deduce demanda reconvencional de resolución de contrato por incumplimiento, con indemnización de perjuicios, fundada en el incumplimiento señalado precedentemente.

Por su parte, XX contestando la demanda reconvencional opuso igualmente excepción de contrato no cumplido, exponiendo que precisamente ZZ no cumplió con las obligaciones que le imponía el Convenio de Concesión, en particular la de entregar el bien en condiciones para ser usado de conformidad con el Convenio, lo que implicaba realizar todos los trámites y obtener las autorizaciones que son de su responsabilidad, como dueño del inmueble, de manera que este pudiera ser explotado en los términos señalados en el Convenio de Concesión.

Que, para que la excepción de contrato no cumplido pueda ser acogida, es necesario que se cumplan los requisitos del Artículo 1.552 del Código Civil que la hacen aplicable, a saber, que se trate un contrato bilateral, que la contraparte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato, y que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible. Además, la doctrina está unánime en que se requiere que quien opone la excepción se encuentre de buena fe, como lo indica don René Abeliuk, en su libro *Las Obligaciones: “No lo ha contemplado expresamente nuestro Código, pero es de la esencia de la institución desde su origen. Con esta exigencia se evita que la excepción se transforme en una herramienta del deudor para retardar o eludir su propio cumplimiento”*¹.

Respecto de la excepción de contrato no cumplido opuesta por la demandada principal, ZZ, no puede acogerse dicha excepción, toda vez que no se configuran los requisitos que la hacen procedente, en particular:

- ZZ nunca cumplió con su obligación principal en la forma en que esta fue acordada, dado que el Convenio de Concesión se suscribió por el propietario del inmueble con abierta infracción a la ley. Esta situación no varió por la falta de pago de las rentas por la demandante principal. En otras palabras, la situación de incumplimiento de ZZ de obtener la recepción final de los inmuebles concesionados fue consustancial a la suscripción del Convenio de Concesión, y se mantuvo de igual forma, tanto cuando la demandante principal pagó algunas rentas, como cuando dejó de hacerlo.
- De forma complementaria, este incumplimiento por parte de ZZ no permite configurar el requisito de la buena fe de quien opone la excepción, puesto a que intenta aprovecharse, para su propio beneficio, de su incumplimiento de una obligación legal.

Respecto de la excepción de contrato no cumplido opuesta por la demandada reconvencional, XX, tampoco puede acogerse dicha excepción, nuevamente por no concurrir los requisitos que la hacen procedente:

¹ ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, T. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 778.

- XX, con pleno conocimiento de que había suscrito, libre y espontáneamente, un Convenio de Concesión cuyo objeto era la explotación de inmuebles que carecían de recepción municipal, dejó de pagar intempestivamente las rentas derivadas de la concesión, sin que hayan variado las circunstancias que le habrían permitido justificar el poder excepcionarse válidamente del cumplimiento de esta obligación.
- Esto no hace sino dejar de manifiesto que XX tampoco opuso la excepción de contrato no cumplido de buena fe, puesto a que de sus propios actos se puede concluir que se aprovechó de una situación a lo menos irregular, para luego intentar justificar su incumplimiento precisamente con dicha situación irregular.

V. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Ambas partes solicitaron en sus respectivas demandas, indemnización de los perjuicios provocados por el incumplimiento de la contraparte de sus obligaciones contractuales. El Árbitro rechazará ambas pretensiones de indemnización, por los motivos que se expresarán:

