

**ÁRBITRO ARBITRADOR SR. LUIS SIMÓN FIGUEROA DEL RÍO****25 de Febrero de 2002  
ROL 253**

**MATERIAS:** Obras públicas - subcontratación de ejecución de obras de arte - interpretación de contratos - discrepancia de las partes en el cumplimiento de las obligaciones que impone el contrato - criterios fijados por el árbitro para determinar cuáles eran las obligaciones de las partes - facultad del contratista para modificar el programa de trabajo del subcontratista - responsabilidad del contratista por la coordinación de las obras - la renuncia a las indemnizaciones condicionada al cumplimiento de un acuerdo no tiene valor si no se cumple la condición - lucro cesante - procedencia del daño moral en materia contractual - exposición al daño por quien lo sufre.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** Doña XXX, subcontratista, presentó demanda de indemnización de perjuicios, incluyendo lucro cesante y daño moral, en contra de la Constructora ZZZ Limitada, imputándole demoras e incumplimiento de obligaciones que eran condiciones esenciales para la construcción de las obras de arte, lo que le significó asumir una serie de deberes que no eran de su obligación. La empresa demandada presentó demanda reconventional solicitando el reembolso de una serie de gastos incurridos por ella, que son de cargo de la subcontratista demandante.

**LEGISLACIÓN APLICADA:** No se indica.

**DOCTRINA:**

Los criterios para resolver lo que eran obligaciones de las partes en cuanto a suministros y ciertas labores, se fijan de la siguiente forma:

- a) En caso de duda se estará en primer lugar a la manera de cómo se ejecutó el contrato, estando a que es obligación de la parte lo que materialmente ejecutó o suministró.
- b) En caso que ambas partes hayan ejecutado o suministrado el rubro que se discute, se estará a lo dispuesto en el texto del contrato, ya sea en el mismo o en relación con la cotización 812, cuando proceda. Si hay discrepancia entre el contrato y la cotización se estará al texto del contrato porque así lo dispone la parte final de su cláusula 1. La palabra discrepancia se ha interpretado de la manera como lo hace el diccionario de la Real Academia Española que al efecto dice, en su primera acepción, que discrepar es "desdecir una cosa de otra, diferenciarse, ser desigual".
- c) Cuando de acuerdo a los textos no es una obligación de la parte, pero ésta la ha reconocido como propia, se estará a este reconocimiento (Considerando N° 2).

La renuncia de la demandante al cobro de cualquier valor por concepto de lucro cesante, indemnizaciones u otros por cualquier situación anterior al 27 de junio de 2000, se hizo en el contexto de un acuerdo para no terminar anticipadamente con el contrato, obligándose la contratista a corregir y superar los problemas que originaron la discusión y asegurar la ejecución del mínimo de los valores estimados en el contrato original. Si los problemas continuaron y la contratista decidió unilateralmente poner término al contrato, dejaron de existir las razones de la renuncia, esto es, las condiciones que a ella dieron lugar, por lo que ha perdido valor y por ende se rechaza la excepción de renuncia de la demandante (Considerando N° 4).

En cuanto al daño moral cobrado es necesario hacer presente que la demandante, en su calidad de subcontratista y conocedora de las materias de su oficio, cuando se dejó sin efecto el cronograma o carta Gantt y no fue reemplazado, debió en ese momento haber planteado lo necesario para repactar el contrato, y al no haberlo hecho se expuso a lo que en definitiva ocurrió. Por estas razones se considera que no ha lugar al daño moral que se demanda (Considerando N° 48).

**DECISIÓN:** Se acoge en parte la demanda de XXX por la suma de \$ 68.517.354, se acoge en parte la demanda reconventional de ZZZ por la suma de \$ 28.103.984, y se compensan las cantidades, condenando a la demandada a pagar a XXX la suma de \$ 40.413.370, más reajuste del IPC e intereses corrientes desde la fecha de la sentencia.

Cada parte pagará sus costas y los honorarios del árbitro, por mitades.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago, 25 de febrero de 2002.

**Vistos:**

La demandante, doña H.V.A. en adelante denominada XXX, requirió al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. para que designara Árbitro para resolver los conflictos suscitados con

ocasión de los contratos por ella suscritos con Constructora I.Ltda., en adelante denominada ZZZ. El Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, teniendo en cuenta lo acordado por el Consejo Directivo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, designó como Árbitro Arbitrador a quien suscribe esta sentencia. La designación fue notificada por el Notario don Enrique Tornero Figueroa el 6 de marzo de 2001. El 13 de marzo del mismo año se dio por constituido e instalado este Tribunal Arbitral y se inició el procedimiento. A fs. 197 se prorrogó el plazo para dictar sentencia en seis meses contados desde el 6 de septiembre de 2001, por lo que éste vence el 6 de marzo de 2002.

Luego de celebrado el primer comparendo y de presentada la demanda, Constructora ZZZ presentó excepción de incompetencia del Tribunal respecto de uno de los contratos habidos entre las partes y que dieron lugar al inicio de este arbitraje, argumentando que el documento pertinente no estaba firmado por la Constructora y por ende no se había suscrito cláusula de compromiso. Este contrato decía relación con el servicio de fabricación de áridos. También opuso excepción de ineptitud del libelo.

Después de contestadas las excepciones dilatorias por la demandante, ésta aceptó la excepción de incompetencia del Tribunal mediante escrito de 1º de junio de 2001 que rola a fs. 154.

Por resolución de 5 de junio de 2001, de fs. 156, se tuvo por aceptada la excepción dilatoria de incompetencia y se rechazó la de ineptitud del libelo.

La competencia de este Árbitro quedó referida solamente al contrato de 8 de mayo de 2000 que rola a fs. 2 de este expediente, mediante el cual Constructora ZZZ contrató en calidad de subcontratista a XXX, para la ejecución de los servicios de obras de artes correspondientes a la construcción y mejoramiento de la ruta D-705 sector A.L.P. IV Región.

Los escritos de demanda, contestación, y los relativos a la reconvencción, se refirieron también al contrato que quedó fuera de la competencia de este arbitraje, por lo que fue necesario rectificarlos de modo que quedara claramente establecido el asunto sometido al arbitraje. Con este propósito se llevó a cabo el 15 de junio de 2001 el comparendo de fs. 160 en el cual las partes explicitaron los rubros que debían quedar fuera de esta causa, corrigiendo en consecuencia el monto de lo demandado y de lo reconvenido. Lo primero quedó en \$ 253.331.259 y lo segundo en \$ 96.666.073.

El conflicto está referido a maneras de interpretar el contrato y a los comportamientos de las partes durante todo el período en que la subcontratista tuvo faenas instaladas en el sector.

Se trata de asuntos variados, diferentes, de distinta naturaleza y que han dado lugar a numerosas acusaciones recíprocas que se expresan en montos de dinero que se cobran por la vía de la demanda y la reconvencción.

En los escritos, documentos y declaraciones de testigos se menciona a T. como la demandante, y a M.J.A., Consorcio y S.S.A. indistintamente para referirse a la demandada. Las partes explican que T. es el nombre de uso comercial de la empresa constructora de carácter familiar de la señora XXX y su marido M.O., y que, a su vez, la Constructora ZZZ, tiene como socio a M.J.A. y S.S.A. y que cuando se habla de Consorcio se refiere a esta última. Están de acuerdo las partes que no se ha hecho cuestión de los diferentes nombres que han usado en el proceso y que ambas entienden que se están refiriendo al demandante, o al demandado, y que esta variedad se ha debido básicamente al uso de papelería con membretes de cada una de las empresas citadas durante el proceso de construcción.

El contrato se suscribió el 8 de mayo de 2000, no obstante la subcontratista demandante instaló sus faenas el 4 de ese mes, los trabajos debían estar terminados y recibidos a más tardar el 5 de octubre de ese año.

La demandante, la señora XXX, reclama que la Constructora ZZZ, esto es la demandada, incurrió en incumplimientos, demoras, desórdenes, descoordinación, alteración en el programa de trabajo, que determinaron la construcción de obras mal ubicadas y la necesidad de rehacerlas en otra parte, la ejecución de tareas a las que no estaba obligada, paralización por orden del demandado de actividades en operación, y otros asuntos, especialmente atrasos, que más adelante se exponen. Dice que todo ello le ocasionó problemas de financiamiento, porque no pudo recibir oportunamente los pagos provenientes de los estados de pago que le permitieran mantener las faenas instaladas, que tuvo además que incurrir en gastos que no eran de su responsabilidad y no tenía contemplados, y finalmente que por haberse dado término al contrato por decisión unilateral de la demandada, estando pendiente la construcción de todavía numerosas obras de arte, fue privada de la legítima ganancia que le permitía obtener del subcontrato que, según ella, se trataba de 55 obras de arte correspondientes al camino más arriba indicado. Solicita la resolución del contrato y cobra perjuicios incluyendo daño moral, lo que se precisa más adelante.

La demandada afirma que no se trataba necesariamente de 55 obras de arte porque es un contrato a precios unitarios no referido a un número determinado de obras; que el desorden y falta de experiencia de la subcontratante fueron las causas de los problemas habidos; que toda obra pública tiene un tiempo de iniciación que conlleva la realización de trabajos destinados a adaptar los planos a las realidades del terreno y otras labores previas a la ejecución de las obras de arte, las que determinaron la modificación del cronograma inicial; que de acuerdo a lo pactado no era obligación suya realizar ciertas prestaciones que se le atribuyen como de su deber; que ciertos hechos fueron el resultado de decisiones de la ITO; o bien que mientras se ordenaba rehacer una obra por errores de emplazamiento o se disponía la paralización de alguna otra, existían frentes permanentes de trabajo en otros lugares del camino; que no tomó la actora las providencias de su responsabilidad para evitar perjuicios por temporal; que el sistema de precios unitarios conlleva el pago de las obras que hubo que abandonar o rehacer; que la subcontratista no tenía las aptitudes para administrar el subcontrato, y que, además de otros asuntos que más adelante se enuncian, se vio compelida por los hechos a terminar el contrato y realizar las obras faltantes, y hacerse cargo de obligaciones y compromisos que no formaban parte de sus deberes. Además aduce que la demandante renunció al cobro de perjuicios y agrega que ésta estaba en dificultades económicas desde antes que se iniciara la ejecución del subcontrato. Pide se rechace la demanda, solicite compensación y presenta demanda reconvenzional por perjuicios, todo lo cual se precisa más adelante.

Como consecuencia de las discusiones internas, las partes debatieron sobre la continuación del contrato y acordaron continuar con él el 26 de junio de 2000. La demandante por carta del 27 de ese mes y año renunció "al cobro de cualquier valor por concepto de lucro cesante, indemnizaciones u otros que hayan sido motivados por cualquier situación anterior a ese día 26". La demandada opone la excepción relativa a esa renuncia.

Más tarde, la demandada por carta del 17 de octubre de 2000, comunicó su decisión más arriba referida de ponerle unilateralmente término al contrato al 31 de octubre de ese mismo año, cuando faltaban varias obras de arte por construir.

