

**Francisco Gazmuri Schleyer**

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha Sentencia: 3 de mayo de 2011

**ROL Nº 1221-2010**

**MATERIAS:** Contrato de construcción a suma alzada – boleta de garantía para garantizar estricto y fiel cumplimiento del contrato - cobro ilegítimo de boleta de garantía – restitución de monto de boleta de garantía – incumplimiento de obligaciones contractuales – recepción final de las obras.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** La sociedad XX interpuso una demanda contra la sociedad inmobiliaria ZZ, en la que alega que esta última habría cobrado en forma ilegítima la boleta de garantía que garantizaba el estricto y fiel cumplimiento del “Contrato de Construcción a Suma Alzada” suscrito entre ambas partes. Solicita se condene a ZZ a la devolución del monto correspondiente a la boleta de garantía, ya que ella se habría hecho efectiva a pesar del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales por parte de XX. Al contestar la demanda, ZZ funda el cobro de la boleta de garantía en incumplimientos contractuales de XX y, en subsidio, deduce demanda reconvencional para la indemnización de errores de construcción en los que habrían incurrido XX en la ejecución de la obra.

**LEGISLACIÓN APLICABLE:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170 y 144.

Código Civil: Artículos 1.545 y 1.546.

**DOCTRINA:** Que el Certificado de Recepción Final de las Obras de Edificación emitido por la municipalidad respectiva y el Acta de Entrega Final de las Obras, suscrito por las partes, da cuenta del estricto y fiel cumplimiento de las obligaciones del contrato. Por lo tanto, y sin existir prueba alguna respecto de la existencia de errores de construcción, se puede establecer que no existen supuestos que fundamenten el legítimo cobro de la boleta de garantía por parte del mandante, razón por la cual el monto cobrado debe ser restituido al contratista.

**DECISIÓN:** Se acoge la demanda, condenándose a la demandada a restituir el monto de la boleta de garantía, más intereses corrientes para operaciones reajustables. Se rechaza la demanda reconvencional en todas sus partes. Se condena a cada parte a pagar sus costas personales y las procesales por mitades.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

En Santiago de Chile, a tres de mayo de dos mil once.

**VISTOS:**

1. A fojas 1 y siguientes, consta la solicitud de constitución del arbitraje y la resolución del Juzgado de Letras de la ciudad de SS en virtud de la cual se resuelve que se proceda por parte del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. a la designación de un Árbitro Mixto de la nómina o listado de Árbitros de dicho Centro de Arbitraje que dirima la controversia existente entre XX, cuyo nombre de fantasía es XX Ltda. y la sociedad inmobiliaria ZZ, en relación con la ejecución del contrato de construcción del terminal TR1 de SS, suscrito entre dichas partes con fecha 24 de enero de 2007;

2. A fojas 9 y siguientes, rola una copia del contrato de construcción a suma alzada referido en el número uno anterior, así como los antecedentes legales relativos a la constitución legal de la sociedad XX y de la personería de su representante legal;

