

**ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO  
Y DE DERECHO EN CUANTO AL FALLO**

**Árbitro: Sr. Jorge López Santa María**  
Fecha Sentencia: 2 de septiembre de 2005  
**ROL: 416**

**MATERIAS:** Acuerdo de Consorcio para la ejecución del Contrato de Construcción a Suma Alzada – cesión de derechos, legitimación activa para ser parte de arbitraje – retención indebida de fondos – buena fe contractual – la mora del deudor, la mora purga la mora – obligaciones de medio y de resultado – pago de obras extraordinarias ejecutadas por una de las partes – acuerdo celebrado por una parte en nombre del Consorcio – falta de juramento de los testigos – ineficacia de las declaraciones de los testigos.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** Ingeniería y Construcción XX Limitada dedujo demanda en contra de ZZ Limited, imputándole el incumplimiento del Acuerdo de Consorcio y solicitando que sea condenada a girar y suscribir los respectivos cheques emitidos por el Consorcio por concepto de pagos adeudados en relación con el Acuerdo. Solicita además se ordene a ZZ a pagar los gastos generales por atrasos en término del Contrato, el valor de las obras adicionales ejecutadas, la indemnización por los gastos en que deberá incurrir para revertir el daño a la imagen comercial y corporativa, más intereses por las sumas adeudadas.

ZZ dedujo demanda reconventional por incumplimiento de contrato, con indemnización de perjuicios, solicitando que XX restituya al Consorcio sumas retenidas y que parte de éstas sean pagadas a ZZ por concepto de reclamos contra TR1 S.A., los que no pudo hacer valer debido a la negligencia de XX, y por concepto de mayores costos de ejecución del Contrato.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170 y siguientes, 324, 358 número 6, 363, 384, 425, 628 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.552, 1.553, 1.556, 1.557, 1.559, 1.560, 1.901, 1.904, 2.116 y siguientes, 2.314 y siguientes.

Código de Comercio: Artículo 96.

**DOCTRINA:**

XX no depositó ni ha depositado hasta hoy los \$ 2.109.461.351 que recibió de TR1, por concepto de los estados de pago 20, 21 y 22 y devolución de las retenciones, en la cuenta corriente del Consorcio, lo que constituye una grave infracción al Artículo 1.545 del Código Civil, por lo cual se condenará al cumplimiento de esa obligación y se deberá traspasar el valor final de los cuatro depósitos a plazo en el sistema bancario, que tomó XX con esa cantidad de dinero, más los intereses, a la cuenta corriente del Consorcio.

ZZ, por su parte, no salvaguardó los intereses de XX, en los términos recién citados del Artículo 2 del Acuerdo de Consorcio, ya que no consta en lugar alguno del proceso que hubiere colaborado con XX, ofreciendo que su representante firmase el o los cheque(s) del Consorcio, en el momento o al día siguiente de recibir el depósito de los dineros pagados por TR1. Por el contrario, ZZ expresamente admitió que en caso que hubiera sido requerida para firmar los cheques no lo habría hecho (Considerando N° 19).

Siendo la mora exigencia de las indemnizaciones contractuales de perjuicios por incumplimiento de obligaciones de dar y/o de hacer, se entiende que si ambos contratantes fueron morosos en la ejecución íntegra y oportuna de sus obligaciones, ninguno de ellos debe pagar indemnización de perjuicios al otro.

Desde el punto de vista del derecho de daños, las acciones indemnizatorias entre estos litigantes no pueden ser acogidas, al no concurrir el requisito de la mora, acorde al Artículo 1.552 del Código de Bello (Considerando N° 20).

**DECISIÓN:** Ha lugar a la demanda principal de XX, sólo en cuanto a que ZZ deberá suscribir y entregar los cheques de la cuenta corriente del Consorcio, más los intereses obtenidos por los cuatro depósitos bancarios a plazo, más el monto equivalente a la multa.

Ha lugar a la demanda reconventional de pago, con intereses, mediante la entrega material y física al Consorcio de los cuatro depósitos bancarios a plazo. Se ordena a XX a pagarle a ZZ el monto indicado en la sentencia, más los intereses obtenidos por los depósitos señalados, menos la multa atribuible al cumplimiento tardío del Contrato de Construcción. No se condena en costas. ZZ deberá reembolsarle el cincuenta por ciento a XX por los honorarios del perito.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago de Chile, a dos de septiembre de dos mil cinco.

**VISTOS:**

A fs. 1 la sociedad Ingeniería y Construcción XX Limitada –en adelante, indistintamente XX–, solicita la designación de Árbitro al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, a fin de solucionar las controversias surgidas con la sociedad ZZ Limited –en adelante, indistintamente ZZ– en relación al Contrato de “Diseño, Construcción, Puesta en Marcha y Marcha Blanca de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de B.”, de fecha 21 de junio de 2001. Ello en virtud de la cláusula décima del Contrato de Consorcio, de fecha 16 de marzo de 2001.

A fs. 11 el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, don Carlos Eugenio Jorquiera M. designa como Árbitro Mixto a don Jorge López Santa María.

A fs. 13 se certifica que no hubo oposición a la designación del Árbitro, procediéndose a notificar a don Jorge López Santa María, quien, con fecha 11 de diciembre de 2003, como consta a fs. 14, acepta el cargo, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

A fs. 15 se tiene por constituido el compromiso y se cita a las partes al primer comparendo para el día 14 de enero de 2004.

A fs. 25–27 consta el acta del primer comparendo que tuvo lugar en la fecha decretada, ante el Árbitro designado y la acturia, abogado señora Karin Helmlinger C., al que asistieron la Sociedad XX, representada por su abogado patrocinante don AB1, y por su personero don S.I.; y la Sociedad ZZ, representada por su abogado patrocinante don AB2.

En el comparendo, de común acuerdo las partes, se deja constancia que el señor Juez Árbitro tiene jurisdicción y competencia para conocer de toda y cualquiera controversia civil y/o comercial entre las dos sociedades comparecientes, incluyendo sin limitación alguna cualquiera diferencia que exista en relación con el Contrato de Consorcio de 16 de marzo de 2001, y para resolverla en este pleito.

Del mismo modo, se decide que XX tendrá un plazo de quince días hábiles para presentar su demanda, y la parte contraria dispondrá del mismo plazo para contestarla y en su caso deducir reconvenición. En este último caso, se le dará a XX traslado por diez días. No habrá escritos de réplica ni de dúplica.

Se fijaron una serie de otras reglas de procedimiento.

A fs. 57 y ss. XX, representada por don S.I., deduce demanda de cumplimiento de contrato, declaración de obligaciones de hacer e indemnización de perjuicios en contra de ZZ, sociedad domiciliada en DML, Reino Unido.

La demanda se funda en el grave incumplimiento de obligaciones en que, según XX, ha incurrido ZZ en la ejecución de las relaciones jurídicas que le imponía el Acuerdo de Consorcio para la ejecución del Contrato de Construcción, puesta en marcha y marcha blanca de una planta de tratamiento de aguas servidas y la construcción de colectores y otras obras anexas para TR1, en la Quinta Región de Chile. Estos incumplimientos consistirían en la retención indebida de fondos de XX en poder del Consorcio efectuada por ZZ; no pago de obras efectuadas por XX y que serían de cargo de ZZ; incumplimiento de las obligaciones que le imponía el Contrato a ZZ; grave negligencia en la ejecución de sus responsabilidades. Estos incumplimientos le habrían acarreado a XX daños directos al no percibir los fondos que le corresponden, incurrir en gastos que no eran de su cargo, sufrir daños en su imagen corporativa y comercial, soportar gastos generales que no le eran exigibles, daños por costo financiero de los fondos no percibidos y otros que se señalan a lo largo de la demanda.

Las conductas de ZZ, le habrían provocado graves perjuicios a XX, los que sostiene tienen que ser indemnizados.

XX señala que en agosto del año 2000, la Sociedad Empresa TR1 S.A. llamó a licitación para llevar adelante un proyecto de "Diseño, Construcción y Puesta en Marcha de las Plantas de Tratamiento de Aguas Servidas para la V Región". El Consorcio formado por las sociedades "Ingeniería y Construcción XX Limitada y ZZ Limited" presentó una oferta, que fue en definitiva la seleccionada por TR1.

Esta adjudicación se formalizó a través de un contrato denominado "Contrato de Diseño, Construcción, Puesta en Marcha y Marcha Blanca, bajo la Modalidad de Suma Alzada, de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de B." (el Contrato), suscrito en Valparaíso el 21 de junio de 2001 entre la Sociedad TR1 S.A., y la Sociedad Consorcio XX-ZZ Ltd. Limitada.

Este contrato, según explica XX, se pactó a suma alzada y bajo la modalidad "llave en mano", lo que implica que el Consorcio efectuaría el diseño de ingeniería de detalle, la construcción e instalación, el suministro y montaje de equipos, accesorios y repuestos, la puesta en marcha y la marcha blanca, en conjunto con todos los sistemas auxiliares y servicios de infraestructura, suficientes y necesarios para su óptima operación. Los servicios del contratista concluirían con la recepción definitiva del proyecto por TR1.

De acuerdo al Contrato, el contratista, o sea el Consorcio, se obligó a poner en marcha el proyecto, lo que implicaba que una vez que TR1 aprobara la construcción de las obras, se daba paso a una etapa en la cual se iniciaba el funcionamiento individual y de conjunto de las diferentes unidades y procesos de ellas (puesta en marcha) y finalizaba esa etapa con la recepción provisional del proyecto. Luego, el Consorcio debía asumir la dirección y la responsabilidad de la operación del proyecto por un período de seis meses, a contar de la recepción provisional, prorrogable, por otro período de seis meses. La fecha, según después indica la demandante, de recepción provisional y de finalización retroactiva de la puesta en marcha, fue el 22 de abril de 2003.