A continuación se expone en síntesis lo reclamado por la demandante, lo contestado por la demandada y también lo mismo referente a la reconvección. Para facilitar la comprensión de lo discutido cada alegación y contestación correlativa llevan el mismo número.

A. Alegaciones de la demandante.

1. Retraso del Consorcio en destacar un coordinador de obras, considerado esencial para proveer los suministros a que estaba obligada la demandada, y que se designó con esa función a don P.M. recién el 1º de octubre de 2000.
2. Retraso en la entrega de planos definitivos para la construcción de las obras de arte.
3. Retraso en la entrega del emplazamiento y demarcación de las obras de arte.
4. Cambios de emplazamientos ya entregados de obras de arte.
5. Paralización de obras de arte en ejecución.
6. No entrega de emplazamiento de 24 obras de arte, las que enumera.
7. Retraso del Consorcio en la entrega de excavaciones para iniciar las obras de arte. Que no le correspondía a la demandada hacerlo según contrato, pero que asumió hacerlo voluntaria y unilateralmente.
8. Retraso del Consorcio en el suministro de tubos.
9. Retraso del Consorcio en aportar fierro de refuerzo para las obras de arte.
10. Retraso del Consorcio en proporcionar dosificación del hormigón.
11. Retraso del Consorcio en suministro del moldaje para las obras de arte. Se estimaba en 800 m2 la cantidad de moldaje. El 13 de julio entregó 20 mts. Que los atrasos continuaron y la demandante fabricó los moldajes para parte de algunas obras.
12. Retraso del Consorcio en aportar una autohormigonera, la que el 22 de julio se incorpora a la obra. En su reemplazo el Consorcio aportó hormigonera manual, desde el 29 de mayo hasta el 22 de julio.
13. Retraso del Consorcio del suministro de energía eléctrica para las obras de arte. Como consecuencia el

- demandante tuvo que arrendar equipos en mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre.
14. Incumplimiento para suministrar agua para la construcción. Esto obligó a paralizar faenas y retrasar la obra.
  15. Que la subcontratista hizo permanentes reclamos sobre los incumplimientos; que el 26 de junio de 2000 en reunión de coordinación planteó su intención de terminar anticipadamente el contrato y cobrar los perjuicios; que se resolvió continuar con el contrato atendida la grave situación económica que la subcontratista tenía; y se le requirió la renuncia al cobro de perjuicios; que los incumplimientos por parte del Consorcio continuaron; el 5 de octubre retira la renuncia y anuncia cobro de perjuicios; el 10 de octubre lo reitera en el libro de obras N° 2 a fs. 44; que no obstante lo anterior el 13 de octubre solicita anticipos para continuar la gestión, y que el 18 de octubre el Consorcio le puso término al contrato para el 31 de octubre de 2000 (de acuerdo al contrato el plazo vencía el 5 de octubre), lo que fue tácitamente aceptado por la subcontratista que trabajó hasta esa fecha.
  16. Reembolso de gastos generales por los incumplimientos del Consorcio. Realiza el actor cálculos aritméticos para señalar los gastos generales reales y cuáles son los que efectivamente fueron amortizados, y concluye que se le adeuda la diferencia a título de compensación, la que calcula en \$ 42.950.932.
  17. Cambio de eje de las obras de arte. El daño por lo que hubo que abandonar y rehacer lo estima en \$ 316.355.
  18. Abandono de la obra de arte 52. Se ordenó abandonarla estando en parte construida. Perjuicio se evalúa en \$ 9.555.614.
  19. Reparación de obras de arte 36, 37, 38, 52 dañados por temporal. El monto del gasto se estima en \$ 1.786.792.
  20. Reparación de obra de arte 52 dañada por lluvia el día 19 de septiembre. La contratista no hizo los desvíos que evitaran los daños de las lluvias. Se trata de nuevos daños por las lluvias de ese día, la reparación costó \$ 473.837.
  21. Obra extraordinaria para reparar obra de arte 52 siniestrada por impacto de bulldozer. Costo \$ 744.565.
  22. Mayor costo por paralización de excavadora, por falta de demarcación de obras de arte 65, 72 y 74a. Consorcio no demarcó obras citadas. Se hizo denuncia en libro de obras desde el 28 de mayo. Demarcación se hizo el 14 de junio, entre otros daños se paralizó la excavadora por 90 horas. El daño lo estima en \$ 1.575.000.
  23. Abandono obra de arte 59 A. La orden de abandono se produjo después de 35 m<sup>3</sup> excavados y 6 horas diarias de excavadora, por traslado y reasignación de trabajos, esto es, dos días de inactividad.  

El daño se evalúa en \$ 258.370.
  24. Costo adicional por error topográfico. En la obra 61 error topográfico del Consorcio significó mayor excavación, mayor relleno y un costo adicional de \$ 287.269.
  25. Reajuste de insumos. Costo de petróleo, bencina y fierro fueron reajustados por el MOP durante el contrato. Constructora ZZZ cobró al subcontratista esos insumos con el alza que tuvieron, sin trasladarle en la parte que le correspondía el monto del reajuste pagado por el MOP. Que hubo enriquecimiento sin causa a favor de la demandada. La diferencia a favor del demandante que se cobra es de \$ 3.826.758
  26. Reembolso del descuento indebido de cemento y fierro. El Consorcio descontó al subcontratista el total del fierro y cemento comprados para las obras de arte proyectadas y convenidas originalmente. Como no se ejecutaron todas quedó en bodegas de la demandada ese fierro y cemento comprados, no utilizados por el subcontratista y usados posteriormente por la demandada. El monto a devolver asciende a \$ 4.583.013.
  27. Subutilización de equipos. Al ejecutar sólo una parte del contrato por incumplimiento de la demandada se subutilizaron equipos por un monto valorizado en \$ 1.695.999.
  28. Pérdida de material por inundaciones pagadas al Consorcio por la compañía de seguros. Daños por lluvias del 24 de junio fueron reembolsados al Consorcio por el pago pertinente de los seguros contratados. Se

perdió grava, arena, bolones y material para suelo cemento. Dinero recuperado por Consorcio no fue trasladado al subcontratista. Cobra por lo perdido \$ 10.367.500.

29. Costo por provisión de agua y paralización del personal por falta de agua. Demandante tuvo que transportar agua en turnos de noche y debió paralizar personal durante algunos días por falta de agua. Mayores costos se tasan en \$ 3.686.616.
30. Costos por paralización del personal de obras por falta de frentes de trabajo. En cierto momento contaba con un solo frente de trabajo y tuvo que paralizar alrededor de 50 personas. Esto significó \$ 3.411.842.
31. Reembolso de retenciones del contrato de ejecuciones de obras de arte. De cada estado de pago la mandante podía retener 5%. Se deben las retenciones de los estados de pago 1, 2, 3 y 4 que suman \$ 4.372.856.
32. Cobro de la obra ejecutada según estado de pago 5. Monto asciende a \$ 14.165.457.
33. Obra extraordinaria por suministro de energía eléctrica. Incumplimiento del Consorcio obligó durante meses a instalar grupos generadores con un costo de \$ 10.521.396.
34. Pago de obras extraordinarias. La demandante cobra la ejecución de las siguientes obras extraordinarias que imputa a la demandada.
  - 34.1 Ejecución de desvíos, bypass y accesos de 15 obras de arte. El costo es de \$ 11.888.167.
  - 34.2. Suministro de moldajes de madera. Consorcio no proveyó moldajes que se explicitan en la demanda relativos a 34 obras de arte. Demandante debió hacerlos de madera por un costo de \$ 4.346.781.
  - 34.3 Preparación de hormigón con hormigonera manual proporcionada por el Consorcio. Costo extra significó \$ 160.941.
  - 34.4 Reemplazo de relleno estructural por suelo cemento. Por mala calidad del material del empréstito ubicado en el estero Quelón para hacer los rellenos estructurales, la demandada dispuso que se reemplazara ese material por otro proveniente del empréstito L.P. reforzado con un 3% de cemento. El Consorcio aportó durante un tiempo las máquinas para el efecto, lo que más tarde no hace y se incurre por parte de éste en diversas anomalías explicitadas largamente en la demanda y anotadas en el libro de obras.  
  
La suma de los costos extraordinarios en que la subcontratista aduce incurrió ascienden a \$ 28.745.451.
  - 34.5. Descarga de tubos. El Consorcio estaba obligado a suministrar los tubos de hormigón de base plana para las obras de arte y entregarlo al pie de obra. Solicitó a la demandante el carguío, transporte a terreno y descarga de tubos desde su patio hasta cada obra de arte. Este trabajo extraordinario significó \$ 4.366.097.
  - 34.6. Obra adicional por transporte de tubos. Consorcio instruyó a subcontra-tista transportar tubos a obra 39A con un costo adicional de \$ 528.198.
  - 34.7 Reparación de obras de arte siniestradas. Temporales entre el 9 y 20 de septiembre dañaron obras en proceso de construcción, la más dañada fue la 45. La subcontratista hizo las reparaciones y se hizo por orden expresa de Constructora ZZZ, después de la ejecución de ciertas obras que esta empresa realizaba en el mismo lugar. Valor a reembolsar asciende a \$ 5.025.694.
  - 34.8 Construcción de accesos mediante arriendo de un cargador frontal. Consorcio no construyó accesos y demandante arrendó cargador frontal con ese objeto. El costo fue de \$ 1.910.695.
  - 34.9 Excavación en terraplén. El Consorcio construyó terraplenes para la plataforma del camino que sepultaron el emplazamiento de las obras de arte 53, 54, 54A 55, 56, 59, 61, 62, 64, 65A 66, 67 y 68. Subcontratista tuvo que excavar dentro del terraplén con un costo de \$ 1.592.067.
  - 34.10 Construcción desvíos obra de arte 52. El desvío de esta obra lo construyó la subcontratista, no obstante era obligación del Consorcio. El costo fue de \$ 1.437.933.

35. Lucro cesante. La subcontratista cobra por concepto de lucro cesante la ganancia esperada si se hubiese cumplido la totalidad del contrato, lo que según ella, no ocurrió por los incumplimientos de la demandada. Lo estima en el 6,23% del monto de las obras de arte no realizadas por ella, lo que asciende a \$ 8.638.972, sin perjuicio de los gastos generales cobrados también en la demanda.
36. Reinstalación de planta de ripio y arena en kilómetro 29.000. La maquinaria de la subcontratista estuvo paralizada desde el 4 de mayo hasta el 23 del mismo mes por el cambio que dispuso el Consorcio de la planta de ripio y arena desde su lugar inicial frente al kilómetro 27.300 a otro frente al kilómetro 29.000 del camino. Ello porque el primer pozo era estéril. Todo ello se debió a la imprevisión del Consorcio. Los mayores costos fueron de \$ 6.504.592.
37. La señora XXX cobra también daño moral que considera debe ser no inferior a \$ 63.000.000, esto es, un tercio de la cuantía del daño económico que ella estima le ha causado la demandada.