3. A fojas 27 y siguientes, consta la designación por parte del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. de don Francisco Gazmuri Schleyer, como Árbitro Mixto, Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo, para resolver la controversia de autos, la certificación de no haberse existido oposiciones a tal designación, el acta de aceptación del cargo y las correspondientes notificaciones a las partes;
4. A fojas 31 y siguiente, rola la resolución del Árbitro citando a la partes a un primer comparendo para el día 11 de junio de 2010, a las 11:00 horas, en las oficina del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. con el objeto de fijar las normas de procedimiento de autos, así como sus respectivas notificaciones las partes de autos;
5. A fojas 45 y siguientes de autos consta el acta del primer comparendo arbitral, el cual se celebra en rebeldía de la parte demandada;
6. A fojas 60 y siguientes, rola el Certificado de Recepción Final de Obras de Edificación, obra nueva, número 31 de fecha 26 de marzo de 2008, correspondiente a TR1 de SS ubicado en calle DML;
7. A fojas 64, rola fotocopia del Acta de Entrega Final de Obra Contrato de Construcción del Terminal TR1 de SS, de fecha 3 de abril de 2008, suscrito por don E.E., propietario y representante legal de sociedad inmobiliaria ZZ; don E.E., socio de ZZ; don C.J., Gerente de TR1 de la localidad de SS; doña C.D., Arquitecto del Proyecto e Inspector Técnico de la Obra; don J.J., Ingeniero Civil Inspector de la Obra; y don M.C., Gerente y Representante Legal de XX;
8. A fojas 65, rola fotocopia de la factura electrónica número tres de XX a nombre de ZZ por la suma de \$ 38.675.000, correspondiente a la retención del 5% del costo de la construcción de TR1 de SS;
9. A fojas 66, rola fotocopia de Declaración Jurada de fecha 19 de febrero de 2008, suscrita por don E.E., en representación de ZZ, en la cual aquel en la calidad en que comparece reconoce adeudar a XX la suma de \$ 32.500.000; hace entrega en el mismo acto a XX de la suma de \$ 20.000.000, mediante cheque del banco BO1; y se señala que el saldo correspondiente a \$ 15.854.588, sería pagado en un plazo no superior a 90 días a contar de la fecha de la señalada declaración jurada. Firma la declaración don M.C. en su calidad de representante de XX, quien acepta lo anterior.
10. A fojas 67, rola fotocopia de la Boleta de Garantía del banco BO2 de SS de fecha 12 de abril de 2007, contratada por XX en favor de ZZ, emitida por la suma de 1.772,43 UF para garantizar el estricto y fiel cumplimiento del Contrato de Construcción de TR1 de SS antes aludido;
11. A fojas 68 y siguiente, rola fotocopia de la inscripción social de XX, la que rola a fojas 29.166 del Registro de Comercio del año 1998 del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, con certificado de vigencia a marzo de 2010;
12. A fojas 73 y siguientes, rola la demanda arbitral interpuesta por XX, representada por don M.C., en contra de ZZ, representada por don E.E., en la cual del tenor de los antecedentes de hecho y derecho expuestos en la misma se requiere del Tribunal se condene a la demandada al pago de la suma de 1.772,43 UF, atendido el hecho de que la demandada cobró en forma ilegítima la Boleta de Garantía referida en el número 10) anterior;
13. A fojas 85 y siguiente, contestando el traslado que le fue conferido a fojas 84 con el objeto de que se rectificara la demanda arbitral en cuanto a la representación de la demandante, la demandante señala y acredita que el único representante legal de la misma es don M.C., lo que acredita con una copia de la

inscripción social de la modificación de la sociedad en cuestión que rola a fojas 48.927 del año 2006 del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, con vigencia a julio de 2010;

**14.** A fojas 91, se resuelve tener por aclarada y precisada la demanda arbitral y se confiere traslado a la demandada para contestar la demanda arbitral;

**15.** A fojas 91, rola fotocopia de escrito de Citación a Confesar Deuda, presentada ante el Primer Juzgado de Letras de SS por XX en contra de ZZ, con el objeto de que esta última pague a la primera la suma de \$ 35.854.588 por facturas impagas correspondientes a parte del precio del contrato de construcción referido en el número 7);

**16.** A fojas 98 y siguientes, rola el escrito de contestación de la demanda arbitral por parte de ZZ, en la cual esta deduce en lo principal excepción de incompetencia absoluta derivada de haber dejado las partes sin efecto en forma tácita la cláusula compromisoria, lo que significa que han decidido resolver sus diferencias ante la justicia ordinaria; en subsidio, se opone excepción de incompetencia relativa por haber fijado las partes su domicilio en la ciudad de SS; en subsidio, contesta el fondo de la demanda sosteniendo que el cobro de la Boleta de Garantía antes referida se funda en incumplimientos contractuales incurridos por la demandante; en subsidio, deduce demanda reconvenional en contra de XX, representada por don M.C., en razón de los incumplimientos contractuales incurridos en la ejecución de la obra contratada, por presentar esta errores de construcción cuyo daño ascienden a una suma de \$ 35.000.000;

**17.** A fojas 102, en forma previa a conferir traslado a la demandante para los efectos de la réplica de la contestación de la demanda y de la contestación de la demanda reconvenional, se confirió traslado a la parte demandante respecto de las excepciones de incompetencia absoluta y relativa deducidas por la demandada, por ser cuestiones de previo y especial pronunciamiento; asimismo se tuvieron por acompañados los documentos acompañados, uno en la forma solicitada y los otros con citación;

**18.** A fojas 103, la demandante en lo principal contesta el traslado solicitando fundadamente el rechazo de las excepciones de incompetencia absoluta y relativa deducidas por la parte demandada, y en subsidio solicita se cite a las partes a un comparendo de conciliación;