En cuanto a la forma de pago, según XX (fs. 62 y 63), en el Contrato se estableció que el precio se pagaría con un cronograma que resumidamente es el siguiente:

1. Se pagó un 5% del precio total cuando TR1 aprobó el diseño final detallado de las obras.
2. Se pagaría un 10% a la recepción provisional de las obras.

3. Se pagaría un 10% al finalizar la etapa de marcha blanca.
4. El 75% restante se dividiría en estados de pago mensuales de acuerdo al cronograma de avance de obras propuesto en la oferta técnica.

Para regular y estipular las condiciones bajo las cuales se formó el Consorcio, XX afirma que las partes suscribieron por instrumento privado de fecha 16 de marzo de 2001, un “Acuerdo de Consorcio para la ejecución de un contrato para el Diseño, la Adquisición y la Construcción de Obras de Tratamiento de Aguas Servidas por Consorcio XX–ZZ Limitada para TR1” (en adelante, el Acuerdo de Consorcio, o el Acuerdo). Esta convención, rola en documento no objetado de fs. 95 y ss.

El mencionado Acuerdo debía regir desde el 16 de marzo de 2001 hasta el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el Consorcio y TR1 en relación con el Contrato y hasta que las partes hubiesen cumplido todas las obligaciones que les imponía el Acuerdo.

El Acuerdo de Consorcio, fue firmado por el representante de ZZ Limited y por el representante de ZZ Limited y Compañía Limitada (ZZ Chile), debido a que en el Artículo 19 de dicho instrumento, ZZ, con el expreso consentimiento de XX, cedió a ZZ y Compañía Limitada o ZZ Chile, la totalidad de los derechos que adquirió y las obligaciones contraídas en el mismo Acuerdo.

XX señala que en el Acuerdo las partes establecieron que cada una de ellas asumiría el riesgo de pago por parte del Consorcio por su cuota de trabajo, lo que incluía el no pago y pago atrasado, definiendo que ninguna de las partes tendría derecho a recibir indemnización de la otra, respecto a cualquier daño y perjuicio que hubiese sufrido por dicho no pago o pago atrasado, salvo que dicho no pago o pago atrasado se debiera a las acciones u omisiones de una de las partes.

Además se convino que el Consorcio sería administrado por un comité administrativo, integrado por un representante de cada una de las partes, o bien la cantidad de representantes que las partes acuerden. El presidente del comité administrativo sería el representante de XX.

Las partes del Acuerdo establecieron las responsabilidades que cada una de ellas tendría en el cumplimiento del Contrato. La demandante sostiene que se hizo cargo del diseño y construcción de las obras civiles, colectores y obras anexas correspondientes al proyecto licitado.

Por su parte, ZZ se haría cargo del desarrollo de la ingeniería de procesos y del sistema eléctrico y de control, además de la definición del equipamiento, su suministro y montaje, todo de acuerdo a lo indicado en los términos de referencia y bases técnicas de la licitación.

El catálogo de responsabilidades a cargo de cada una de las partes, se encuentra detallado en el Anexo I que forma parte integrante del Acuerdo de Consorcio, rolante a fs. 95 y ss. (Anexo I rolante a fs. 118 y ss.). Es también pertinente, respecto a las participaciones de XX y ZZ en el Contrato, el documento de fs. 514 o Anexo II.

XX sostiene que una vez iniciados los trabajos para la ejecución del Contrato se produjeron modificaciones respecto de las obras ofertadas originalmente a TR1, cambios que se referían a las obras proyectadas y en algunos casos también a obras ya ejecutadas. Estos cambios habrían sido producto de la elaboración de la ingeniería de detalles.

XX señala que gran parte de estas modificaciones se debieron a la actuación de ZZ, lo que trajo aparejado mayores costos y significativas pérdidas de tiempo para la primera.

Por otra parte, según lo expone la actora, ZZ le solicitó la ejecución de obras de responsabilidad de la demandada, las que fueron ejecutadas por XX y en varios casos presupuestadas, sin que a la fecha de presentación de la demanda, ZZ las reconozca y autorice el correspondiente pago, lo que se solicita en el libelo.

Además, según XX, durante la ejecución de las obras se generó un grave problema de coordinación entre los subcontratistas de montaje de ZZ y el personal de XX, lo que habría generado una desprogramación de las faenas, pérdida de productividad de los recursos y atrasos que obligaron a turnos especiales con el consecuente mayor costo.

La demandante señala que el proyecto original debió ser modificado por orden de autoridades de distintas comunas que abarcaba, así como por órdenes e instrucciones de autoridades ministeriales y regionales. Esto llevó a que fuera necesario ejecutar obras adicionales que correspondían a trabajos no presupuestados, que según XX no fueron previstas ni previsibles. TR1, después de largas negociaciones convino el pago de ellas, aumentando el valor o precio del Contrato.

Todo lo anterior habría ocurrido, con conocimiento y aprobación de ZZ.

Además, los trabajos sufrieron retrasos debido a inclemencias climáticas, lo que originó una petición de mayor plazo de ejecución de los trabajos del Consorcio al mandante. Esto, señala XX, dio origen a un primer "Convenio de Modificación de Contrato", que decía relación con trabajos de responsabilidad y cargo suyos. Esta primera modificación, del 9 septiembre 2002, rola a fs. 224 a 227 del cuaderno separado de anexos al peritaje. (La segunda y última modificación al Contrato, rola a fs. 367 y ss.).

En cuanto a los plazos para entrega de las obras, según XX, estas modificaciones implicaron que el inicio del período de puesta en marcha se produciría a más tardar el día 20 de octubre de 2002, a lo cual se dio cumplimiento.

La demandante señala que coetáneamente con estos eventos, en reunión del Comité Administrativo del Consorcio, ZZ a través de sus representantes habría manifestado no tener, a esa altura del Contrato, ninguna presentación por pagos compensatorios contra TR1.

Con posterioridad, XX sometió a consideración de TR1 una nueva presentación por todos los mayores costos pendientes (diversos de los considerados en el primer convenio de modificación). Durante el período en que se discutieron con TR1 estos nuevos mayores costos, según XX, ZZ no manifestó intención alguna en efectuar una presentación a TR1 por mayores costos.

El Consorcio habría efectuado la presentación final para ser sometida a revisión y análisis por la gerencia de ingeniería y departamento legal de TR1. Esta presentación, conocida por ZZ, se hizo según afirma la demandante, por el 100% de los ítems correspondientes a faenas ejecutadas y financiadas por XX, de modo que se trataría de obras adicionales ejecutadas por XX. En definitiva, TR1 manifestó que cualquier decisión respecto de estas obras adicionales quedaría pendiente hasta después del término de la puesta en marcha de la planta.

Respecto al término de la puesta en marcha, XX señala que el 20 de diciembre de 2002, envió, a solicitud de ZZ, una nota a TR1 pidiendo el término de esta etapa y el inicio del período de marcha blanca. Sin embargo, debido a que la planta presentaba problemas de operación, TR1 no aceptó esta solicitud. Por el riesgo de aplicación de multas al Consorcio, XX sostiene haber enviado diversas comunicaciones al señor S.S., representante de ZZ, haciéndole presente esta situación y la necesidad de que viajara a Chile a fin de sostener una reunión con TR1. En los primeros días de marzo de 2003 se solicitó

nuevamente a TR1 el término del período de puesta en marcha, solicitud que nuevamente fue rechazada. En reunión del día 8 de abril de 2003, TR1 manifestó al Consorcio los problemas de operación de la planta y la falta de estabilidad del proceso, además de los inconvenientes con la autoridad reguladora por problemas con la deshidratación de lodos. Finalmente, TR1 accedió a nombrar una comisión de recepción de las obras, la que se constituyó en terreno con fecha 9 de mayo de 2003, procediendo a recibirlas en forma provisional y autorizando el término de la puesta en marcha retroactivamente al 22 de abril de 2003, y por consecuencia, el inicio de los seis meses de marcha blanca a contar de la misma fecha.

Resuelto este tema, XX señala que insistió a TR1 respecto a retomar la negociación por el valor de las obras adicionales reclamadas con fecha 5 de diciembre de 2002. XX hace referencia a diversas comunicaciones que se habrían producido entre las partes a fin de solucionar este tema. Sostiene que con fecha 25 de abril envió un e-mail solicitando a ZZ una definición respecto a una eventual presentación de esta firma británica por mayores costos que se les hubieren generado, y que a su parecer fueren de cargo de TR1, e-mail que recién fue contestado más de un mes más tarde por el señor K.K. Con posterioridad a este e-mail, el señor K.K. habría vuelto a Inglaterra, dejando este tema a cargo de un ingeniero sin mayores conocimientos del mismo. XX hace alusión a diversas situaciones que a su parecer serían demostrativas de la poca preocupación de ZZ en estas materias. En definitiva, se llevó a efecto una reunión con TR1 para tratar el tema de los mayores costos. TR1 planteó suscribir una segunda modificación al Contrato en la que se convenía, según la demandante, que TR1 pagaría la suma de UF 54.983,54 por obras adicionales, de las cuales UF 54.868,01 corresponderían a obras efectuadas por XX y \$ 1.820.340 (UF 115,53) corresponderían a trabajos ejecutados por ZZ, ello, según detalle entregado por TR1 (este detalle se encuentra acompañado a fs. 165 hasta fs. 171 del cuaderno separado de anexos al peritaje). En el mismo convenio se determinó aplicar una multa de UF 4.033,63 correspondiente al atraso en el término de la etapa de puesta en marcha de la planta, esto último de responsabilidad de ZZ. Este planteamiento de TR1 fue el que prosperó, suscribiéndose el “Convenio de Segunda Modificación de Contrato” (fechado 27 de agosto de 2003 y rolante desde fs. 367) y TR1 procedió a pagar las sumas convenidas. XX asevera que la aceptación por su parte de este acuerdo significó para ellos un gran sacrificio ya que el valor de las obras adicionales ejecutadas superaba ampliamente la cifra que TR1 se obligó a pagar. No obstante que, según XX, el pago efectuado por TR1 corresponde en su mayoría a trabajos efectuados por la demandante, sostiene que ZZ se ha negado a firmar el correspondiente cheque de la cuenta corriente del Consorcio contra la factura presentada por XX, afirmando ZZ que tendría derecho a percibir la suma de UF 18.000. Destaca XX que la entidad empresarial TR2 era en esa época el socio controlador de TR1 y que ZZ es una sociedad filial de TR2. En este sentido, según la demandante, los ejecutivos de ZZ le habrían comunicado que llevarían a cabo negociaciones con TR1, respecto a sus mayores costos, directamente a través de su matriz TR2.