**B. Contestaciones de la demandada.**

1. Desde un inicio se designó a don M.Q. en calidad de coordinador. El señor P.M. se designó para organizar las operaciones del subcontratista, debido a su reiterado desorden.
2. En la oficina de topografía estaban los planos a disposición de la subcontratista, formaban parte del contrato, las citas del libro de obras dan cuenta de aclaraciones a los planos. Si el MOP resolvía sobre aspectos técnicos respecto de algunas obras, había otras que podían ejecutarse.
3. Era obligación de la demandante emplazar las obras. Para superar la ineficiencia de ella la Constructora ZZZ prestó apoyo topográfico. Hubo cambios hechos por la ITO y mientras se hacían algunos, había frentes de trabajo donde actuar.
4. La ITO hizo cambios, por ello el contrato es a precios unitarios. El contrato permitía eso. Además había frentes de trabajo.
5. Siempre había frentes de trabajo disponibles. Refuta cada caso, además.
6. No era obligación del Consorcio entregar los emplazamientos, que no se pactó y además la subcontratista no tenía capacidad para hacerlas.
7. El Consorcio asumió las excavaciones porque la subcontratista no era capaz de realizar esas labores. Explica por qué no se hicieron algunas.
8. No era obligación contractual que la Constructora ZZZ entregara los tubos a la actora. El testigo J.C. reconoció que la demandada se atrasó en la entrega de los tubos, incluso indicó el número de días.
9. Constructora ZZZ para agilizar las obras asumió la compra del fierro por cuenta de la demandante. Ésta se demoraba en entregar las solicitudes. Problema fue el desorden de administración de la subcontratista.
10. No era obligación contractual prestar el servicio de laboratorio a la actora. La producción de áridos se inició el 18 de mayo (fs. 7 del libro de obras). El 12 de junio se presentó la dosificación a la ITO y fue aprobada por ésta. Alega que los plazos son normales en este tipo de obras y que la petición del 18 de julio fue respondida el 22 del mismo mes.
11. No era obligación del Consorcio proporcionar el moldaje. Que es falso la estimación de 800 m<sup>3</sup>. Y que la exposición de los hechos no se condicen con la naturaleza de las obras contratadas y obligaciones asumidas por las partes.
12. Reconoce atraso en entrega de esa máquina. Agrega que empleo de betonera es factible y es el método más utilizado. Empleo de esta última no justifica atrasos de subcontratista.
13. Reconoce que es obligación de la demandada, pero que la actora nunca solicitó dicho servicio. Se proporcionó para el campamento y también luminarias para trabajos nocturnos.
14. No era obligación del Consorcio. No obstante se proporcionó camión aljibe. Este suministro no ha sido pagado por la demandante y lo debe a la fecha.

15. La demandada reitera los efectos de la renuncia, aduce que pagó a la subcontratista la totalidad de los trabajos efectivamente ejecutados por ella.
16. Que no procede al reembolso porque el atraso es atribuible al subcontratista y no hubo incumplimientos de parte del contratista. Que, sin embargo, los cálculos están mal hechos porque el monto del contrato habría sido de haberse terminado todas las obras \$ 208.927.431 más IVA. Que el porcentaje de gastos generales en este tipo de contratos no debiera exceder el 12% según el Reglamento de Contratos para Obras Públicas.
17. No hubo incumplimiento de la contratante; el MOP estaba facultado para introducir modificaciones y se pagó la totalidad de las obras efectuadas.
18. Por el concepto de precios unitarios toda obra ejecutada se paga si el error no es causado por el subcontratista. No corresponde pago de gastos generales porque el personal se destinó a otros frentes de trabajo.
19. Es responsabilidad del subcontratista preservar las obras frente a inclemencias climáticas según bases del contrato, cláusula 1 anexo 2.
20. Aduce lo indicado en el punto anterior.
21. El daño fue compensado con el pago del total del hormigón de la obra, descontadas las alas.
22. Que la excavadora estuvo mal programada y sobredimensionada. Se refiere además a una compra de equipamiento.
23. La obra fue suprimida por el MOP en uso de sus atribuciones conocidas de las partes y expresadas en el contrato.
24. No corresponde compensación porque la excavación y demarcación de las obras eran de responsabilidad del subcontratista.
25. En la cláusula 8 del contrato quedó especialmente estipulado que los precios unitarios pactados no se reajustarán.
26. Que sólo se descontó lo entregado y recibido.
27. Que la subutilización de equipos fue decisión voluntaria del demandante. No puede cobrar horas de máquinas no ejecutadas; no procede en contrato de precios unitarios. Contrato no fue terminado por ineficiencia de la actora.
28. Que se trató de ineficiencia del subcontratista. No se recibió pago alguno por ninguna aseguradora por esos conceptos.
29. Consorcio no estaba obligado a proveer agua, no obstante proveyó un camión aljibe con agua.
30. No es efectivo que demandante no contó con los frentes de trabajo. Es responsabilidad de la actora dimensionar sus recursos.
31. En la liquidación final se consigna devolución de la retención y por los cargos que se hacen hay un saldo en contra de la demandante. Ésta no se presentó a retirar la liquidación en la obra a pesar de habérsela requerido para ello.
32. Demandada se remite a lo dicho en el punto precedente.
33. Consorcio aportó energía eléctrica pedida en bodega y faenas. En otros lugares de trabajo no se hizo la prestación porque no fue solicitada.
34. En cuanto a los cobros por trabajos extraordinarios, la demandada expuso que:
  - 34.1. No hubo autorización.
  - 34.2. Subcontratista no pidió autorización para esos trabajos extraordinarios; suministro de moldajes no correspondían al Consorcio. Con todo éste aportó algunos que tenía.

- 34.3. La demandada expresamente dice que “La demandante no solicitó autorización de mi representada para realizar estos supuestos trabajos extraordinarios, y por tanto sólo aquélla debe responder de los supuestos perjuicios demandados”.
- 34.4. No pidió autorización; que no instruyó para uso del estero Quelón; que es responsabilidad del subcontratista de dónde obtener los áridos; que las constancias en el libro de obras no son un reclamo, sino una opinión; que el uso de suelo cemento no fue autorizado; que el uso de suelo cemento abarata el trabajo.
- 34.5. La subcontratista no pidió autorización.
- 34.6. No solicitó autorización.
- 34.7. Demandante no pidió autorización; no es responsabilidad del Consorcio la construcción de bypass ni de los accesos. Demandante nunca efectuó las reparaciones a pesar de pedírselas el Consorcio por escrito.
- 34.8. Subcontratista no pidió autorización y por tanto ella debe responder de los supuestos perjuicios.
- 34.9. Subcontratista no pidió autorización. Además no es efectivo que se cubrieran los sectores de obras de arte con terraplén.
- 34.10. No pidió autorización la subcontratista, además ésta “nunca realizó desvío alguno ya que no fueron necesarios”.
35. Respecto del lucro cesante responde que no hubo incumplimiento por el Consorcio, el incumplimiento fue del demandante los que expresa en “bajos rendimientos de construcción” y “falta de experiencia”.
36. En cuanto a la reinstalación de la planta de ripio y arena, niega todo lo aseverado por la demandante. La producción de ripio y arena es de cargo del subcontratista de acuerdo al contrato; los permisos que requería obtener para explotación y manejo de los pozos para producir materiales el Consorcio estuvieron siempre al día y respecto de más lugares que los posibles de explotar de parte de la actora; que no hubo instrucción para instalarse en el kilómetro 27.300 el día 4 de mayo; tampoco es efectivo que se instruyera la ubicación de la planta en el kilómetro 29.000 y que fue la demandante la que informó que se instalaría en ese lugar; el Consorcio nunca resolvió cambios, porque la ubicación de la planta no es de su responsabilidad, sino que de la subcontratista.
37. En lo que se refiere al cobro por daño moral, la Constructora ZZZ lo rechaza en cuanto a su procedencia porque la misma demandante sería la responsable de sus propios incumplimientos, y respecto del monto pedido porque la demandante lo calcula sobre la base de los perjuicios económicos y se trata de perjuicios de naturaleza diferente.

### C. Reconvención de la demandada

1. Gastos por concepto de finiquitos laborales y cotizaciones previsionales. Aduce la Constructora que por el abandono que el subcontratista hizo de la obra debió pagar las remuneraciones e indemnizaciones y cotizaciones previsionales del personal adeudadas por ésta, lo que sumó \$ 17.025.896, y que se trata de un daño emergente y que debe ser indemnizado.
2. Gastos por concepto de anticipos. Que la subcontratista solicitó un anticipo de \$ 15.100.000, monto que debe ser restituido por concepto de daño emergente.
3. Gastos por concepto de utilización de maquinaria propia de la contratista. El Consorcio aportó maquinaria propia o arrendada para trabajos de la contratista que sumaron \$ 28.764.200 que deben ser indemnizados.
4. Gastos por concepto de materiales, combustibles, cemento, fierro y demás elementos que debían ser asumidos por la subcontratista. Por esos conceptos la subcontratista debe \$ 8.577.865, cifra que se desprende del estado de cobro del mes de octubre.
5. Gastos por concepto de contratación de jefe de obra, señor P.M. Que por la desorganización de la subcontratista, el coordinador M.Q. dispuso que el señor P.M. asumiera como jefe de obras y organizara las operaciones. Significó un costo de \$ 498.525 más IVA.
6. Costos de topografía y laboratorio. Que el Consorcio no contrajo la obligación de entregar topografía ni asistencia de laboratorio; que por el desorden de la subcontratista prestó esos servicios a cargo de ésta con un costo de \$ 8.350.000 más IVA.
7. Moldaje, arriendo y cobro por pérdidas. Que no era obligación de la Constructora ZZZ entregar moldajes para hormigón; que el desorden de la subcontratista motivó realizar ese aporte y a petición expresa de la subcontratista; que procede el reembolso de esos gastos ascendentes a \$ 13.323.893 más IVA.
8. Reparación de obra de Arte 45. Que como se dijo en contestación a la demanda, Consorcio asumió gastos por esa obra de arte siniestrada. Sumaron \$ 5.025.694 más IVA.