**19.** A fojas 106, se tiene por evacuado el traslado por la demandante y se resuelve fundadamente que se desechan ambas excepciones de incompetencia y se declara que el Tribunal Arbitral es competente absoluta y relativamente para conocer de la controversia planteada en autos y sus cuestiones accesorias, confiriéndose traslado a la demandante para contestar la demanda reconvenional;

**20.** A fojas 109 y siguientes, rola el escrito de contestación de la demanda reconvenional de la parte demandante, en el cual solicitó su rechazo dada la inexistencia de incumplimientos contractuales por parte de su representada;

**21.** A fojas 113, se tiene por contestada la demanda reconvenional y se cita a las partes a una audiencia de conciliación para el miércoles 13 de octubre de 2010, a las 12:00 horas a realizarse en la sede del Tribunal Arbitral;

**22.** A fojas 115, rola el acta del comparendo de conciliación donde consta que habiendo asistido ambas partes no existió acuerdo entre estas;

**23.** A fojas 116, rola la resolución de fecha 8 de noviembre de 2010, que recibe la causa a prueba por el período de 20 días, fijándose como hechos sustanciales y controvertidos los siguientes:

- a) Efectividad de que la Inspección Técnica de la Obra (ITO) efectuó la recepción de las obras construidas al tenor del contrato de construcción de fecha 24 de enero de 2007 suscrito entre las demandante y demandada, con observaciones menores a dichas construcciones;
- b) De resultar efectivo lo señalado en la letra a) anterior, si la demandante subsanó las observaciones menores formuladas por la ITO;
- c) Si es efectivo que las obras construidas fueron objeto de la Recepción Final por parte de la Dirección de Obras Municipales de SS;
- d) Si es efectivo que la demandante, en su calidad de empresa constructora incumplió sus obligaciones contractuales al tenor del contrato de construcción suscrito entre las partes con fecha 24 de enero de 2007;
- e) Si es efectivo que la demandada, en su calidad de sociedad inmobiliaria incumplió con sus obligaciones contractuales al tenor del contrato de construcción suscrito entre las partes con fecha 24 de enero de 2007, al proceder al cobro de la boleta de garantía por la suma de 1.772,43 UF emitida por el banco BO2. Para los efectos de la rendición de la prueba testimonial, se fijaron los últimos cinco días del término probatorio, en audiencias a ser realizadas a las 16:00 horas;

24. A fojas 131 y siguientes, rolan las declaraciones de los testigos de la parte demandante don G.D. y de don C.J.; y

25. A fojas 137, se acompaña por a la parte demandante copia del expediente caratulado “ZZ con TR3 de SS” que actualmente se encuentra radicado en la Excelentísima Corte Suprema, ingresado bajo el Rol 0000-2010.

**CONSIDERANDO:**

1. Que la demanda arbitral requiere del Tribunal un pronunciamiento acerca de la legitimidad de la acción de la demandada, en cuanto a cobrar la boleta de garantía del banco BO2 por la suma de 1.772,43 UF con vencimiento al 31 de marzo de 2008 entregada para “Garantizar el Estricto y Fiel Cumplimiento del Contrato de Construcción de TR1 de SS”, en circunstancias que la demandante sostiene haber cumplido con todas sus obligaciones contractuales, agregando que las obras fueron objeto de la Recepción Final por parte de la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de SS y adicionalmente estas mismas obras fueron recibidas a satisfacción por la propia parte demandada;
2. Que por su parte la parte demandada al contestar la demanda arbitral, en cuanto al fondo, sostiene en forma breve que el cobro de la boleta de garantía aludida tiene su fundamento en la existencia de errores y trabajos inconclusos cuyo monto excede en más de \$ 35.000.000 el monto de la garantía hecha efectiva;
3. Que en prueba de sus reclamaciones, la parte demandante acompaña copia del Certificado de Recepción Final de las Obras de Edificación, de marzo de 2008, emitido por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de SS; asimismo acompaña fotocopia del Acta de Entrega Final de Obra Contrato de TR1 de SS, de fecha 3 de abril de 2008, suscrito por los representantes de ambas partes litigantes y sus respectivos asesores, en cual se deja constancia de los siguientes hechos o situaciones relativas al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la demandante: (i) que las partes se reúnen con el fin de efectuar la Recepción Final de la Obra, como una de las etapas finales del Contrato de Construcción y como complemento de la Recepción Provisoria de Obras efectuada en el mes de septiembre del año 2007; (ii) que recogidos los comentarios y observaciones de los propietarios, se solicita al contratista instale luminarias en la sala eléctrica y en cada una de las cinco bodegas de los locales de comida ubicados en el primer piso, comprometiéndose la demandante a tener efectuados dichos trabajos a más tardar el día 7 de abril de 2008; y (iii) con esto se dan por totalmente recepcionados los trabajos, otorgándose la Recepción Final a la Obra, la que fue ejecutada fiel y oportunamente de acuerdo a lo que indica el Contrato y sus anexos. Los documentos antes referidos no fueron objetados por la parte demandada;