Al 6 de abril de 2004, fecha de presentación de la demanda, los fondos pagados por TR1 se mantenían congelados en depósitos a plazo a la orden del Consorcio, causando con ello gran daño económico al socio XX, al no recibir ni poder disponer de su cuota. Respecto al pago correspondiente a la devolución del 5% de retención de los estados de pago, éste estuvo congelado por TR1 por circunstancias de responsabilidad de ZZ. A la fecha de presentación de la demanda, TR1 ya había efectuado el pago, pero éste se encuentra, según XX, retenido por ZZ en poder del Consorcio, por cuanto también se niega a firmar el correspondiente cheque de la cuenta corriente del Consorcio. ZZ, además, habría incurrido en otros incumplimientos que llevaron a que XX debiera mantener abiertas en terreno, por un período aproximado de seis meses, recursos e instalaciones, gasto que sostiene debe ser indemnizado por ZZ. En fin, diversas conductas de ZZ habrían provocado un grave daño a la imagen comercial y corporativa de XX en su calidad de miembro del Consorcio, daño que también solicita sea indemnizado por ZZ.

En cuanto a los breves fundamentos de derecho de la demanda (fs. 90 a 92), XX afirma que las conductas de ZZ infringen las disposiciones del Título XII del Libro IV del Código Civil, en especial el Artículo 1.546,

que establece que las partes deben cumplir sus obligaciones de buena fe, ello en relación al Artículo 96 del Código de Comercio.

Además señala que el cumplimiento íntegro y oportuno de una obligación compleja, como sería el caso de la especie, debe evaluarse considerando todos los elementos que por la convención, la ley, la naturaleza de la obligación o por la costumbre pertenecen a ella. Por otra parte, según los principios generales del derecho y del Código Civil, las obligaciones deben cumplirse en forma íntegra y oportuna, lo cual no ha ocurrido en este caso. ZZ, de conformidad al Artículo 1.547 del Código Civil es responsable de la culpa leve, al ser el Acuerdo de Consorcio un Contrato que se hizo para beneficio recíproco de las partes. Según lo expuesto por XX en la suma y a lo largo de la demanda, ZZ se encontraría en mora de ejecutar sus obligaciones de hacer, por lo cual sería aplicable lo dispuesto en el Artículo 1.553 del C.C. Esto es al menos parcialmente equivocado, pues las obligaciones de pagar indemnizaciones de perjuicios son de dar y no se les aplica el Artículo 1.553 del Código Civil. Además la demandante cita como normas aplicables las de los Artículos 1.556, 1.557, 1.558, 1.559 y 1.560. También los Artículos 2.314 y siguientes, todos del Código Civil, pero sin argumentación alguna respecto de estos últimos. Los cuales son impertinentes, ya que en Chile no cabe la opción de responsabilidades.

XX solicita tener por interpuesta la demanda en contra de ZZ, acogerla a tramitación y condenarla al cumplimiento de las siguientes prestaciones (fs. 92):

- I. “Giro y suscripción de los respectivos cheques emitidos por el Consorcio y firmados por los representantes de XX y ZZ para entregar a XX las sumas que le corresponden por concepto de pago a XX de los fondos que corresponden a la segunda modificación del Contrato; pago a XX del Canje retenciones que se señaló como (1); pago a XX del canje retenciones que se señaló como (2); y pago a XX del estado de pago N° 21 en la parte que le corresponde según se detalló en lo principal del escrito de demanda, en especial en el párrafo número 10.
- II. Pago de los gastos generales por atrasos en término del Contrato que ascienden a UF 3.405 más IVA.
- III. Pago del valor de las obras adicionales ejecutadas por XX y que eran de responsabilidad de ZZ o generadas por modificaciones solicitadas por ellos en forma posterior a la ejecución de las obras más intereses, que ascienden a UF 8.394 más IVA.
- IV. Pago de la indemnización por los gastos en que deberá incurrir para revertir el daño a la imagen comercial y corporativa que se estima en la suma de UF 5.000 más IVA.
- V. Intereses por las sumas adeudadas a la fecha de presentación de la demanda, que ascienden a UF 4.345,2.
- VI. Intereses corrientes que se devenguen hasta la fecha de pago de estas cantidades”.

XX demanda además que se condene a ZZ a pagar las costas de la causa, añadiendo que acepta que el Árbitro estime en otros valores las prestaciones a las cuales condene a la demandada.

Desde fs. 95 hasta fs. 217 se encuentran agregados los dos documentos presentados en el segundo otrosí de la demanda, o sea el Acuerdo de Consorcio y el Contrato con TR1, los que se tuvieron por acompañados con citación y no fueron objetados por ZZ.

A fs. 218 consta la resolución de fecha 4 de marzo de 2004 que otorga traslado a la demandada, por quince días hábiles.

A fs. 219 don AB2, por la parte demandada solicita aumento del plazo para la contestación de la demanda, por quince días adicionales.

A fs. 221 las partes de común acuerdo solicitan aumento del plazo para contestar la demanda, por un plazo adicional de cinco días hábiles.

A fs. 222 vta. el Tribunal acoge la petición anterior, ampliando el plazo hasta el día 6 de abril de 2004.

De fs. 223 a fs. 289 ZZ contesta la demanda, deduce demanda reconvenzional y acompaña documentos. Estos últimos rolan desde fs. 290. ZZ, a través de su abogado, don AB2, contesta la demanda deducida por XX, pidiendo que sea rechazada íntegramente, con expresa condenación en costas, por ser infundada y errónea según los antecedentes de hecho y de derecho que expresa. ZZ sostiene que las actuaciones de XX en lo relativo al libelo, demuestran su mala fe, tergiversando los hechos de manera antojadiza, ilegítima y con faltas a la verdad.

ZZ sostiene que se presentaron, conjuntamente con XX a una licitación pública internacional llamada por TR1 para la ejecución del proyecto de “Diseño, Construcción y Puesta en Marcha de las Plantas de Tratamiento de Aguas Servidas para la Quinta Región” (en adelante, el proyecto). Para llevar a cabo este proyecto, se habrían suscrito una serie de documentos, entre los cuales está el Acuerdo de Consorcio, de fecha 16 de marzo de 2001 y que establece el acuerdo completo entre las partes para los efectos de participar, adjudicarse y ejecutar el diseño, construcción, puesta en marcha y marcha blanca, bajo la modalidad de suma alzada, de la planta de tratamiento de aguas servidas de B. También se suscribió el Contrato con TR1.

ZZ afirma que durante la ejecución del proyecto fue necesaria la realización de una serie de obras adicionales, por las cuales el Consorcio tenía derecho a cobrar cantidades adicionales al precio del Contrato. Señala que fue una preocupación permanente de ZZ que XX, en su calidad de líder y representante del Consorcio, le hiciera ver a TR1 la existencia de estas obras extraordinarias. Además ZZ sostiene haber preparado y entregado a XX un listado de gastos adicionales, a fin de que fueren reclamados a TR1. ZZ asevera que no tenía conocimiento de que XX también tuviera reclamos que hacer contra TR1. En definitiva, XX, en representación del Consorcio, presentó a consideración de TR1 el requerimiento de pagos adicionales, que incluían los montos reclamados por ambas partes. El día 21 de agosto de 2003, ZZ afirma haber recibido una comunicación enviada por el representante de XX don J.O., donde se les informaba que, en el proceso de negociación llevado adelante con TR1 para el pago de costos adicionales y aumentos de obra, TR1 ofrecía pagar una cantidad única y total equivalente aproximadamente a 54.800 Unidades de Fomento por los aumentos de obra ejecutados por XX. Al día siguiente ZZ contestó esta carta, haciéndole presente a XX que consideraban totalmente inaceptable este principio de acuerdo, que consideraba únicamente un pago por los cargos hechos por XX. ZZ hace presente que XX actúa frente a TR1 en su calidad de representante y mandatario del Consorcio, y sostiene, además, que el ofrecimiento hecho por TR1 tenía por objeto resolver todos los reclamos y no sólo los de XX. Además, XX habría incumplido la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio (a fs.109), toda vez que ZZ mediante carta de 22 de agosto de 2003 le habría señalado al señor J.O. que XX no estaba facultada a llegar a ningún acuerdo con TR1 sin la autorización previa y por escrito de ZZ. Mediante comunicación de fecha 2 de septiembre de 2003, XX le habría informado que TR1 había hecho una oferta para conciliar las disputas con el Consorcio y que dicho acuerdo debía ser firmado al día siguiente por lo que solicitan a ZZ pronunciarse conforme al párrafo 5.11 del Acuerdo de Consorcio. En definitiva, ZZ afirma que sin mediar autorización escrita ni otorgada de ninguna otra forma por parte de ZZ a XX y sin haber transcurrido el plazo de 30 días que establece la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio, XX aceptó la oferta de TR1. Con fecha 17 de septiembre de 2003 XX procedió a retirar de las oficinas de TR1, el cheque emitido por este último a nombre del Consorcio, por un monto de \$ 974.965.823 correspondiente al estado de pago N° 20, es decir, correspondiente al acuerdo al que había llegado con TR1.