**D. Contestación del demandante a la reconvencción.**

1. La demandada reconvenicional, esto es la señora XXX, indica que no hizo abandono de sus trabajadores, que el Consorcio optó por terminar el contrato el día 31 de octubre de 2000 y que ella mantuvo a su personal hasta el día 28 de octubre, fecha que coincidía con la bajada del turno de trabajo correspondiente; que en ese mes de octubre ella debía presentar el estado de pago N° 5 que alcanzó a \$ 14.165.457 y que autorizó al Consorcio para que pagara directamente el 29 de octubre las remuneraciones y finiquitos del personal con cargo a sus créditos, lo que efectivamente ocurrió; todo ello sin perjuicio de las sumas mayores que dice el Consorcio le adeuda.
2. El anticipo se refirió tanto al contrato de ejecución de obras de arte como al de producción de áridos; el 60,78% es imputable al primero, por lo que se debe considerar solamente \$ 9.177.780; que el anticipo se hizo a sabiendas que los créditos de la subcontratista eran superiores a ese monto.
3. La Constructora estaba obligada por la cotización 812 que es parte del contrato, a aportar de su cargo maquinarias; el subcontratista no las requirió en la condición de asumir su costo; el Consorcio no desconoció su obligación de estos aportes y nunca manifestó intención de cobrarlos; jamás incluyó en sus estados de cobros mensuales ningún cargo por aporte de maquinarias.
4. Que esos rubros fueron descontados del estado de pago N° 4 por lo que no se puede cobrar nuevamente.
5. Que el señor P.M. fue designado como coordinador; que era una obligación del Consorcio haberlo designado desde el inicio del contrato; que se designó muy tarde, lo que confirma el incumplimiento de la Constructora.
6. Que la topografía y laboratorio eran obligaciones de la Constructora ZZZ por lo establecido en la cotización 812, parte integrante del contrato; que el Consorcio en ningún estado de pago desconoció esa obligación contractual; que jamás manifestó intención de cobrar; que es costumbre que esos servicios los asuma el contratista por sus necesidades de control.
7. Que era obligación de la Constructora ZZZ (cot. 812); que nunca desconoció esa obligación la Constructora ni las incluyó en los estados de pago.
8. Cot. 812 establece aporte de Constructora ZZZ de bypass en caso de ser necesario. Esa empresa no realizó las obras y que las reparaciones las hizo la subcontratista.

La demandante pide finalmente la resolución del contrato y la indemnización de los perjuicios que estima en \$ 253.331.259, incluyendo en ello el daño moral, más los intereses corrientes con costas.

La demandada rechaza la demanda con costas y en subsidio opone excepción de compensación por la cantidad de \$ 183.476.726 que dice le adeuda la actora, más IVA, reajustes, intereses y costas.

La Constructora en su demanda reconvenicional cobra \$ 96.666.073 por concepto de perjuicios, más IVA, reajustes, intereses y costas, lo que la señora XXX rechaza con costas.

**PRUEBA.**

Las partes acompañaron documentos y presentaron testigos. Respecto de los primeros la demandada objetó los acompañados por la demandante con el número 20 y que titula "Listado de anexos correspondientes a los rubros demandados".

También objetó las fotografías que el testigo I.E.G.C. declaró haberlas sacado él mismo.

Se rechazan las objeciones sin perjuicio del valor probatorio que se les asignará, teniendo en cuenta que la demandada no reconoce esos documentos.

Los otros documentos acompañados y no objetados se tienen por reconocidos no obstante el valor probatorio que deberá asignárseles según la prudencia y la sana crítica. Son cuatro archivadores con cartas, actas, anotaciones, etc., y además 4 libros de obras.

En cuanto a los testigos se rechaza la tacha a C.D.G.L. porque a la fecha de su testimonio no tiene vínculo laboral con quien lo presentó y trabaja en un sector desde donde no se crean vínculos de reciprocidad entre

ellos.

Se acepta la tacha de los testigos P.M. y J.C. en atención a que mantienen vínculos de confianza y reciprocidad con las personas que conforman las gerencias de las empresas que conforman un grupo empresarial que incluye a la que los presenta como testigos. Con todo, en atención a que este Árbitro actúa como Arbitrador y no está sujeto a los rigores que en materia de prueba establece la ley, tendrá en cuenta las declaraciones de ambos testigos y las ponderará con las otras pruebas rendidas para dar por establecidos los hechos discutidos en autos.

#### CONSIDERANDOS Y RESOLUCIONES.

1. Las partes acompañaron libros de obras, actas de reuniones, cartas, facturas, antecedentes de la licitación, y otros documentos para confirmar sus aseveraciones y reconstruir lo ocurrido en las faenas durante el período de duración del subcontrato; también presentaron testigos y hubo reuniones del Árbitro con la participación conjunta del señor J.C., gerente que tuvo a su cargo por parte de la Constructora ZZZ la construcción y mejoramiento del camino A.L.P., que también compareció como testigo; con el señor M.O., administrador de la subcontratista, y los abogados de las partes, con el objeto de precisar y esclarecer en lo posible ciertos hechos.
2. En síntesis la subcontratista demandante imputa a la contratista demoras e incumplimiento de obligaciones que eran condiciones necesarias para la construcción de las obras de arte, y que debió asumir ciertos deberes que no eran de su obligación; y la contratista manifiesta que según el contrato ella no tenía esos compromisos, que hay un proceso natural de instalación de actividades y que fundamentalmente la demandante tuvo un comportamiento ineficiente y desordenado.

En lo enunciativo de este fallo está la síntesis de todas las acusaciones y defensas y de ellas emana una muy diferente visión de las partes respecto de lo ocurrido, por lo que deberemos estar a los hechos (en lo que sea posible tener por ciertos) y a sus consecuencias.

Antes de resolver cada caso es necesario establecer el criterio que se usará para interpretar y resolver algunos asuntos respecto de los cuales los argumentos de demanda y defensa son recurrentes.

De acuerdo al concepto de precios unitarios el precio fijado para cada rubro que compone la obra comprende todo aquello que sea necesario para poderla ejecutar.

En este caso las partes pactaron excepciones estableciendo que era de cargo del contratista suministrar o realizar determinadas cosas destinadas a la construcción de las obras de arte, las que de acuerdo al concepto de precios unitarios, fijado por el MOP, habrían sido de cargo de la subcontratista si no se pacta esa excepción. Los rubros excepcionados están en el contrato y en un listado de la cotización 812 que forma parte de aquél. El problema es que ambos listados no son iguales, y a que en los hechos se operó en varios rubros al margen de esos documentos; en efecto, una y otra parte hicieron labores que según sus propias maneras de interpretar lo pactado, no debieron haber realizado y también hay casos respecto de una de las partes que reconoce en sus escritos como deberes propios lo que según los textos citados no era de su obligación.

De lo expuesto resulta necesario fijar desde ya los criterios para resolver lo que eran obligaciones de las partes en cuanto a suministros y ciertas labores.

- a. En caso de duda se estará en primer lugar a la manera de cómo se ejecutó el contrato, estando a que es obligación de la parte lo que materialmente ejecutó o suministró.
 

dispuesto en el texto del contrato, ya sea en el mismo o en relación con la cotización 812, cuando proceda. Si hay discrepancia entre el contrato y la cotización se estará al texto del contrato porque así lo dispone la parte final de su cláusula 1. La palabra discrepancia se ha interpretado de la manera como lo hace el diccionario de la Real Academia Española, que al efecto dice, en su primera acepción, que discrepar es "desdecir una cosa de otra, diferenciarse, ser desigual".
  - c. Cuando de acuerdo a los textos no es una obligación de la parte, pero ésta la ha reconocido como propia, se estará a este reconocimiento.
3. Se discute si hubo o no respecto de la Constructora ZZZ, retraso en designar un coordinador para la adecuada ejecución de las obras subcontratadas, la demandada dice que el coordinador fue don M.Q. que estuvo desde el inicio a cargo de las faenas, y la demandante que fue don P.M. y que asumió como tal el 27 de septiembre.

En los libros de obras consta que desde el inicio de ellos, esto es el 3 de mayo, hasta el 27 de septiembre, sólo hay anotaciones de la subcontratista, las cuales dan cuenta de peticiones y reclamos por la falta de entrega de algún antecedente o la no ocurrencia de algún hecho que eran condiciones necesarias para la realización del trabajo asumido. Los apuntes por parte de la contratista comienzan a partir del 27 de septiembre y fueron efectuados por el señor P.M., que al firmar dejaba constancia de su función de coordinador.

Está reconocido que fue modificado el programa de trabajo o Carta Gantt que formaba parte del contrato. Emanaba de los antecedentes recogidos que la ejecución de las obras de arte se inició sin un nuevo programa completo, sino que los trabajos se hacían a medida que se adaptaban los planos a la realidad del terreno y fuera así posible estacar o emplazar la obra de arte a construir. Existen anotaciones en los libros por parte de la subcontratista solicitando un programa que no fue respondido en los mismos citados libros.

El gerente de la demandada justifica el cambio de programa y las demoras porque es sabido que la iniciación de una obra pública lleva un tiempo de preparación para que se puedan realizar las obras particulares que ella comprenda, en este caso las obras de arte subcontratadas. Esa explicación es incompatible con la fecha fijada para la iniciación del subcontrato y con lo que la misma demandada ha hecho presente al Árbitro en el sentido que la Constructora es y está ligada a empresas de envergadura con experiencia internacional y altamente calificada por su calidad de administración. A ese nivel empresarial es razonable pedirle como algo natural que su programa de trabajo sea coincidente con la posibilidad de ejecución de los subcontratos que suscribe.

Por carta del 15 de junio la contratista comunica a la subcontratista que se les ha notificado la entrega de la totalidad de las obras de arte entre la N° 60 y 73, esto es, a un mes y siete días de iniciado el contrato.

Debe destacarse que según las anotaciones en los libros varias de esas obras se habían iniciado antes de esa fecha y tuvieron que ser paralizadas por errores de emplazamiento que fueron hechos por la demandada.

El 9 de junio, esto es, casi un mes después de la fecha de la carta anteriormente citada, XXX envió al Consorcio otra manifestando que lleva un mes con sus equipos sin poder trabajar y que no se ha logrado avances reales en las obras, lo que le ha significado un alto costo de financiamiento que solamente podrá recuperar con el avance en la ejecución de las obras y solicita un anticipo. Y el 27 de julio envía otra carta en la que pide "encarecidamente" se le autorice "un avance mínimo de obras" que le permita recibir un ingreso de caja para el 15 de agosto por \$ 16.000.000 para equilibrar el flujo de caja.

A las cartas citadas anteriormente se suman las anotaciones en los libros sin respuesta de la contratista.

La demandada alega que mientras se realizaban las labores preparatorias referidas, habían otros frentes de trabajo en los cuales la subcontratista hubiera podido actuar; sin embargo no consta de los antecedentes de autos que esos frentes existieran y al contrario, al tenor de la carta del 15 de junio se desprende que recién en esa fecha se inician las posibilidades reales de hacer obras de arte.

Para hacer movimientos de tierra la Contratista ordena el 28 de agosto paralizar las obras que se construyen entre determinados kilómetros, lo que deja en evidencia la falta de visión de conjunto que permitiera establecer un orden que mantenga las actividades ejecutándose en una debida correlación que permita organizar personal y equipos.

El gerente señor J.C. manifestó que en este tipo de obras públicas pasado un tiempo se producen las claridades para la realización de labores como las subcontratadas. Esto se contradice con la elaboración de un cronograma de ejecución de obras de arte, que forma parte del contrato, y que se tiene como factible a la suscripción del mismo. Ese cronograma o Carta Gantt tendría que haber sido diferente y contemplar esos períodos o simplemente no haberse elaborado y haberse estatuido que las cosas ocurrirían de otra manera.