4. Que las declaraciones de los testigos don G.D., arquitecto de la obra, y de C.J., Gerente de TR1 de SS, confirman en todas sus partes lo expresado en el considerando anterior, y aún más ambos testigos suscribieron el Acta de Entrega Final de Obra Contrato de Construcción Terminal de Buses de SS en su calidad de asesores técnicos de la parte demandada, y aún más, están contestes en que las obras pendientes consignadas en la misma acta fueron ejecutadas por la demandante en los días inmediatamente siguientes a la fecha de suscripción de la referida acta;
5. Que ambos testigos están asimismo contestes en señalar que la razón del no funcionamiento del Terminal de Buses de SS no es consecuencia de los supuestos incumplimientos contractuales de la sociedad demandante, sino que es consecuencia de los conflictos surgidos entre la demandada y la Municipalidad de SS, quien no le ha otorgado la autorización legal para operar como terminal de buses;
6. Que confirma lo anterior el expediente caratulado “ZZ con TR3 de SS”, que corresponde a un juicio ordinario de indemnización de perjuicios, que actualmente se encuentra radicado en la Excelentísima Corte Suprema, ingresado bajo el Rol 0000-2010, para efectos de la resolución de un recurso de casación en el fondo deducido por la Ilustre Municipalidad de SS. En efecto, entre los antecedentes aportados por la demandada para sustentar su demanda ordinaria, se encuentra el hecho de que el terminal de buses cuenta con Patente Comercial para la explotación del terminal y de explotación de sus instalaciones anexas y que el mismo, por Resolución Exenta de 2008 de la Secretaría Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones, está autorizado para operar como terminal de buses TR1 de SS. Estos antecedentes aportados por la propia demandada, dejan de manifiesto una vez más que las obras del terminal se encuentran concluidas y que este se encuentra en condiciones de operar en tal calidad, habiendo en consecuencia la demandante cumplido con sus obligaciones contractuales; y
7. Que la parte demandada, por otra parte, no ha aportado prueba o antecedente alguno tendiente a acreditar en forma fehaciente los hechos sostenidos en la contestación de la demanda ni en la demanda reconventional, esto es, demostrar la existencia de incumplimientos contractuales de la demandante que justifiquen el cobro de la Boleta de Garantía en cuestión, así como tampoco respecto de los perjuicios económicos reclamados por un monto de \$ 35.000.000; más aún, la prueba rendida por la demandante permite acreditar fehacientemente que tales incumplimientos contractuales nunca existieron;

**TENIENDO PRESENTE**, lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil, 144 y 170 del Código de Procedimiento Civil,

**SE RESUELVE:**

- 1º. Que se acoge en toda sus partes la demanda arbitral, declarándose que se condena a la demandada a restituir a la demandante la cantidad de 1.772,43 UF, en su equivalente en pesos al valor de la referida unidad vigente a la fecha del pago efectivo, con más interés corriente para operaciones reajustables desde el 10 de junio de 2008 hasta la fecha del pago efectivo y total de lo adeudado;
- 2º. Que se rechaza en todas sus partes la demanda reconventional.
- 3º. Que cada parte pagará sus costas personales y las procesales se pagarán por mitades.

Notifíquese esta sentencia arbitral personalmente o por cédula a través de un Ministro de Fe, exhortándose al efecto para la notificación de la parte demandada.

Regístrese y archívese. Pronunciada por don Francisco Gazmuri Schleyer, Juez Árbitro, y autorizada por doña Karin Helmlinger Casanova, Secretaria General CAM de Santiago, Ministro de Fe.