ZZ sostiene que XX no depositó el cheque en la cuenta corriente del Consorcio, como debía hacerlo, sino que lo hizo en su propia cuenta corriente, apropiándose ilegítimamente de dineros de la sociedad y disponiendo de ellos de manera unilateral. El día 31 de octubre de 2003 XX realiza un depósito en la cuenta corriente del Consorcio, por la cantidad de \$ 159.137.932 correspondiente al monto del IVA de la factura emitida por el Consorcio. Por lo anterior, ZZ sostiene que las pretensiones de XX en el sentido que se ordene a ZZ el giro y suscripción de los cheques para entregar a XX las sumas que le corresponden resultan absolutamente increíbles, toda vez que no puede haber giro de cheque alguno que tenga que firmar ZZ si los dineros no están en poder del Consorcio sino en poder del propio XX.

En diciembre de 2003, ZZ afirma que XX vuelve a incurrir en las mismas conductas ilegítimas y retiene la cantidad de 51.085,53 UF, correspondiente al estado de pago N° 21. De este monto, le correspondería a ZZ la cantidad de 20.371 UF (se reitera este punto a fs. 263).

En relación al numeral 3 de la demanda, ZZ alega que no es efectivo que el representante de la sociedad Consorcio sea el señor J.O. En efecto, de acuerdo al Artículo Transitorio Segundo del Acuerdo de Consorcio, el señor J.O. sólo representaría a la sociedad Consorcio ante TR1, con facultades que están expresamente delimitadas. Lo anterior diría directa relación con las disposiciones contenidas en el propio Acuerdo, en virtud del cual, XX asume la calidad de líder del Consorcio y representante del mismo ante TR1.

ZZ señala que durante todas las etapas del proyecto designó personal de primera línea técnica y profesional (reiterado a fs. 266).

En relación al punto 5 de la demanda (modificaciones al proyecto), ZZ señala que no es efectivo que los equipamientos y diseños de las instalaciones eléctricas, ambos de responsabilidad de ZZ, hayan originado atrasos importantes en actividades que formaban parte de la trayectoria crítica del proyecto. Lo que sí cabía a ZZ era notificar a XX la cantidad y tamaño de los conductos eléctricos requeridos y, luego, era responsabilidad de XX diseñar los ductos y cámaras. Señala que muy por el contrario de la afirmación de XX, esta sociedad no contaba con suficientes recursos. En definitiva, ZZ realizó este trabajo de ingeniería, sin embargo, XX se rehúsa a reembolsar estos costos, que ascienden a \$ 5.979.270.

Respecto a la demolición de ciertas obras para ajustar compuertas, que XX alega en su demanda que se debió a hechos de ZZ, ésta sostiene que las dimensiones de todas las compuertas fueron enviadas a XX con la debida anticipación y que estos trabajos de entrada fueron construidos antes que el coordinador del diseño pasara las dimensiones a XX (ello por razones que ZZ desconoce). Esta sería la razón que hizo necesaria la demolición para ajustar las compuertas. Igualmente, la razón de la demolición de varias obras civiles respondería directamente a la mala calidad de los trabajos de concreto, es decir, de las obras civiles de responsabilidad de XX.

En cuanto a la afirmación de XX en el sentido que las zanjas eléctricas no estarían incluidas en el diseño original, ZZ señala que ello es incorrecto. Que, de acuerdo a la cláusula 4.1 del Apéndice I del Acuerdo de Consorcio, estos trabajos debían ser ejecutados por XX. La misma afirmación hace ZZ respecto a la disposición del concreto alrededor de las bases del tanque de lodo, esta vez es la cláusula 2.7 del citado apéndice, la que establecería que estas obras eran de cargo de XX. Respecto a los graves problemas de coordinación a que hizo referencia XX en su demanda, ZZ reconoce que estos problemas existieron pero indica que habrían sido de responsabilidad de XX, ya que le correspondía a esta última coordinar el diseño, lo que no habría hecho. Los jefes de terreno de XX no asumieron sus obligaciones de coordinación. Por último, ZZ rebate la afirmación de falta de recursos disponibles para efectuar los trabajos.

En relación al punto 6 de la demanda, ZZ señala que nunca recibió copias de las cartas enviadas por XX a TR1 referente a temas económicos y financieros asociados a XX, que pudieran repercutir en los

intereses de ZZ, como es el caso del primer convenio de modificación de contrato. Sostienen que los señores K.K. y S.S. no tuvieron conocimiento del contenido de las cartas sobre obras adicionales presentadas a TR1 y tampoco las aprobaron.

Respecto a la reunión del día 22 de agosto de 2002, donde el Consorcio se habría comprometido y asegurado formalmente a TR1 que darían inicio a la puesta en marcha de la planta a más tardar el día 20 de octubre de 2002, ZZ reconoce la realización de esta reunión, pero aclara que el inicio de la puesta en marcha para la fecha señalada estaba sujeto a que XX terminara sus trabajos de construcción, para que ZZ tuviera acceso a instalar el equipo mecánico y eléctrico. Sin embargo, XX estaba retrasado tres meses en relación al programa original, razón por la cual muchos de los equipos auxiliares no estuvieron funcionando en la fecha comprometida. Lo anterior implicaría una seria falta a lo dispuesto en las cláusulas 3.1 y 3.2 del Acuerdo de Consorcio, cuya sanción estaría establecida en la cláusula 5.3.3 del Acuerdo que importa que XX debe reembolsar a ZZ los costos directos sufridos como resultado del retraso.

Sobre el numeral 7 de la demanda de XX, ZZ dice que no es efectivo que haya estado informado respecto de las comunicaciones formuladas por XX a TR1, en representación del Consorcio, en relación a los mayores costos. Por lo tanto nunca fueron aceptadas ni tampoco participó en ellas. De modo que mal pudo haber hecho presente sus propios reclamos en contra de TR1.

En cuanto al término de la puesta en marcha y recepción provisoria, ZZ indica que durante el período de puesta en marcha, TR1 no proporcionó la especificación correcta del afluente entrante lo cual afectó seriamente el funcionamiento de la planta. ZZ, a través del Consorcio advirtió de esta situación a TR1, sin embargo, ésta no lo aceptó. Luego se discutió este tema con el señor J.O. de XX, quien nunca planteó esta situación a TR1, supuestamente para no comprometer sus buenas relaciones. ZZ sostiene que a lo largo de varias reuniones, fue evidente que XX ya no representaba de buena forma los intereses del Consorcio, lo cual constituiría una infracción a la cláusula 2.4 del Acuerdo de Consorcio, lo que le daría derecho a ser indemnizada por XX.

El funcionamiento de la planta y la aceptación de la puesta en marcha se vieron afectados directamente por el retraso inicial de XX, como asimismo por las acciones directas de TR1. Sin embargo, XX, en representación del Consorcio se negó a defender y discutir estos temas con TR1, porque no quería comprometer sus relaciones con TR1. Esto, a juicio de ZZ, motivó a XX a llegar a un acuerdo con TR1 sin el consentimiento de ZZ y sin esperar el período de tiempo necesario, acordado por las partes, para los efectos de que ZZ hiciera efectivo su derecho de intentar acciones legales en contra de TR1. El acuerdo al que llegó XX con TR1 atenta, según ZZ, gravemente contra sus intereses.

En lo referente a la negociación y aceptación del segundo convenio por modificación de contrato, tratado en el numeral 9 de la demanda, ZZ reconoce que TR2 era uno de los accionistas de TR1, pero aclara que no era el controlador de TR1, y además la sociedad ZZ es una de las filiales de TR2. Sin embargo, ZZ afirma que jamás utilizó sus relaciones para influir en TR1. Fue únicamente ante la negativa de XX de incluir los reclamos de ZZ dentro de los reclamos del Consorcio en contra de TR1, que ZZ a través de sus contactos con el personal de TR2 en Chile, intentó instigar algún tipo de acuerdo y revisión a los puntos reclamados por ZZ.

Sobre la afirmación de XX acerca del regreso del señor K.K. a Inglaterra y que no se habría dejado a ninguna persona de ZZ a cargo que tuviera conocimiento de los problemas de la planta, ZZ señala que efectivamente el señor K.K. volvió a Inglaterra a fines de mayo de 2003, sin embargo, aproximadamente un mes antes se designó al señor A.O. como supervisor de ZZ para los seis meses de marcha blanca, y se le explicó detalladamente los problemas contractuales que ZZ había sufrido. El 26 de junio, el señor J.O. informó que se había planeado una reunión formal con TR1 para el día 27 de junio, es decir con sólo 24 horas de

anticipación. En ese momento el señor A.O. se encontraba de vacaciones por lo que se le solicitó al señor J.O. que la reunión fuera atrasada algunos días, posibilidad que fue tajantemente rechazada por el señor J.O. Frente a esta situación, ZZ fue representado por el ingeniero de proceso temporal señor C.V. y por el señor W.B., gerente de terreno, quienes no tenían la experiencia contractual que sí tenía el señor A.O.

El 1º de agosto ZZ confirma haber recibido una citación a reunión del Comité Administrativo. Pero el señor S.S. no podía asistir en la fecha fijada y además, no habiendo recibido ZZ ninguna respuesta de TR1 en relación a las demandas en su contra, estimaba que había muy poco que discutir. A pesar de lo anterior, el señor S.S. intentó reprogramar esta reunión, pero cada fecha propuesta era rechazada por el señor J.O. y el señor S.I., ambos de XX.

ZZ alega que la reunión del Comité Administrativo del Consorcio se llevó a efecto intencionalmente en momentos en que no se encontraba disponible ninguno de los representantes de ZZ. El día 21 de agosto de 2003 recibieron carta de XX donde se les informaba que, en el proceso de negociación llevado adelante con TR1 para los efectos del pago de estos costos adicionales y aumentos de obra, TR1 ofrecía pagar una cantidad única y total equivalente a aproximadamente 54.800 UF, por los aumentos de obra ejecutados por XX. Al día siguiente ZZ respondió señalando que consideraban totalmente inaceptable que el principio de acuerdo al que se había llegado con TR1 considerara únicamente los cargos hechos por XX. Esto implica una infracción a lo dispuesto en el punto 5.11 del Acuerdo de Consorcio. Además en esta carta se le habría señalado expresamente al señor J.O. que ZZ entendía que la oferta hecha por TR1 era un pago global por todos los reclamos de mayores obras y costos formulados por el Consorcio (no sólo por los reclamos de XX). Se hizo presente el rechazo a la aceptación de una multa por 4.000 UF y se le señaló al señor J.O. que XX no está facultada a llegar a ningún acuerdo con TR1 sin la autorización previa y por escrito de ZZ.