La facultad contractual del contratista para modificar el programa de trabajo no puede llegar al extremo de llevar al subcontratista de un lugar a otro dificultándole la organización de su personal y equipos y disminuyendo el rendimiento o productividad.

El testigo P.R., que fue el administrador del subcontrato de minería que tuvo coetáneamente la Constructora ZZZ, declara que asistía a las mismas reuniones con los otros subcontratistas y la Constructora y dice

que “Del desarrollo de las reuniones era constante en cada reunión la presentación de reclamos por parte de T., por el incumplimiento de la entrega de suministros y de los acuerdos adoptados en las reuniones” y se refiere a casos concretos. Más adelante dice que “Se intentó buscar una solución para atacar el problema de las obras de arte, solicitando a T. un programa detallado de trabajo para ir logrando las aprobaciones y definiciones necesarias para poder ejecutar las obras y así ordenar el avance en la construcción de ellas, pero a pesar de entregar el programa las descoordinaciones e indefiniciones se mantuvieron”. Luego de referirse a aspectos puntuales dice que “Respecto de lo demás se daban las instrucciones a los responsables, me refiero a jefe de terreno, jefe de topografía, jefe de laboratorio para que atendieran las necesidades solicitadas por T., pero solamente algunas eran atendidas por lo que en la reunión siguiente se volvían a tratar los mismos temas”.

Se desprende de los antecedentes de autos que durante un largo período hubo carencia de una adecuada coordinación, independientemente de si había o no una persona asignada con el título pertinente.

Este tema envuelve el de los casos concretos que tendrán que ser tratados en los próximos considerandos a propósito de los reclamos puntuales que requieren un pronunciamiento.

La demandada alega que fue la subcontratista la ineficiente y desorganizada y ello es la causa de sus propios problemas. Como se dijo en el Considerando 2 frente a las recíprocas descalificaciones de las partes, no queda otra alternativa que estar a los hechos que dan cuenta los antecedentes de autos. Las obligaciones que emanan de los precios unitarios fueron alteradas por el pacto que estableció obligaciones específicas para la contratista que, naturalmente, según ese sistema de precios no le habrían correspondido; de ello derivaron problemas de interpretación que se acentuaron por la manera como se ejecutaron una serie de funciones. Se entregaron tubos con atraso, maquinarias sin capacidad de funcionamiento y otras cosas por el estilo ocurrieron. Para evitar los males de todo ello era necesario una muy buena coordinación.

De los antecedentes del expediente destaca la omisión de la contratista de haber expresado en el momento oportuno el porqué no daba satisfacción a lo reclamado o pedido por la subcontratista, o de haberse excusado porque estimaba no estar obligada.

También destaca lo dicho más arriba sobre las paralizaciones y cambios de lugares de trabajo por las consecuencias ya anotadas. Se trata de omisiones y acciones de quien tiene la visión y la conducción del todo de la obra pública en la cual están insertas las obras de arte subcontratadas.

De la falta de coordinación durante gran parte del tiempo emana que el contratista no tuvo la debida diligencia en relación con los trabajos por hacer de la subcontratista. La demandada no podía, en un plano de elemental colaboración, dejar de considerar que si no había avances en la obra el subcon- tratista no podía cobrar y percibir dineros y por ende necesariamente tendría problemas financieros. Si hubiera habido un real espíritu de colaboración, que incluye una coordinación, debió haberse evitado lo expuesto y haber elaborado un nuevo programa de trabajo o Carta Gantt tan pronto como la del contrato se dejó sin aplicación.

Por lo expuesto y otros asuntos que deberán mencionarse más adelante, es irrelevante discutir si M.Q. o P.M. era el titular del cargo de coordinador. Lo que importa es que hubo un largo período en que las faenas funcionaron a descompás, que no hubo respuestas de la contratista a los reclamos de la subcontratista anotados en los libros, y que el desencuentro por los problemas habidos a tanto llegó que se discutió el término anticipado del contrato, y ambas partes reconocen que los trabajos se llevaron de mejor manera cuando asume el señor P.M., ya muy al final del plazo contratado.

Como conclusión de lo expuesto, este Árbitro resuelve que hubo negligencia por parte de la demandada respecto de la coordinación a que el contrato la obligaba, hasta la asunción del señor P.M.

4. En cuanto a la excepción de renuncia que hizo la demandante al “cobro de cualquier valor por concepto de lucro cesante, indemnizaciones u otros que hayan sido motivados por cualquier situación anterior” a la fecha de la carta en que consta la citada renuncia, esto es el 27 de junio de 2000, consta de autos y de la carta misma que esa renuncia es parte del acuerdo a que los contratantes llegaron cuando en esa época discutieron sobre la terminación anticipada del contrato. En ella se expresa que resolvieron continuar con él, y que la contratista debía corregir y superar los problemas que dieron lugar a los reclamos de la subcontratista y también, según se lee en esa misma carta, se aseguraba a aquélla “la ejecución como mínimo de los valores estimados en el contrato original”. Si los problemas continuaron y la contratista decidió unilateralmente poner término al contrato, dejaron de existir las razones de la renuncia, esto es, las condiciones que a ella dieron lugar, por lo que ha perdido valor y por ende se rechaza la excepción citada.

5. Respecto a las demoras en la entrega de planos definitivos y de los emplazamientos de las obras de arte, la demandada aduce que no eran de su obligación y también atribuye estas demoras a la ITO. Sobre este particular hay una contradicción de argumentos, porque si no era obligación de la demandada no tiene importancia oponer como excepción la demora de la ITO. La topografía aparece en el listado de la cotización 812 como suministro del contratista, y la demandada discute su valor por lo del texto del contrato. La subcontratista reclama en los libros de obra la no entrega oportuna de los emplazamientos y demarcaciones y la contratista omitió manifestar lo que ahora alega, es decir, que no era su obligación, y ese trabajo no fue descontado en los estados de pago.

Con todo, está reconocido que la Constructora ZZZ hizo materialmente los planos de adaptación y los emplazamientos de todas las obras. Por lo que de acuerdo a lo expresado en el Considerando 2 se estará a que era una de sus obligaciones.

A lo anterior debe agregarse que el testigo A.Z. declara que los planos definitivos se hicieron en junio cuando empezaron todos los trabajos de las obras de arte; declaración coincidente con la carta mencionada en el Considerando 3, por lo que debemos concluir que hubo por parte de la demandada un retraso en el cumplimiento de una función que es condición necesaria para la realización de los trabajos encomendados a la señora XXX.

6. Hubo cambios de emplazamientos en obras ya iniciadas y a este respecto la demandada expone que no hubo perjuicio a la demandante por tratarse de un contrato a precios unitarios. Lo mismo ocurre respecto de ciertos trabajos que hubo que repetir o rehacer. Con todo, está reconocido en la reunión especial que hubo con las partes que, salvo lo que se dirá más adelante respecto de la obra 52, no fueron pagados y por consiguiente debemos concluir que de ello derivó un trabajo adicional a la subcontratista por el cual no tuvo remuneración.

Según lo concluido en el Considerando 5 los emplazamientos eran obligación del contratista y si el MOP no pagó los trabajos hechos que hubo que rehacer o repetir porque se debieron a errores de los planos de adaptación a la realidad del terreno, o del estacado, no podía aquélla trasladar su propio error al subcontratista.

No debió haberse esgrimido el argumento de los precios unitarios, destinado a hacer ver que no hubo perjuicios para la demandante, si se sabía que las obras a que se refiere este considerando no se pagaron.

El hecho central del asunto es si la demandante recibió o no remuneración por esas labores que hubo que rehacer o repetir y tiene derecho a ser por ello indemnizada.

7. El 28 de agosto la demandada ordenó paralizar obras en ejecución entre determinados kilómetros, y en la misma carta señala que ello es por razones de movimiento de tierras, y dispone que mientras tanto la subcontratista realice otros trabajos. No consta, como alega la demandada que esa paralización se haya debido por instrucciones de la ITO. Y en todo caso debe tenerse permanentemente en cuenta que es la contratista la que tiene la visión global de la obra y la que está en condiciones de organizar y disponer lo conveniente a la fluidez de los trabajos; la paralización dispuesta implica una complicación negligente en la organización de las funciones del subcontratista. Pierde relevancia el argumento de que había otros puntos de trabajo, independientemente de si los hubiera habido o no.
8. En cuanto al retraso en la entrega del emplazamiento de 24 obras de arte, la constatación de este hecho se hace el 31 de octubre, esto es, a la fecha de término fijada por la Constructora ZZZ que fue tácitamente aceptada por la demandante. Si ésta no iba a continuar en las faenas resulta irrelevante la reclamación de que esos emplazamientos no estuvieran entregados.
9. Respecto de las excavaciones para iniciar las obras de arte, ambas partes entienden que era obligación de la subcontratista hacerlas, pero que la demandada asumió ejecutarlas de su propia iniciativa. El entredicho en esta materia consiste en la fecha desde la cual tomó la contratista la decisión de ejecutarlas ella. La demandante manifiesta que el 4 de mayo, esto es, antes que debieran iniciarse las faenas y la demandada dice que ello ocurrió el 29 de agosto.

Ésta agrega que a pesar de que ella no pidió este cambio de obligaciones contractuales, en varias ocasiones no le quedó otra alternativa que hacer ese trabajo por omisión de la contratista.

En la página 3 del libro oficial interno hay una anotación de T. (la demandante) a S.SA. (la demandada) del 4 de mayo que dice "Además de lo anterior, se nos indicó que ustedes realizarían el ítem 202-1

excavación para drenajes y estructuras, para así ustedes aprovechar sus equipos que avanzarían con la excavación T.C.N. y ejecución de acceso a obras de arte”.

En el acta de la reunión de coordinación N° 11 del 29 de agosto se lee “Se entrega programa septiembre, y se indica que a contar de hoy las excavaciones a cota de emplantillado las realizará Constructora ZZZ”.

En el libro interno, a fs. 8, hay una anotación de T. a S.SA. del 23 de mayo que tiene como referencia “Programación obras de arte”. En ella se reitera una anotación anterior sobre necesidad de estudiar reprogramación y se lee “a la fecha no hemos recibido ninguna excavación de obra de arte para la ejecución de nuestras partidas”. Luego, en otras anotaciones del mismo libro se deja constancia por T. que ha realizado determinadas excavaciones. No hay anotaciones en el libro por parte de S.SA. referente a este asunto y a la reprogramación.

He reproducido en este considerando algunas de las anotaciones con el expreso propósito de dejar constancia de la dificultad de revivir lo ocurrido en este asunto.

Si la Contratista se comprometió a hacerlas y lo hizo tarde o no lo hizo, altera el régimen de organización de las faenas, lo que tiene relación con la descoordinación tratada en el Considerando 3, sin embargo de los antecedentes no es posible determinar qué es lo que ocurrió al respecto y asignar responsabilidades incumplidas que deriven en perjuicios directos por ese motivo.