- a) Respecto de los perjuicios que XX estima haber sufrido por el incumplimiento de ZZ, el Árbitro no dará lugar a ellos, puesto que XX nada ha acreditado en autos por concepto de perjuicios ocasionados, ni por concepto de daño moral. Las declaraciones de los testigos señores H.S., y M.Z., que constan a fs. 163 y siguientes, no se refirieron ni a la especie ni al monto de los eventuales perjuicios sufridos por la demandante. A mayor abundamiento, del análisis del informe del ingeniero señor M.Z., acompañado en parte de prueba por la demandante y que rola a fs. 174 y siguientes, relativo a “Resumen Ventas Netas Proyectadas en el período de junio de 2008 a diciembre de 2009”, “Proyecciones de Negocio Valores Neto”, y “Ventas netas según IVA declarado en Servicio de Impuestos Internos”, que no son las declaraciones mensuales que deben presentarse al SII, nada se puede deducir ni presumir respecto a los perjuicios que habría sufrido la demandante. Ello, porque como lo indica su nombre, es un informe sobre la proyección del negocio, confeccionado con posterioridad a la suscripción del Convenio de Concesión, como se aprecia de lo indicado en sus notas al pie que hacen referencia al presente juicio arbitral; por lo que el Árbitro le restará todo valor probatorio.
- b) Respecto de los perjuicios que ZZ estima ha sufrido por el incumplimiento de XX, el Árbitro tampoco dará lugar a ellos. Si bien está acreditado en autos que XX dejó de pagar las rentas derivadas de la concesión, y los gastos proporcionales de los consumos básicos de luz y agua, el indemnizar a una empresa que con absoluta falta de diligencia y en abierta contravención a la ley, como se indicó en los considerandos anteriores, llevó adelante un proceso de licitación, para luego adjudicárselo a una sociedad, sin indicarle el real estado de tramitación de la obtención de la recepción final de las obras que se concesionaron, manteniéndose durante todo el plazo del contrato hasta la interposición de la demanda la falta de obtención de la recepción municipal, contraviene principios básicos de justicia y equidad, y de nuestro ordenamiento jurídico. La actuación ilegal de ZZ en orden a concesionar bienes sin la recepción municipal, no puede ser fundamento para obtener una indemnización de perjuicios.

VI. EN CUANTO A LAS PETICIONES ACCESORIAS

- a) La demandada principal, ZZ, solicita en el sexto otrosí de su escrito de contestación, la entrega de las instalaciones de conformidad con la cláusula decimoséptima del Convenio de Concesión. Se estará a lo que el Árbitro resuelva en el numeral 2 de la parte resolutive de esta sentencia.
- b) La demandante principal, XX, solicita en el tercer otrosí del escrito de réplica de la demanda principal, se declare el derecho legal de retención del Artículo 1937 del Código Civil, para conservar la tenencia del local arrendado, solicitud que será rechazada, en atención a que a XX, ZZ no le adeuda indemnización alguna.

VII. RESOLUCIÓN DEL CONVENIO DE CONCESIÓN

Ambas partes solicitaron en sus respectivas demandas, la resolución del Convenio de Concesión, en atención a lo que ellas estiman son los incumplimientos de sus respectivas contrapartes.

De los antecedentes que constan en el proceso, queda de manifiesto que ninguna de las partes desea perseverar en la ejecución del Convenio de Concesión, no existiendo, a juicio del Árbitro, la suficiente buena fe que el Artículo 1.546 del Código Civil señala como su presupuesto de ejecución. A mayor abundamiento, no parece razonable mantener vigente un Convenio de Concesión para prestar servicios gastronómicos en inmuebles que, de acuerdo con los antecedentes que constan en el proceso, no podrán, por un tiempo que se desconoce, estar en condiciones de poder ser explotados comercialmente de forma legal.

Por lo tanto, y en atención a que se han rechazado las excepciones de contrato no cumplido opuestas por ambas partes, deben acogerse tanto la demanda principal como la demanda reconvenzional, pero solo en lo que dice relación con declarar la resolución del Convenio de Concesión objeto del presente arbitraje.

Por consiguiente, en mérito de las consideraciones expuestas, de las facultades concedidas al Árbitro, lo señalado en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, lo señalado en los Artículos 1.437, 1.438, 1.545, 1.546, 1.547, 1.552, 1.698, y demás pertinentes del Código Civil, el Artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, los Artículos 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y conclusiones derivadas de la prudencia y equidad,

RESUELVO:

- 1º. Que se rechaza la tacha deducida por la demandada principal, ZZ, en contra del testigo H.S.
- 2º. Que se da lugar a la demanda principal y a la demanda reconvenzional solo en cuanto se declara resuelto el Convenio de Concesión de fecha 30 de junio de 2008, suscrito por XX con ZZ, debiendo, por tanto, efectuarse a su propietario la restitución de las instalaciones concesionadas.
- 3º. Que no se da lugar al pago de indemnización de los perjuicios solicitado por XX ni se da lugar al pago de la indemnización de los perjuicios solicitado por ZZ.
- 4º. Cada parte pagará sus costas por haber tenido motivos plausibles para litigar, y las comunes se pagarán por mitades, incluidos los honorarios del Juez Árbitro y los gastos del arbitraje, tanto en lo que respecta a la demanda principal como a la demanda reconvenzional.
- 5º. Dese a las partes aviso de haberse dictado sentencia y notifíquese la presente sentencia por la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, personalmente o por cédula, y archívese en su oportunidad en dicho Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

Autorícese. Andrés Urrejola del Río, Árbitro.