Sobre la aplicación por TR1 de una multa de 4.000 UF, ZZ indica que es total y directamente responsabilidad de XX que no fue capaz de negociar adecuadamente con TR1, haciéndole saber que el retraso en la aceptación de la puesta en marcha se debió a la actuación de TR1, razón por la cual no le correspondería al Consorcio responder por esto. ZZ sostiene que XX no veló por los intereses del Consorcio sino por los propios.

Respecto al canje de retenciones ZZ explica a fs. 263 que consiste en sustituir valores equivalentes al 5% (sic) de cada estado de pago que han sido retenidos por TR1 para responder de la corrección de los trabajos efectuados. Estos fondos se sustituyen por boletas bancarias de garantía en la etapa final del Contrato. XX efectuó esta gestión y presentó las boletas bancarias de garantía a TR1, por lo que se liberaron los fondos retenidos, los que fueron entregados al Consorcio. XX señala que el pago correspondiente a estas retenciones se mantiene congelado ya que ZZ se negaría a firmar el correspondiente cheque a favor de XX. Sin embargo, ZZ alega que los cheques se firman con los fondos previamente depositados en la cuenta corriente, lo que en este caso no ocurre.

En relación al daño en la imagen que XX afirma le produjo el actuar de ZZ, esta última señala que si XX ha sufrido algún perjuicio a su imagen ha sido por su propia conducta. A juicio de ZZ, XX ha tenido una actitud prepotente y matonesca y además incumplió gravemente sus obligaciones en el Contrato. A fs. 268 ZZ afirma que XX incumplió gravemente sus obligaciones en el Contrato, ejecutando con negligencia los trabajos de construcción, y acompaña de fs. 356 a fs. 365 fotografías de algunos de los trabajos que habrían sido ejecutados deficientemente por XX. A fs. 269 ZZ especifica las razones que, a su parecer, pueden producir este daño a la imagen de XX.

ZZ solicita tener por contestada la demanda y que sea rechazada íntegramente, con expresa condena en costas, o en subsidio, lo que el Tribunal estime procedente conforme a derecho.

A fs. 272 y siguientes, en el primer otrosí de su presentación del 6 de abril de 2004, ZZ, en calidad de cesionaria de los derechos que adquirió de la sociedad chilena ZZ, deduce demanda reconvenzional por incumplimiento de contrato, con indemnización de perjuicios, en contra de la sociedad XX, solicitando, con costas:

- a) Cumplimiento de lo establecido en el Artículo 11 del Acuerdo de Consorcio, esto es, la restitución inmediata al Consorcio, mediante el depósito en la cuenta corriente de la Sociedad Consorcio de la cantidad de 106.069,06 UF.
- b) Una vez restituidas estas cantidades, demandan en calidad de indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio, la cantidad de 23.399,31 UF, por concepto de los reclamos que tenía ZZ en contra de TR1 y que no pudo hacer valer por la negligencia e incumplimiento de XX.
- c) Entrega y giro inmediato de la cantidad de 20.371,3 UF, que le corresponde a ZZ del estado de pago N° 21.
- d) Cumplimiento del Acuerdo de Consorcio y en consecuencia el pago de la cantidad de \$ 357.827.315, correspondientes a mayores costos que ZZ debió absorber y solventar durante la ejecución del Contrato, por razones atribuibles a XX.
- e) Se demanda además que todas estas cantidades sean debidamente reajustadas y se apliquen sobre ellas los intereses pactados en la cláusula 5.10.3, equivalentes a la tasa base del BO1, más un punto porcentual desde las fechas en que todas estas cantidades debieron ser entregadas al Consorcio o a ZZ, según corresponda.

Respecto a los antecedentes de hecho fundantes de la demanda se dan por reproducidos íntegramente los hechos y antecedentes contenidos en la contestación a la demanda (letra A de fs. 274).

En relación a la letra a), ZZ sostiene que XX se ha apropiado indebidamente de los pagos hechos por TR1 al Consorcio, correspondientes a los estados de pago N° 20 y N° 21, por un monto aproximado de 106.069,07 UF. Ello en incumplimiento de las normas del Acuerdo de Consorcio (Artículo 11) y de las normas relativas al mandato, contenidas en los Artículos 2.116 y siguientes del Código Civil. Estas normas imponen al mandatario (XX), la obligación imperativa de depositar en la cuenta corriente del Consorcio todas las cantidades pagadas a éste. De modo que XX debe restituir las cantidades mencionadas a la cuenta corriente del Consorcio.

Sobre el pago de indemnización de perjuicios por incumplimiento del Acuerdo de Consorcio (letra b), se reitera que XX no dio cumplimiento a lo establecido en el Artículo 5.11 de tal Acuerdo, en relación a los reclamos sobre mayores costos y aumentos de obra presentados a TR1, llegando a un convenio y finiquito con este último, sin estar facultado por su socio ZZ y sin haber dado cumplimiento a los plazos que se establecían en el Acuerdo de Consorcio. De esta forma, sin mediar autorización escrita ni otorgada en ninguna otra forma por parte de ZZ a XX y sin que haya transcurrido el plazo de 30 días establecido en el Artículo 5.11 citado, ZZ afirma que XX no estaba facultada a cerrar ningún acuerdo con TR1. Al ser XX quien tenía la representación del Consorcio frente a TR1, nada se puede reclamar ahora a TR1, razón por la cual XX debe, según ZZ, indemnizar los perjuicios que su incumplimiento ha provocado, siendo aplicable en la materia lo dispuesto por los Artículos 2.116 y siguientes del Código Civil, como asimismo lo relacionado con la fuerza obligatoria de los contratos para las partes. Por estas razones ZZ entiende que XX debe ser condenado al pago de 23.399,31 UF.

En relación a los mayores costos asumidos por ZZ, por responsabilidad de XX, ZZ enumera a fs. 282 una serie de trabajos adicionales que a su parecer deben ser asumidos y pagados por XX. En primer término, demanda la suma de \$ 5.979.270 por concepto del pago que ZZ debió realizar al subcontratista eléctrico TR3 para el diseño del sistema eléctrico del ducto, que según la cláusula 4,1 del Apéndice 1 del Acuerdo de Consorcio era de responsabilidad de XX. La suma de \$ 552.960 que debió pagarse a TR4 S.A. por la instalación de la compuerta de entrada que también era de responsabilidad de XX. En tercer término demanda la suma de \$ 1.585.000 por concepto de modificación y regalvanización de las patas del trípode, efectuado por TR5 con el acuerdo de XX, en el sentido que ésta reembolsaría estos gastos a ZZ. La suma de \$ 32.254.368 por costo de grúa, materiales y horas-hombre correspondiente al trabajo mecánico asociado a la instalación de los trípodes. La suma de \$ 2.160.000 por concepto de pago a un especialista para solucionar el problema de obstrucción de tubería, que es responsabilidad del contratista civil (XX). Por costos adicionales en pagos al contratista TR4, ZZ demanda la suma de \$ 6.832.320 en que debió incurrir debido a los errores de dimensión de las paredes internas de los estanques de aireación, que significó que TR4 debió cortar y modificar las estructuras. La suma de \$ 38.661.661 por elevación de las tuberías de aireación, las que originalmente fueron presentadas como subterráneas, pero que a petición de TR1 fue elevada encontrándose sobre el nivel del suelo. El acuerdo dice que toda la tubería externa es responsabilidad de XX por lo que debe asumir este costo. Por aumento del período en terreno del contratista eléctrico debido a los retrasos civiles y retrasos para afinar las estructuras civiles, ZZ demanda la suma de \$ 10.633.968. Por concepto de mano de obra adicional y aceleración del programa de TR4 debido a la construcción tardía y a los accesos mecánicos a los estanques de sedimentación final, y a los trabajos de entrada, XX debe asumir el costo ascendente a \$ 8.100.000. Costos por gastos y personal adicionales en que ha debido incurrir ZZ debido al retraso en el programa original en los trabajos civiles de cargo de XX, se demanda por este concepto la suma de \$ 251.067.768. Por último, ZZ demanda el pago del porcentaje que corresponda, el que deberá ser determinado, por cuanto XX habría recibido 1% del valor total del Contrato por la administración completa de todos los aspectos del Contrato, en circunstancias que ZZ ha debido realizar variadas y múltiples actividades y también incurrir en costos que debieran estar incluidos dentro de este porcentaje. Todos estos costos adicionales suman la cantidad de \$ 357.827.315, que según ZZ deben serle pagados por XX.

ZZ además demanda que se apliquen sobre todas estas cantidades, desde las fechas en las que éstas debieron ser pagadas o desde la fecha en que se ordene el pago de las mismas, los intereses pactados en la cláusula 5.10.3, equivalentes a la tasa base del BO1, más un punto porcentual.

En cuanto al derecho, ZZ funda su demanda reconvenzional en sólo una carilla, invocando las normas contenidas en los Artículo 1.545 y siguientes del Código Civil, como también lo dispuesto sobre el mandato en los Artículos 2.116 y siguientes del mismo Código. Señala ZZ que el Acuerdo de Consorcio es un documento que deben tener en cuenta y respetar las partes para los efectos de las relaciones entre ambas. Además no sólo obliga a lo que en él se establece, sino también al cumplimiento de los contratos en base al principio de buena fe.

De fs. 290 a fs. 365 se encuentran agregados los documentos acompañados por ZZ como fundamento de lo sostenido en su escrito. Los documentos se encuentran signados con los números 1 a 20, y se hallan resumidos en el segundo otrosí de fs. 287.