10. Respecto de la entrega de los tubos, la demandada niega que fuese ésta una obligación contractual para ella, sin embargo el testigo señor J.C., que fue el ingeniero que tuvo a su cargo las obras a cargo de la Constructora ZZZ, no negó que fuese obligación de ella ese aporte y reconoció el atraso e incluso precisó el número de días. Hay una contradicción entre el escrito de contestación y la declaración del gerente de la demandada. Además no hay por parte de la Contratista anotaciones en el libro de obras manifestando oportunamente que no era su obligación entregar esos tubos, la cotización 812 aparece como deber del contratista y no está en el listado del contrato. En los hechos fue la demandada la que finalmente los aportó con el atraso reconocido por el gerente. De acuerdo a lo expuesto en el Considerando 2 reconocemos que ésta era obligación de la demandada y la cumplió con atraso.
11. En cuanto a los fierros, desde el 7 de mayo hay anotaciones de la subcontratista en el libro de obras requiriendo este material y sucesivas anotaciones dejando constancia que no se ha recibido o que es insuficiente el que se le entrega. Según la demandada, no era su obligación contractual. En la cotización 812 el fierro está considerado como aporte de la contratista con cargo a la demandante, pero no está en el listado del contrato. Al igual que otros casos llama la atención que en su momento no haya manifestado lo que ahora aduce. Está reconocido que en los hechos fue la contratista la que entregó ese material y descontó su precio en los estados de pago. La cláusula 2.9 dice que los suministros del contratista que sean de cargo del subcontratista se cobrarán con un porcentaje de 10% de tasa de administración, salvo el cemento, fierro y combustible, que son los rubros a los que expresamente se refiere esa cotización 812 como suministros de la contratista y sin tasa adicional, por lo que se infiere una armonía entre ambos documentos.

Por lo expuesto y de acuerdo al Considerando 2, debemos concluir que era obligación de la demandada proporcionar el fierro descontándolo después.

Sobre este material se plantean dos problemas, el del atraso en la entrega y un cobro que se trata más adelante. En cuanto al primero resolvemos que hubo demora.

12. La demandante también aduce retrasos por parte del Consorcio en proporcionar la dosificación del hormigón, y ésta se excepciona manifestando que no era su obligación prestarle servicio de laboratorio a la subcontratista y refuta algunas afirmaciones de la demandante.

El trabajo de laboratorio está en el listado de la cotización 812 como obligaciones de la contratista, no está en el listado del contrato y está reconocido que ella hizo el trabajo pertinente, por lo que de acuerdo a lo expuesto en el Considerando 2, se resuelve que era su obligación.

En cuanto a la oportunidad de entregar las dosificaciones, a los requerimientos hechos por la subcontratista en el libro de obras no hay respuestas por parte de la Constructora ZZZ. Es importante el tiempo que transcurre desde que se solicita el servicio y se va dejando constancia que no se cumple. A su vez la misma demandada reconoce que se entregó el 12 de junio y explica que no pudo haberse tenido antes porque era necesario tener por lo menos un tercio de los áridos producidos. Lo mismo se explica en una carta del 15 de junio de S.SA. a T., en la cual se dice además que se debe tener en cuenta que previo a

la realización de ciertas faenas existen procedimientos propios del desarrollo de una obra pública que deben cumplirse previamente, entre otros, esto de completar el 30% de la producción de áridos para realizar la dosificación. Estos aspectos técnicos no son desmentidos por la demandante.

No puede este Árbitro formarse convicción sobre los atrasos demandados en este rubro. La demandante debía saber los requisitos técnicos para que se pueda hacer el trabajo de laboratorio y no emana de los antecedentes de autos que hubiera cumplido con ellos cabalmente como para que la contratista hubiera podido entregar los resultados en una fecha anterior, y tampoco los hay en sentido contrario. Las meras afirmaciones contradictorias de las partes en las reuniones habidas tampoco permiten llegar a una conclusión. Debemos tener presente que este rubro es uno de los pocos casos en que la demandada emitió opinión por escrito durante el desarrollo de las faenas aclarando los reclamos de la subcontratista.

13. En cuanto al retraso alegado por la demandante respecto del suministro del moldaje, la constructora alega que no era su obligación y que es incorrecta la estimación de 800 m<sup>3</sup> que se necesitaba. En los hechos fue aportado en parte por la demandada y también por la demandante. Está mencionado en la cotización 812 como suministro de la contratista en calidad de préstamo. La letra D) de la cláusula 4.2 del contrato dice que aquél debe suministrar "Equipos de Construcción según listado presentado en la oferta". El moldaje está dentro del concepto de equipo de construcción por lo que se considera como obligación de la demandada, naturalmente en la forma establecida, esto es, en calidad de préstamo, por lo que de acuerdo a los criterios del Considerando 2 se establece esta obligación como de la contratista.

La petición del moldaje es reiterada en los libros de obras y no hubo respuestas en el momento por parte de la constructora, y la subcontratista hizo moldajes de madera en reemplazo de los metálicos que no llegaban, lo que es suficiente para estar a que hubo parcial cumplimiento de esta obligación por el contratista y ha lugar al reembolso de los gastos que por ello debió incurrir el subcontratista.

14. También demanda la señora XXX el retraso del consorcio en aportar una autohormigonera, y éste acepta que era su obligación. Esta máquina no está en el listado del contrato, está solamente en la cotización y en tanto máquina no es un equipo de construcción, en el sentido que le dan los abogados de las partes en forma coincidente en reuniones con el Árbitro, por lo que tampoco se le puede aplicar la letra D) de la cláusula 4.2 del contrato citada en el considerando precedente. Con todo deberá estarse a que era una obligación de la demandada por haberlo reconocido expresamente y de acuerdo con los criterios del Considerando 2.

También está reconocida la demora de su entrega y las reparaciones que hubo que hacerle para que quedara en estado de funcionamiento. En su reemplazo está reconocido por ambas partes que se usó una betonera manual.

Se desprende de los antecedentes de autos y declaraciones de los testigos, que la autohormigonera es una máquina con tecnología más avanzada y de mayor utilidad y su empleo presenta ventajas respecto de las betoneras en las construcciones. Debemos concluir que no se pueden trasladar al subcontratista las desventajas del cambio de maquinaria distinta de la comprometida.

15. Respecto al suministro de energía eléctrica la demandada reconoce que era su obligación aportarlo y que lo hizo para el campamento y luminaria de trabajos nocturnos. Con todo, la demandante insiste que para realizar sus trabajos debió arrendar generadores de energía por el incumplimiento de la demandada. Se ha acreditado por parte de la subcontratista el arriendo y compra de generadores por lo que debe concluirse que el cumplimiento de esta obligación fue insuficiente por parte de la contratista.
16. En cuanto al incumplimiento de la demandada de suministrar agua para la construcción, la demandada señala que no era su obligación, pero que no obstante proporcionó camión aljibe. La subcontratista se abasteció también directamente de agua. Este elemento está en el listado de la cotización 812, pero no lo está en el listado del contrato ni es un equipo de construcción, por lo que se estará al criterio fijado en el Considerando 2 y se resuelve que era obligación de la subcontratista abastecerse del agua necesaria.
17. Corresponde analizar y pronunciarse sobre los 31 conceptos de cobros específicos que hace la demandante y previamente sobre la petición de que se declare la resolución del contrato.

No procede decretar la resolución del contrato de construcción suscrito entre las partes porque está ya terminado. Consta y se ha dejado constancia en los Vistos y en los Considerandos de esta sentencia, que la demandada por carta del 17 de octubre de 2000 notificó a la subcontratista su decisión unilateral de ponerle término al contrato el 30 de ese mismo mes y año, lo que ésta aceptó tácitamente según expresa ella misma en su escrito de demanda. No se puede declarar resuelto lo que ya no existe. El subcontratista

construyó parte de las obras de arte y las otras las hizo directamente la constructora. Es imposible proceder a las prestaciones a que da lugar el cumplimiento de la condición resolutoria. El contrato suscrito es de los que se van ejecutando en el tiempo, y, de acuerdo a lo ocurrido, las partes le han dado el carácter de un contrato de construcción susceptible de terminar por la mera decisión del que encarga la obra.

En consideración a que este Árbitro actúa como Arbitrador, no es necesario entrar a discernir si de acuerdo a la ley la confección de obra material encomendada es una compraventa o un arrendamiento. Para este Árbitro es suficiente que la contratista asumió que tenía derecho a ponerle término por su propia decisión, lo que da lugar a la reclamación de perjuicios según las reglas generales. Aunque no es necesario citar normas de derecho positivo es conveniente hacer presente que el criterio de lo expuesto está inspirado en el Art. 1.999 del Código Civil.

Las partes no discuten si en derecho procede o no indemnizaciones como consecuencia de lo ocurrido, sino que se acusan recíprocamente de haber incurrido en negligencia.

En razón de lo expuesto en los considerandos anteriores, este Árbitro concluye que por parte de la demandada hubo acciones y omisiones negligentes que impidieron a la subcontratista ejecutar las obras dentro del plazo pactado y por consiguiente tiene derecho a indemnizaciones, y que, además, hubo incumplimientos de la demandada que hicieron incurrir en costos adicionales a la demandante y por tanto ésta tiene derecho a los reembolsos pertinentes.

Cuando se ha acogido el concepto del cobro, se ha aceptado la cifra demandada, salvo que haya sido expresamente cuestionada o que de los antecedentes del proceso no tengan un claro sustento.

18. Reembolso de gastos generales. Se accede al reembolso de gastos generales que no se alcanzó a amortizar. Para los efectos de los cálculos debemos tener en cuenta que las partes aportan cifras que no son coincidentes. La demandante pretende que la parte que falta por realizar son 24 obras equivalentes a \$ 138.579.532 lo que es desproporcionado con los \$ 101.622.574 que ella misma dice corresponde a las 31 obras que ejecutó al 28 de octubre.

La demandada, contestando el requerimiento de los gastos generales, aduce que los cálculos están mal hechos porque dice que de haberse terminado el contrato, el total de las obras es de \$ 208.927.431 (fs. 113). En su carta del 17 de octubre, mediante la cual puso término al contrato, dice que lo realizado hasta entonces es el 52%, que calculado sobre el total que aduce de \$ 208.927.431 son \$ 108.642.264 y por ende el 48% que faltaba es de \$ 100.285.139. En este caso hay una mayor coherencia en relación con las 31 obras realizadas y las 24 por realizar. Pero es inconsistente con los \$ 88.427.594 de obras que dice se realizaron al término del contrato según el estado de pago 5 (liquidación final) que ella misma elabora, si se compara con el 52% que ella misma señala aplicado a sus mismas cifras.