A fs. 366, con fecha 7 de abril de 2004 el Tribunal tiene por contestada la demanda y otorga traslado de la demanda reconvenzional. Los documentos se tienen por acompañados con citación, y se ordena que los presentados exclusivamente en inglés sean traducidos y acompañados nuevamente en español. Los documentos no dieron lugar a objeciones. Lo que es válido respecto a toda la prueba instrumental del proceso.

De fs. 367 a fs. 445 se encuentran agregados los documentos acompañados por XX en su contestación a la demanda reconvenzional, documentos signados con los números 1 a 39.

Desde fs. 446 hasta fs. 501 XX contesta la demanda reconvenzional solicitando que sea desechada, con costas, por carecer de fundamentos en los hechos y en el derecho.

XX señala que la demanda ha sido interpuesta por una compañía que no es titular de los derechos que demanda. Afirma que es efectivo que la sociedad británica ZZ le cedió a la sociedad ZZ y Compañía Limitada todos los derechos y obligaciones emanados del Acuerdo de Consorcio, sin embargo, respecto a la posterior nueva cesión (en sentido inverso) de estos derechos a la sociedad constituida bajo las leyes del Reino Unido ZZ, que habría producido plenos efectos por la aceptación tácita del deudor cedido, XX afirma que esta aseveración no es efectiva, que jamás ha sido notificada ni menos tiene noticia alguna de esta presunta cesión. De este modo XX desconoce esta cesión de derechos, lo que no ha producido efecto alguno respecto de XX, por lo que quien demanda carece de titularidad para hacerlo.

Respecto a la afirmación de ZZ en cuanto a que XX se habría apropiado indebidamente de dineros del Consorcio, señala XX que esto no es así. Por el contrario, estos dineros estarían depositados en el Banco BO2 y en el Banco BO3, a nombre del Consorcio, ganando intereses. Agrega que la razón de esto es que ZZ debía firmar ciertos cheques de la cuenta corriente del Consorcio, a lo cual se negó, por lo que dejar los fondos en tal cuenta corriente habría provocado que éstos se desvalorizaran y no ganaran los intereses que todo administrador diligente debe procurar que sus fondos ociosos produzcan.

Señala que en septiembre de 2003, TR1 canceló al Consorcio el estado de pago N° 20, correspondiente a la segunda modificación del Contrato, por la suma de 54.983,54 UF por obras adicionales, de los cuales 54.868,01 correspondían a obras efectuadas por XX, y 113,53 UF, a trabajos efectuados por ZZ, ello según detalle entregado por TR1. En el mismo convenio se determinó la aplicación de una multa por 4.033,63 UF por el atraso en el término de la etapa de puesta en marcha de la planta, de responsabilidad de ZZ. De todos los representantes de ZZ facultados para girar cheques, el único que se encontraba en Chile a la fecha era don R.T., a quien se le requirió la firma del cheque, sin embargo el señor R.T. habría informado a XX que tenía instrucciones precisas de no suscribir dicho cheque. Por esta razón XX endosó el cheque para tomar un depósito a plazo a nombre del Consorcio. La misma operación se ha efectuado con todos los pagos hechos ulteriormente por TR1, desde que ZZ se negó a firmar los cheques que correspondía pagar a los socios del Consorcio.

Fuera de esto, XX sostiene que la petición de ZZ es imprecisa por cuanto demanda una suma en UF cuando el pago efectuado por TR1 son valores expresados en pesos, no señalando a qué fecha ha calculado el valor de dichas Unidades de Fomento. Además ZZ solicita la restitución de un valor de "aproximadamente" 106.069,07 UF, lo que atenta contra la más mínima precisión que debe contener toda demanda.

Respecto al Acuerdo de Consorcio, a fs. 452 y siguientes XX afirma haber cumplido la letra y el espíritu del mismo. Sostiene que los reclamos de ZZ en el sentido que se habría incumplido lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio no son efectivos. Señala que XX realizó múltiples y reiteradas gestiones para que una persona de ZZ defendiera sus reclamos, pero la negligencia y desidia más absoluta de ZZ habría hecho que TR1 rechazara todos sus planteamientos. XX afirma haber actuado diligentemente cumpliendo la letra y espíritu del Acuerdo, por lo que esta demanda debe ser rechazada.

En relación a la etapa de puesta en marcha de la planta, XX indica que la etapa anterior, esto es, la etapa de construcción y montaje –de cargo de XX– se habría completado dentro del plazo acordado en la primera modificación del Contrato. La siguiente etapa era de responsabilidad de ZZ ya que correspondía a la puesta en marcha de la planta, que de acuerdo al Contrato debía entregarse funcionando, lo que

implica que debía cumplir con los parámetros de calidad señalados en el Contrato. La puesta en marcha se inició, según lo acordado, el día 20 de octubre de 2002, y debía durar 60 días, período extendible en caso de que no se alcanzaran los requisitos sobre calidad del efluente y lodos, hasta su cumplimiento, sin perjuicio de las multas que podía cobrar TR1. De este modo, la etapa de puesta en marcha debía concluir el 20 de diciembre de 2002, fecha en que se le solicitó a TR1 la aprobación de la puesta en marcha y la autorización para dar inicio al período de marcha blanca, a lo cual TR1 se habría negado tajantemente sosteniendo que la planta se encontraba completamente fuera de parámetros y que su funcionamiento era deficiente. ZZ señaló que lo anterior no es efectivo y que el personal de TR1 no estaba calificado para plantear estos problemas. Con fecha 18 de febrero de 2003 se le requiere nuevamente a TR1 el término de la puesta en marcha, sin embargo, una vez más lo rechaza por mal funcionamiento de la planta. El día 18 de marzo de 2003, el señor J.O. envía una carta a ZZ en que se le hace ver que este atraso ha retardado la cancelación del estado de pago correspondiente al hito puesta en marcha y ha postergado el análisis de la presentación efectuada a TR1 por modificaciones del proyecto, lo que sería demostrativo que a esa fecha ZZ estaba en conocimiento de la existencia de una presentación efectuada por XX a TR1. Así, hasta mayo de 2003, la única parte del Consorcio que requería el pago de costos adicionales a TR1 era XX. El día 1º de abril se envió una nueva solicitud a TR1 para el término de la puesta en marcha, la que también fue rechazada. Por lo anterior se le envía una carta a ZZ el día 9 de abril de 2003, donde se les comunica que el Consorcio está expuesto a la aplicación de multas. Además se le insistió respecto al requerimiento que el señor S.S. u otro ejecutivo de ZZ programe viajar a Chile para resolver estos temas. Respecto al término de la puesta en marcha, ésta, en definitiva, se produjo el día 9 de mayo de 2003, fecha en que TR1 procede a la recepción provisional de la planta (con efecto retroactivo, al día 22 de abril de 2003), con lo que se da inicio al período de marcha blanca. Los representantes de ZZ no estuvieron presentes para esta gestión, por lo cual se les remitió copia del acta de recepción de la planta, informándoles que se procedería a devolverla firmada salvo que estimaran lo contrario. Al no haber reparos por parte de ZZ, el acta se devolvió firmada a TR1, efectuando expresa reserva de los derechos del Consorcio en relación a la fecha consignada para el término de la puesta en marcha. Lo anterior sería demostrativo que XX sí velaba por los intereses del Consorcio. XX insiste en que en numerosas ocasiones intentó reunirse con los representantes de ZZ para discutir los problemas que presentaba la planta, reuniones que se retrasaron constantemente por imposibilidad de ZZ de asistir a ellas, habiendo transcurrido cinco meses desde que se requirió la presencia del director de proyectos de ZZ (miembro del Comité de Administración del Consorcio) para atender los problemas de la planta de tratamiento de B.; los eventuales reclamos de ZZ; y el pago de las obras adicionales ejecutadas por XX. Recién el día 28 de mayo de 2003 el señor K.K. envía la presentación por mayores obras u otros costos efectuados por ZZ y que reclaman deben ser devueltos por TR1 en una versión en español, aprobada por sus superiores en Inglaterra. Con fecha 10 de junio de 2003, el señor J.O. en representación del Consorcio confecciona una carta para TR1, que contiene un listado de ítem ejecutados por ZZ junto con un desglose del costo estimado y una solicitud para reunirse y proceder a su análisis y aprobación. Es decir, ZZ se demoró casi un mes y medio en completar adecuadamente lo requerido para ser presentado a TR1, lo que a juicio de XX demostraría una completa falta de interés en el tema. XX hace presente que los reclamos de ZZ sumaban 23.000 UF, todos rechazados tajantemente por TR1. Las multas que TR1 cobraba por el atraso del término de la puesta en marcha ascendían a más de 60.000 UF. XX sostiene que su problema era mucho mayor, ya que había ejecutado trabajos adicionales por más de 118.000 UF. Para tratar estos temas, TR1 fijó una reunión para el día 27 de junio de 2003, fecha que fue informada al señor K.K., quien no podía asistir por encontrarse radicado en Inglaterra, razón por la cual intentó retrasar la fecha de la reunión, lo cual fue rechazado por TR1. En definitiva la reunión se realizó en la fecha prevista con asistencia del señor W.B. por ZZ, quien manifestó no estar autorizado para tomar acuerdos respecto a lo que se analizaría.

Ante la ausencia de los ejecutivos de ZZ, el representante del Consorcio les envió una carta el día 1º de agosto de 2003, en la que les hace presente que durante el período de operación de la planta, ésta

se ha visto afectada por una serie de problemas electromecánicos y de procesos que han impedido la normal operación de las instalaciones, situación que expone al Consorcio a la aplicación de multas por parte de TR1.

El mismo día, por carta, se efectuó la citación a reunión del Comité Administrativo, que debería celebrarse el 19 de agosto de 2003. La finalidad de la reunión era tratar todos los temas pendientes que permitan dar cumplimiento al Contrato, especialmente en su etapa de marcha blanca. ZZ no asistió a esta citación, por lo que la reunión no se pudo realizar por falta de quórum. Según XX, el Acuerdo de Consorcio prevé para esta circunstancia (cláusula 4.1.8), que ella debe celebrarse al día siguiente, a la misma hora y lugar, oportunidad en la cual, el o los representantes presentes constituirán quórum. En definitiva la reunión se realizó el día 20 de agosto, y en ella se tomó conocimiento, según lo que habría informado el señor K.K. al señor J.O., que ZZ estaba llevando a cabo una negociación directa con su matriz TR2 en Inglaterra, para conseguir la aceptación de su presentación por mayores costos. También se tomó conocimiento de la posición de TR1, respecto de las presentaciones por mayores obras, en cuanto a que pagaría 54.000 UF aproximadamente por las mayores obras ejecutadas por XX. Finalmente se habría autorizado al señor S.I. a terminar las negociaciones con TR1.

La propuesta de TR1 habría sido comunicada al señor S.S. de ZZ el día 21 de agosto de 2003. ZZ respondió mediante carta fechada 22 de agosto, que habría sido recibida en idioma español el día 26 de agosto, donde hace presente que a su entender la oferta efectuada por TR1 era un monto global por los trabajos adicionales efectuados por ambas partes en el Consorcio, y no sólo por los trabajos de XX. Para ésta, la carta era un último intento por enervar cualquier arreglo con TR1, sin plantear ninguna solución alternativa, y sin siquiera proponer alguna fecha para que los altos ejecutivos de ZZ vinieran a Chile a atender estos problemas.

Según XX, TR1 estaba apurada en recibir una respuesta a su propuesta, por lo que mediante e-mail de fecha 2 de septiembre de 2003, el gerente general de TR1 comunicó a XX que tenían hasta el día siguiente para comunicar el acuerdo, es decir, habría fijado un plazo perentorio para la firma de la segunda modificación de Contrato, por lo que, en cumplimiento de la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio se le informó esta circunstancia a ZZ. ZZ no respondió esta última comunicación, por lo cual XX firmó la segunda modificación del Contrato el día 3 de septiembre de 2003.

XX afirma que cumplió el espíritu del Acuerdo de Consorcio, manteniéndose más de nueve meses defendiendo los intereses de su socio en el Consorcio, a pesar de que éste demostraba una negligencia y porfía sin límites. Señala XX que ZZ confiaba concertarse con los ejecutivos de TR2 para solucionar los problemas que tenían. XX alega haber agotado todas las gestiones que el espíritu del Acuerdo de Consorcio le requerían para reclamar la presencia de ZZ. Cuando ello fue imposible, debió actuar con los mecanismos contractuales diseñados para dar curso progresivo a la gestión del Contrato y cumplir con él, evitando a ZZ las graves multas que les aplicarían y que afectarían al Consorcio. Además XX señala haber cumplido con la letra del Acuerdo de Consorcio y que habría sido ZZ la parte que incumplió las obligaciones que el mismo le imponía.

Respecto a los mayores costos que ZZ alega haber tenido que absorber, por un monto de \$ 357.827.315, XX señala que esta petición carece de todo fundamento en los hechos y el derecho ya que cada uno de ellos correspondería a retardos de ZZ o a riesgos directos de cargo de ZZ, que según el Acuerdo debían ser asumidos por cada una de las partes, dado que los mayores costos son propios de faenas de su cargo y responsabilidad. XX señala las razones por las que, a su parecer, cada uno de estos cargos debe ser rechazado.

Sobre la pretensión imprecisa y no desarrollada de ZZ (a fs. 273) de entrega y giro inmediato de la cantidad de 20.371,3 UF, que le corresponderían del estado de pago N° 21, XX señala a fs. 491, que se trata de una cantidad no discutida y reconocida expresamente por XX como de propiedad de ZZ, pero agrega que se encontraría retenida por el propio ZZ, al negarse a firmar los cheques de distribución por el Consorcio. (Esta pretensión fue reformulada por ZZ en \$ 412.275.769, monto que obtiene acorde al considerando vigésimo primero).

Respecto al pago de intereses, XX señala que como ninguna de las pretensiones de ZZ tiene fundamentos en los hechos y el derecho, éstas deben ser desechadas, sin que tenga base alguna pretender que se deban intereses por estas sumas.

En cuanto a los fundamentos de derecho de la demanda reconvenional, XX hace referencia a los requisitos que deben concurrir para que exista responsabilidad contractual, tema regulado en los Artículos 1.545 y siguientes del Código Civil. Respecto al segundo requisito de la responsabilidad contractual, esto es, que el deudor no realice la conducta convenida del modo que está consagrado en el Contrato, este requisito no se cumpliría por cuanto XX habría cumplido con las obligaciones impuestas por el Acuerdo de Consorcio. Respecto al tercer requisito de la responsabilidad contractual, esto es, que la inejecución de la conducta debida esté acompañada de un reproche al obligado en los términos descritos en la ley, XX sostiene que el juicio de reproche requiere la presencia de dolo o culpa, y agrega que el factor de imputación de una conducta del deudor puede ser eliminado por una conducta del acreedor o por otros factores. De este modo no puede imputarse una conducta al deudor cuando la infracción ha ocurrido por hecho o culpa del acreedor de dicha obligación. XX sostiene que para el caso hipotético que se estime que existieron algunas o todas las infracciones a las obligaciones denunciadas por ZZ, éstas no serían reprochables a XX, pues en cada uno de los casos ha existido culpa grave o dolo por parte de ZZ. Por último para que haya lugar a la responsabilidad, es necesario que la omisión de la conducta debida cause daño al acreedor. A este respecto XX sostiene que el presunto daño que pretende haber sufrido ZZ respecto de la supuesta infracción de XX al suscribir la segunda modificación al Contrato, no reviste de ninguna manera este requisito básico. No se trataría de un daño real, tampoco el perjuicio es cierto, no tendría ningún viso de existencia objetiva, no sería posible deducirlo del curso normal y previsible de los hechos que se seguiría del incumplimiento de la supuesta obligación de no suscribir dicho instrumento. Los daños que alega ZZ no tendrían como causa inmediata y necesaria el supuesto incumplimiento de XX.

Por lo expuesto se solicita tener por contestada la demanda reconvenional y rechazarla íntegramente con expresa condenación en costas o en subsidio resolver lo que se estime procedente conforme a derecho. En el otrosí se acompañan los documentos a los cuales se aludió más arriba.

A fs. 502, con fecha 23 de abril de 2004, el Tribunal tiene por contestada la reconvenición y por acompañados los documentos con citación. Además se cita a las partes a comparendo de conciliación para el día 19 de mayo de 2004.

A fs. 503 y ss. consta el acta del comparendo de conciliación y pliego de preguntas a las partes. El día 19 de mayo de 2004 se llevó a efecto el comparendo de conciliación decretado, con asistencia de XX representada por su abogado patrocinante don AB1 y de ZZ, representada por su abogado patrocinante don AB2. La conciliación no se produce. El Árbitro procede a formularles a los abogados un conjunto de once preguntas, a fin que las contesten por escrito, conjunta o separadamente, dentro de un plazo de quince días. Se deja establecido que más adelante el Árbitro, si lo estima adecuado, citará a las partes a un comparendo destinado a fijar reglas especiales para la rendición de las pruebas. Además y atendida la complejidad de este juicio, las partes de común acuerdo proceden a aumentar el término de seis meses para la dictación del laudo, a quince meses hábiles, plazo convencional que no impedirá

que si el Tribunal arbitral lo estima necesario, determine la prórroga suplementaria de hasta seis meses establecida en el Artículo 33 del actual Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM. Así se dispuso por el Tribunal en el proveído de fs. 991. En materia de cuantía del presente juicio, la sumatoria de las pretensiones de ambas partes arroja un valor aproximado de 282.049 UF, más accesorios.

A fs. 508 y ss. XX contesta las preguntas formuladas por el Árbitro en el comparendo de conciliación.

A fs. 515 y siguientes ZZ contesta las preguntas formuladas en el comparendo de conciliación.

A fs. 524, con fecha 15 de junio de 2004 el Tribunal tiene por contestadas las preguntas y cita a las partes a comparendo destinado a organizar la rendición de la prueba para el día 8 de julio. Las respuestas a las preguntas ilustran bastante bien sobre la operativa práctica del Contrato con TR1. Véase, por ejemplo, la pregunta 9 a fs. 505, y las respuestas parecidas de fs. 510 y 521, sobre el tópico cómo y quién hacía los pagos relativos al Contrato.

A fs. 525 ZZ acompaña documento en prueba de la cesión de contrato a que se hace referencia en los escritos del período de discusión. La cesión de fs. 526, fechada en Londres el 13 de enero de 2004, no fue objetada.

A fs. 551 consta el acta del tercer comparendo llevado a cabo el día 8 de julio de 2004 al cual asisten ambas partes. Se precisa que la parte reconviniente es la sociedad ZZ, constituida de acuerdo a las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña. Se establece que la recepción de la causa a prueba se producirá a partir del 16 de agosto. Además, de común acuerdo las partes, se fijan reglas sobre la rendición de pruebas. De común acuerdo las partes, se declaran saneados cualesquiera vicios procesales que hubiesen podido existir hasta la fecha de este comparendo inclusive.

A fs. 554 y ss., con fecha 24 de agosto de 2004, se recibe la causa a prueba y se fijan los hechos sobre los cuales ésta deberá rendirse.

A fs. 562 y ss. el abogado don AB2, por ZZ, repone el auto de prueba solicitando que se agregue al punto 8 lo que en dicho escrito se señala.

A fs. 566 y ss. la parte de XX, a través de su abogado don AB1 interpone recurso de reposición en contra del auto de prueba, solicitando la eliminación del punto 1, y la modificación de los puntos N° 6 y 11.

A fs. 570, con fecha 3 de septiembre de 2003, el Tribunal otorga traslado a las partes de los escritos de reposición.

A fs. 571 ZZ evacua el traslado conferido.