Es necesario resolver esta cuestión y estar, no sólo para este considerando, sino para todo lo que en este juicio tenga que ver con datos sobre los puntos reseñados, a unas mismas cifras que deberemos dar por buenas. En razón de que la cantidad aportada por la demandada de \$ 208.927.431 es más ajustada a las proporciones que es dable suponer entre las 31 y las 24 obras estaremos a esa cantidad como a la del total de obras teniendo en cuenta, además, que la del contrato es estimativa. También estaremos a que lo hecho hasta el término del contrato fue el 52% según lo dice la propia demandada en su carta citada, y por ende lo que faltó por realizar fue el 48%.

También estaremos a la cifra indiscutida del estado de pago N° 4 que significó, antes de la retención de 5%, \$ 87.457.125.

La demandante desea que los gastos generales que se le reconozcan sean de un 26,08% porque éstos habrían sido los que estimó la demandada ante el MOP. No hay motivos para deducir que el porcentaje de gastos generales de la contratista tenga que ser necesariamente el de la subcontratista. Lo razonable habría sido que ésta hubiera dicho cuál es el porcentaje que ella empleó. Son empresas de distinto tamaño, los gastos financieros pueden influir de manera diferente y otros componentes de esos gastos pueden estar tratados de diferente manera. También debe tenerse en cuenta que desde el momento en que dejó de ejecutarse la obra cesaron ciertos gastos comprendidos dentro de los gastos generales que ella pretende recuperar, por consiguiente en estricto rigor el reembolso exacto es imposible calcularlo. El MOP da una pauta sobre la materia cuando en su reglamento señala que si hay aumento de obra y no hay pacto sobre la materia se aplicará el 12%. Este Árbitro determina reconocer como justo un 17%. Como la cantidad de obra que no se ejecutó se ha decidido fueron \$ 100.285.167, se deberá extraer el 17% de gastos generales que en esa cifra están incluidos dividiendo esa cifra por 1.17 y al resultado, esto es \$ 85.713.818 se le aplicará el dicho 17% de gastos generales a reembolsar. El resultado son \$ 14.571.349

que la demandada deberá pagar a la demandante por el concepto que trata este considerando.

19. Cambio de eje de las obras de arte. Se accede al monto cobrado ascendente a \$ 316.355, en atención a que el error que dio lugar al problema no es imputable a la subcontratista.
20. Abandono de la obra de arte 52. No ha lugar al cobro de la demandante en atención a que la obra abandonada fue pagada.
21. Reparación de obras de arte 36, 37, 38, 52 dañadas por temporal. No ha lugar al cobro en razón de que por el concepto de precios unitarios era obligación del subcontratista tomar todas las medidas necesarias para resguardar las obras, y además por estipulación expresa del contrato en la cláusula 4.1 letra I, éste debió haber tomado los seguros correspondientes.
22. Reparación de obra de arte 52 dañada por temporales. No ha lugar por las mismas razones del punto anterior, además téngase presente que esta obra 52 ya estaba incluida en el cobro en el punto anterior por la misma razón, aun cuando se tratase de otro temporal.
23. \$ 744.565 cobra la subcontratista por reparación de obra 52 por impacto de bulldozer. La demandada señala que el pago está incluido en el monto de cubicaciones relativas a esa obra. La demandante tuvo oportunidad para revertir esa argumentación, lo que no hizo, por lo que se dan por pagados los costos de reparación de esa obra y se rechaza el cobro.
24. Paralización de excavadora por falta de demarcación de obras, durante 90 horas, esto es 6 horas diarias por 15 días de inactividad y a un precio de \$ 17.500 la hora, lo que significa \$ 1.575.000.

La demandada no contesta lo referente a si se hizo o no oportunamente la demarcación y centra su defensa en que la máquina pertinente por su capacidad necesariamente iba a estar mal utilizada, se trata de un error de programación de la demandante, pero no niega el derecho a cobrar por este concepto. Además la demandada hace sus comentarios en relación con la programación correcta para uso de la máquina en razón de la Carta Gantt. Es inevitable tener en cuenta que ese programa de trabajo no se cumplió y que se ha dejado constancia en considerandos anteriores sobre las dificultades que hubo de coordinación y la falta de una adecuada programación de los trabajos, por lo que no se dieron los hechos que son la base de la argumentación de la demandada.

Para resolver este asunto se ha tenido también en cuenta que la contratista, según documentos acompañados, cobra \$ 25.000 la hora por uso de excavadora 200, y atendiendo los argumentos de mejor programación en lugar de estar a las 90 horas paralizadas se estuviera a una cifra menor, como por ejemplo 60 horas (4 horas diarias por 15 días), significa que la paralización habría costado \$ 1.500.000. Como la demandante está cobrando \$ 1.575.000 estaremos en definitiva a esa cantidad como la que deberá pagar la demandada.

25. Abandono de obra de arte 59. Ha lugar al cobro de \$ 258.360 por no ser imputable a la subcontratista el abandono de la obra.
26. Costo adicional por error topográfico. De acuerdo a lo expuesto en los considerandos pertinentes se concluyó que la topografía y demarcación de las obras eran obligación de la demandada, por consiguiente el error a que se incurrió es imputable a ella y por ende se accede al monto cobrado por el costo adicional que asciende a \$ 287.269.
27. Reajuste de insumos no trasladados al subcontratista. No ha lugar a lo cobrado porque el contrato suscrito entre las partes no contempla reajuste; lo que haya pactado la contratista con el MOP no tiene por qué ser aplicable al contrato materia de autos.
28. Reembolso de descuento indebido de cemento y fierro. Cobra la demandante por este concepto \$ 4.583.013. Por escrito de 5 de diciembre a fs. 270 retiró lo referido al cemento haciendo presente que hubo un error al incluirlo. El asunto está referido al fierro que se entregó después del estado de cobro 4 y que no fue utilizado en su totalidad por haberse puesto término al contrato. La demandante pretende se le restituya el dinero que le fue descontado por el fierro que en definitiva no empleó y quedó en faenas y fue utilizado después por la contratista. No acompaña la demandante antecedentes de cuánto fue esa cantidad de fierro, solamente señala la cifra que pide se le restituya. La demandada primero negó que fuera obligación de ella aportar el fierro, luego hizo presente que los descuentos se hacían por la cantidad que se entregaba y finalmente, después de las reuniones habidas para tratar de esclarecer dudas, presentó documentos para hacer ver que la cantidad de fierro que se entregó en el período en cuestión fueron

21.182 kg. y que el estado de cobro 5 está referido solamente a 7.693,8 kg. Por consiguiente hay una diferencia de 13.488 kg. que no fueron cobrados cuyo monto en dinero es de \$ 3.055.975,6 al precio del citado estado de cobro 5.

Se produce en este caso lo que ha ocurrido en varios asuntos de lo discutido. Hay disparidades de cifras y también de hechos. Además la misma demandada cambió su argumentación en el avance del proceso.

Para resolver este asunto debo proceder en forma coherente con lo manifestado en la parte final del Considerando 17, que se ha aplicado en varios de los puntos cobrados por las partes.

El único antecedente que consta en autos es la diferencia de lo entregado y lo cobrado en el estado correspondiente y aunque haya sido presentado al final del proceso ello se hizo con el acuerdo de las partes de hacer reuniones aclaratorias con presentación de antecedentes si los había.

Dejo constancia de todo esto por lo debatido que fue por las partes, sin embargo finalmente debo resolver que no hay datos que permitan formarse un criterio cierto como para condenar a la demandada por la cantidad cobrada, por lo que se rechaza lo pedido en este punto.

29. Sub-utilización de equipos. Ha lugar al cobro, pero no en el monto cobrado de \$ 1.695.999. Deberá tenerse en cuenta lo establecido en los Considerandos 18, 34 y 46, según los cuales se ha establecido que faltaba por hacer el 48% de las obras, todo por las razones que en ellos se establece. La demandante proporciona antecedentes estimando el valor del empleo de los equipos menores para toda la obra en \$ 2.939.339, por consiguiente, la parte que no alcanzó a obtener es el 48% de esa cifra, esto es \$ 1.410.883, que es la cantidad que se condena a pagar a la contratista.
30. Pérdida de material por inundaciones. No se accede a lo cobrado por las mismas razones expuestas por el caso del Considerando 21 referente a obras de arte dañadas por temporal.
31. Costo por provisión de agua y paralización de personal por falta de agua. No ha lugar a lo cobrado en razón de lo ya resuelto en el Considerando 16 relacionado con el 2.
32. Costo por paralización del personal por falta de frentes de trabajo. Sí ha lugar a lo cobrado que alcanza a \$ 3.411.842, en razón de lo establecido en los considerandos anteriores referentes a la coordinación y paralización de actividades.
33. Reembolso de retenciones del contrato de ejecuciones de obras de arte. Sí ha lugar al cobro de \$ 4.372.856. La cifra está reconocida por la demandada en los antecedentes que proporciona para el estado de pago N° 5 y liquidación final.
34. Cobro de la obra ejecutada desde el estado de pago 4 y el término de actividades de la contratista.

De acuerdo al estado de pago 5 y final que presenta la demandada esa cantidad de trabajo fue de \$ 970.488, sin embargo comparando el cuadro 3.1 de cubicación obras de arte por el cual se hizo el estado de pago 4 y el que la demandada presentó como el empleado para el 5, la diferencia de obra hecha significan \$ 10.384.404. Además en ese cuadro de cubicación relativo al estado 5 hay rubros en los que aparece menos obra que la del cuadro de cubicaciones usado para el estado 4, lo que evidentemente es una inconsistencia entre los datos alegados y los que emanan de los documentos acompañados.

La demandante cobra en el escrito de demanda obras de ese período por \$ 14.165.457. Más tarde, como consecuencia de las reuniones habidas presentó un documento que compara lo hecho para el estado de pago 4 con el avance hasta el 28 de octubre. Según ese documento los trabajos hechos en ese período ascienden a \$ 18.871.333.

En las reuniones del 14 y 15 de enero se dijo que podrían haber errores, y que era muy difícil ahora establecer precisiones sobre esta materia.

En la reunión del 28 de enero los abogados de las partes presentaron algunos de los documentos referidos y sus dichos no aclaran el problema planteado.

En el Considerando 18 sobre gastos generales, como consecuencia también de la falta de precisiones y documentos justificativos de las partes, citamos como cifra indiscutida los \$ 87.457.125 del estado de pago N° 4 (antes de la retención de 5%). También estuvimos a la cifra que la demandada dice habría sido en la realidad el total del contrato, esto es \$ 208.927.431, y a que la obra que según ella estaba hecha

al 17 de octubre cuando puso término al contrato era el 52% del mismo, lo que significa \$ 108.642.264 y a que por ende el 48% que faltaba por construir es de \$ 100.285.167.

Para los efectos del tema de este considerando, es decir, el monto de lo construido desde el estado 4 al final, deberemos estar necesariamente a los mismos antecedentes tenidos para el caso de los gastos generales. Si al término del contrato había obras hechas por un valor de \$ 108.642.264 (52%), para determinar lo que se hizo entre el estado de pago 4 y el término de las actividades de la subcontratista, hay que restar a ese 52% los \$ 87.457.125 de dicho estado 4, lo que da \$ 21.005.139.

Las cifras resultan así perfectamente calzadas. Aunque la demandante cobra otras cantidades este Árbitro no puede dejar de estar a la coherencia de las cifras que se han acogido para resolver estos asuntos, en caso contrario estaría faltando a normas elementales de equidad a las cuales debe necesariamente ajustarse.

Se resuelve que la demandada deberá pagar a la demandante por el concepto de este punto \$ 21.005.139.

35. Suministro de energía eléctrica. Ha lugar al cobro en la cifra de \$ 6.024.927. En la reunión de 28 de enero de 2002 la demandante acompañó la factura justificativa de este cobro que según ella asciende a \$ 10.521.396. Sin embargo la suma de las facturas acompañadas alcanza sólo a \$ 6.024.927, por consiguiente a esta cifra se estará.
36. Cobro por ejecución de desvíos, bypass y accesos de 15 obras de arte. No se accede a lo cobrado en razón de lo dispuesto en el Considerando 2.
37. Suministro de moldajes de madera. Sí ha lugar por el monto de \$ 4.346.781. La demandada manifestó en su contestación que la subcontratista no pidió autorización. No es admisible esa defensa porque sin ese trabajo no se habría podido realizar la obra y está ya resuelto más arriba que era obligación del demandado aportar moldajes en calidad de préstamo.
38. Cobro por preparación de hormigón con hormigonera manual. Se accede al costo extra cobrado que asciende a \$ 160.941.
39. Reemplazo de relleno estructural por suelo cemento. No ha lugar el cobro señalado en atención a lo explicado en el Considerando N° 2.
40. Cobros por descarga de tubos. Ha lugar al cobro demandado por \$ 4.366.097, cifra que no es discutida por la demandada, solamente expresa que la subcontratista no pidió autorización para realizar ese trabajo. Cualquiera que sea la naturaleza del trabajo realizado es evidente que sin él los tubos no llegan a destino y las demoras habrían sido mayores.
41. Obra adicional por transporte de tubos. Ha lugar también por el monto de \$ 528.198, por las mismas razones del punto anterior ya que no es comprensible recabar autorización para hacer un trabajo al que ordenó ejecutarlo.
42. Cobra la demandante reparación de obras de arte siniestrada por temporales, siendo la más afectada la 45, cuyo arreglo dice fue por \$ 5.025.694. No ha lugar a lo cobrado por las mismas razones que se dieron en los Considerandos 21 y 30.
43. Construcción de accesos con cargador frontal arrendado. No ha lugar por las mismas razones del Considerando 36.
44. Excavación en terraplén. No ha lugar por no haberse acreditado el hecho pertinente.
45. Construcción desvíos obra de arte 52. No ha lugar por la misma razón de los Considerandos 26 y 33.
46. Lucro cesante. Ha lugar al cobro del lucro cesante pero no en la cantidad planteada por la demandante. Según ella el valor de las 24 obras que faltan es superior a las 31 ya realizadas. No se aportan antecedentes sobre el valor real de esas 24 obras. Se estará por consiguiente a las cifras acogidas para los efectos de los Considerandos 18 y 34, esto es, que faltaba por construir el 48% lo que da un monto de \$ 100.285.167.

La demandante cobra una utilidad del 6,23%, la que naturalmente está incluida en los \$ 100.285.167, por lo que debe extraerse previamente dividiendo esta cifra por 1,0623, lo que da \$ 94.403.809 y al resultado

aplicarle el 6,23%, lo que da por resultado \$ 5.881.357.

47. Cobro por paralización de maquinaria debido a reinstalación de planta de ripio y arena en kilómetro 29.000. Sobre este particular no hay antecedentes en autos que acrediten que efectivamente hubo instrucciones de la contratista en el sentido que la subcontratista señala, de lo cual habría derivado la paralización de maquinarias por 19 días. Por consiguiente ello sumado a las explicaciones del Considerando 2, no ha lugar a lo cobrado.
48. Cobro por daño moral. La jurisprudencia judicial y arbitral ha reconocido la procedencia del daño moral en los asuntos contractuales. En términos generales éste está referido al fuero interno y muy personal del afectado y al dolor o sufrimiento producido por los problemas de carácter financiero y de prestigio derivados de los incumplimientos y demoras de la contratista, y por el término unilateral que ella hizo del contrato. Con todo, el hecho que se haya reconocido la negligencia de la contratista, el derecho a cobrar indemnizaciones por ello y por el término unilateral del contrato, ha derivado en montos precisos en los que deberá ser indemnizada lo que naturalmente debe influir en forma positiva en su fuero interno. Además la condena concreta que se ha hecho a la demandada, fundado en los principios que se hizo presente en los considerandos pertinentes, permite a la señora XXX presentar las justificaciones ante terceros que hayan visto disminuido su prestigio como consecuencia de lo ocurrido en la ejecución del subcontrato materia de este pleito. En cuanto al sufrimiento íntimo producto de lo ocurrido, es necesario hacer presente que ella en su calidad de subcontratista y concedora de las materias de su oficio, cuando se dejó sin efecto el cronograma o Carta Gantt y no fue reemplazado, debió en ese momento haber planteado lo necesario para repactar el contrato, y al no haberlo hecho se expuso a lo que en definitiva ocurrió. Por estas razones considero que no ha lugar al daño moral cobrado.
49. Es necesario hacerse cargo de los cobros específicos que se hacen en la demanda reconvenional. El primero de ellos es el cobro por los gastos en que debió incurrir la contratista por el pago de finiquitos laborales y cotizaciones previsionales del personal de la demandante que quedó en faenas cuando dejó las actividades el 28 de octubre. El monto pagado fue de \$ 17.025.896. No es del caso entrar en lo que las partes se recriminan al respecto: la demandada que la subcontratista abandonó las faenas y ésta que actuó en forma consecuente con la decisión del contratista de poner término al contrato y que el día 28 citado correspondía a la bajada del turno. Lo importante del asunto es que materialmente la contratista hizo los pagos correspondientes.  
  
En la reunión conjunta celebrada con las partes se esclareció que la cantidad anotada correspondió a trabajadores por el contrato de obras de arte y a trabajadores por el contrato de producción de áridos. El conocimiento de este último no es de competencia de este Árbitro. En los vistos de esta sentencia se ha explicado que la demandada alegó la incompetencia del Tribunal respecto de ese contrato, y la demandante finalmente se allanó a la excepción. No es posible al Árbitro ordenar el pago de un cobro de un asunto que no está bajo su competencia y no hay antecedentes en el expediente que permitan determinar cuáles trabajadores estaban operando con uno u otro contrato. Con todo, respecto del anticipo que se tratará en el considerando siguiente se ha aceptado que el 60,78% corresponde a las obras de arte, por lo que estaremos respecto del pago de remuneraciones al mismo criterio. Así es que se condena a la subcontratista a pagar a la contratista la suma de \$ 10.348.339, por este concepto.
50. \$ 15.100.000 recibió la subcontratista por concepto de anticipo, los que la demandada reclama le sean restituidos. Como parte de ese dinero se destinó al contrato de producción de áridos que como se ha dicho no es de competencia de este arbitraje, y el contrato de obras de arte corresponde al 60,78% se dispone que la subcontratista deberá restituir a la contratista \$ 9.177.780, por el concepto tratado.
51. No ha lugar al cobro por utilización de parte de la subcontratista de maquinaria propia de la contratista, en razón del criterio establecido en el Considerando 2 y a que no se cobró en los estados de pagos ni hay documentación que diga que se estaba arrendando la maquinaria.
52. Cobra la contratista \$ 8.577.865 por combustible, cemento y fierro que proporcionaba a la subcontratista descontando su valor en los estados de pago. En la reunión conjunta de las partes quedó la subcontratista de revisar los comprobantes respectivos. Al respecto solamente la demandante reconvenional aportó antecedentes no objetados, por lo que se ordena pagar a la subcontratista el monto indicado.
53. No ha lugar al cobro que hace la Constructora ZZZ por las remuneraciones del señor P.M., porque éste ejerció una función propia de la contratista.
54. No ha lugar al cobro de topografía y laboratorio en razón de lo establecido en los Considerandos 5 y 12.

55. No ha lugar al cobro por arriendo y pérdidas de moldajes en razón de lo dicho establecido en el Considerando 13 y que no están acreditadas las pérdidas por devolución.
56. Reparación de obra 45, por \$ 5.025.694. El cobro que por este concepto hace la Constructora tiene relación con el Considerando 42, que trata del cobro por la misma cantidad que hace la subcontratista por haber reparado la misma obra 45.

Consta en el Libro de Obras 2 a fs. 41 y 44 que la Constructora ordenó hacer la reparación el 4 de octubre, y el 10 del mismo mes T. contesta que el 12 entregará el procedimiento para entregar la obra. En las conversaciones con las partes aparece que ambas participaron en la reparación. Es poco creíble que cada una de ellas haya gastado la misma cantidad en la parte que cada uno hizo. No existen más antecedentes, por lo que es imposible formarse un criterio sobre lo que realmente ocurrió y cuánto es lo que podrían realmente cobrar, por lo que no se da lugar a este cobro reconvenional.

En mérito de todo lo que se ha expuesto,

**RESUELVO:**

- a. Que se acoge la demanda interpuesta por doña XXX sólo en cuanto la Constructora ZZZ deberá pagarle la cantidad de \$ 68.517.354.
- b. Que se acoge la demanda reconvenional sólo en cuanto la señora XXX deberá pagar a la Constructora ZZZ la cantidad de \$ 28.103.984.
- c. Que se compensan las cantidades indicadas en las letras precedentes y en consecuencia la Constructora ZZZ, deberá pagar a la señora XXX la cantidad de \$ 40.413.370 más el reajuste del índice de precios al consumidor y el interés corriente desde la fecha de esta sentencia, esto es, el 25 de febrero de 2002 a la fecha del pago.
- d. El pago de la cifra que se ha condenado en la letra precedente deberá hacerse a más tardar dentro de los quince días corridos desde la fecha de la notificación de esta sentencia por la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- e. En atención a que ninguna de las partes ha sido totalmente vencida cada parte pagará sus propias costas y los honorarios del Árbitro serán pagados por mitad. Se deja constancia que a esta fecha Constructora ZZZ ha pagado el total que por este concepto le corresponde y que doña XXX adeuda al Árbitro la cantidad de 101,40006 UF, las que deberá pagar a más tardar dentro de los quince días corridos contados desde la fecha de esta sentencia.
- f. La firma del Árbitro que suscribe será autorizada por los testigos que a continuación firman y colocan sus respectivos nombres, los cuales son personas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., Monjitas 392 piso 3.
- g. El texto del expediente más todos los archivadores, hojas sueltas y planos acompañados quedan depositados en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Árbitro Arbitrador, Luis Simón Figueroa del Río.  
Testigos, Cristián García-Huidobro R-T. y Karin Helmlinger C.