A fs. 573 XX evacua traslado.

A fs. 574, con fecha 14 de septiembre de 2004, el Tribunal resuelve las reposiciones de las partes, manteniendo el punto uno de la resolución de fs. 554, modificando el punto seis, sólo respecto a la última frase, modifica el punto ocho y el punto once. De este modo el término de prueba comienza a correr al día hábil siguiente a la notificación de este proveído.

A fs. 575 y ss. XX presenta lista de testigos y minuta de puntos de prueba.

Desde fs. 579 hasta fs. 595, ZZ presenta lista de testigos y minuta de puntos de prueba.

A fs. 596 XX solicita se cite a absolver posiciones a don S.R. director de proyecto de ZZ.

A fs. 597 con fecha 29 de septiembre de 2004, el Tribunal tiene por presentadas las listas de testigos y minutas de puntos de prueba y precisa que la prueba de testigos deberá rendirse por escrito, al tenor de la respectiva minuta, ante notario público y acompañarse a los autos, dentro de los diez días hábiles siguientes a la última notificación de este proveído. Todo esto en concordancia con el tenor del acta del comparendo rolante a fs. 551.

A fs. 598 con fecha 5 de octubre, se fija el día jueves 28 de octubre de 2004, para la audiencia de prueba confesional a la cual deberá concurrir personalmente el absolvente.

A fs. 602 XX acompaña declaraciones de cinco testigos que están agregadas de fs. 603 a 638.

A fs. 639 ZZ acompaña declaraciones de nueve testigos, agregadas de fs. 641 a fs. 683.

A fs. 684 XX acompaña declaraciones de otros dos testigos, agregadas a fs. 685 a 699.

A fs. 700, con fecha 20 de octubre de 2004 el Tribunal posterga la audiencia de absolución de posiciones fijada primitivamente para el 28 de octubre, para el día 3 de noviembre de 2004. Se ordena a XX acompañar un nuevo pliego de posiciones en idioma inglés, el que será traducción fiel del pliego ya acompañado en castellano. Se determina que la diligencia tendrá lugar en inglés, de acuerdo a lo solicitado por ambas partes durante el último comparendo. Se prorroga el término de prueba hasta el día veinticinco de noviembre.

A fs. 701, con fecha 22 de octubre de 2004 el Tribunal provee el escrito de XX de fs. 684 y se tienen por acompañadas fuera de plazo las declaraciones de los testigos indicados en dicha presentación.

A fs. 702 XX interpone recurso de reposición en contra de la resolución de fecha 22 de octubre.

A fs. 704 XX acompaña nuevo sobre cerrado con el pliego de posiciones en idioma inglés.

A fs. 705 XX impugna la validez de las declaraciones de testigos de la contraria y en subsidio deduce tachas que indica. Además solicita se le formulen a los testigos que indica, las contrainterrogaciones que señala.

A fs. 708 XX acompaña original del convenio de fecha 27 de julio de 2004, denominado "Liquidación Final y Finiquito" suscrito por TR1, el Consorcio XX-ZZ Limitada, la sociedad XX y la sociedad ZZ. Este documento y su anexo 1, constitutivo del estado de pago final N° 22, más el acta de recepción definitiva de las obras por TR1, rolan a fs. 713-734 y se tuvieron por acompañados con citación, sin haber sido objetados. Además XX solicita al Tribunal decretar un informe pericial que determine, en base a los documentos que indica, cuáles eran las cuotas de participación de XX y de ZZ en cada una de las partidas que conforman el Contrato; y de cargo y responsabilidad de qué parte del Consorcio era cada una de dichas partidas; así como quién las ejecutó. A fs. 736, con fecha 29 de octubre de 2004, el Tribunal otorga traslado respecto a esta solicitud de peritaje.

A fs. 735, el Tribunal acoge el recurso de reposición interpuesto a fs.702, teniendo por tanto por acompañadas dentro de plazo las declaraciones testificales que se indican.

A fs. 738 ZZ alega la inhabilidad de las declaraciones de los testigos de XX que señala y en subsidio formula preguntas para tachas.

A fs. 745 y ss. después de abierto el sobre correspondiente, al inicio de la confesional de fs. 751, se encuentra agregado el pliego de posiciones en inglés, para la absolución de posiciones del señor S.S.

A fs. 751 consta el acta de la audiencia de absolución de posiciones que se llevó a efecto del día 3 de noviembre de 2004 con la asistencia de los abogados patrocinantes de ambas partes y con la asistencia del absolvente señor S.S.

La diligencia se realiza en inglés.

A fs. 759 ZZ evacua traslado respecto del peritaje solicitado por XX.

A fs. 767 con fecha 8 de noviembre de 2004, de común acuerdo las partes se resuelve que se efectúe un peritaje a fin de determinar las respectivas cuotas de participación de XX Limitada y de ZZ en cada una de las partidas que conforman el Contrato; cuál miembro del Consorcio estaba a cargo y era responsable de cada partida; y si esa parte o miembro la ejecutó. En caso negativo, quién la ejecutó. Se cita a las partes a comparendo para el día 18 de noviembre destinado a precisar las calidades y/o títulos del perito, detalles de su misión, y la persona del perito.

A fs. 770 y ss. ZZ acompaña pliego de respuestas a las contrainterrogaciones que indica, el cual se encuentra agregado a fs. 772 y 773.

A fs. 774 XX acompaña declaraciones de testigos que indica.

A fs. 783 ZZ formula tachas a testigos que indica y acompaña traducción al español del acta de la diligencia de absolución de posiciones. Esta traducción fue aceptada por XX a fs. 796.

A fs. 791 a 795 consta acta del comparendo del día 18 de noviembre donde, de común acuerdo las partes, se resuelve que el perito sea una persona natural, ingeniero civil, con razonable dominio del inglés, quien deberá informar sobre los cinco puntos señalados. Además, de común acuerdo las partes, el Tribunal decreta una serie de normas de cierre del procedimiento, antes de la etapa de redacción final del laudo. Entre ellas figura la posibilidad que cada una de las partes reformule sus pretensiones. Se nombra como perito al ingeniero civil don PE1. En subsidio se designaría a don PE2.

A fs. 795 con fecha 24 de noviembre de 2004, don PE1 declara aceptar el cargo de perito, y jura desempeñarlo con fidelidad.

A fs. 797 la parte de XX presenta las declaraciones de dos de sus testigos a las preguntas de tachas de la contraria; también añade los documentos numerados 1 al 12, rolante hasta fs. 876. Los que se tuvieron por acompañados con citación, a fs. 925.

A fs. 877 ZZ acompaña respuestas a las preguntas planteadas por la parte de XX al testigo señor W.B.

A fs. 879 ZZ acompaña documentos que se encuentran agregados de fs. 886 a fs. 924, más siete archivadores, N°s. 1 al 7, respecto a los cuales se ordenó la formación de cuaderno separado. Estos documentos se tuvieron por acompañados con citación, con fecha 1° de diciembre de 2004, a fs. 925.

La extensa documentación acompañada por ZZ consiste principalmente en facturas y boletas, minutas internas, fotocopias que a su parecer acreditarían la pretensión de cobro de mayores gastos en que debió incurrir ZZ por causas directamente atribuibles a XX.

A fs. 926 XX formula observaciones a dichos documentos acompañados por la contraria, solicitando se tenga presente su inutilidad.

A fs. 929 se tiene por acompañado el informe pericial, con el cual se forma cuaderno separado. Además se otorga a las partes traslado por el término de diez días. Este proveído también rola a fs. 26 del cuaderno separado. La pericial consta de veinticinco carillas, más un grueso archivador rojo que entregó el perito (cuaderno separado de anexos al peritaje, que consta de 322 fs.).

A fs. 930 don AB1, por la parte demandante, reformula sus pretensiones concretas, detallando los hechos ocurridos durante el pleito y como cada uno de ellos no hace sino ratificar la procedencia de la demanda interpuesta por XX. Además hace presente como en este proceso se ha acreditado cada uno de los hechos en que se funda la demanda.

En esta presentación XX reitera lo solicitado en la demanda y los hechos en que se funda, poniendo especial énfasis en el informe pericial evacuado en autos, el cual, a su parecer confirmaría las afirmaciones de la demanda.

XX indica que acompañó abundante prueba documental de sus pretensiones, la cual no fue objetada por la parte de ZZ. Señala que acompañó un informe sobre el costo y las actividades necesarias para desarrollar un programa para recuperar la imagen corporativa de XX. Además hace presente que se agregó a los autos un informe elaborado por un ingeniero de TR7, que deja constancia que las obras adicionales valorizadas que se contienen en el cuadro que individualiza, eran de cargo de ZZ y debieron ser ejecutados por ZZ. Pero que dichos trabajos fueron realizados y soportados por XX. Se acompañó documentación para acreditar que el señor S.S. es director de proyectos de ZZ y el señor A.J. es director comercial y su secretario general. Se acompañaron además facturas y copia de una serie de cartas que a su juicio fundamentarían su demanda.

Respecto a los presuntos mayores costos que ZZ debió absorber, señala que la demandada no rindió prueba alguna que pueda causar convicción a su respecto. La única prueba la constituirían declaraciones de los propios dependientes de ZZ que hacen afirmaciones genéricas sin dar razón de sus dichos.

Respecto a las declaraciones testimoniales de ZZ, se hace presente que se impugnó su validez por cuanto éstas habrían sido prestadas sin las solemnidades mínimas establecidas por el Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, se dedujo tachas en contra de las declaraciones de los testigos que se individualizan.

Respecto a la pretensión de ZZ de entrega y giro de la cantidad de 20.372,3 UF, XX sostiene que esta pretensión no fue desarrollada en la demanda reconvenional.

Por último señala que una cuestión previa que no ha sido resuelta es que la demanda reconvenional de ZZ habría sido interpuesta por una Compañía que no es titular de los derechos que demanda, toda vez que XX jamás ha sido notificada ni tiene noticia de la presunta cesión que le habría hecho ZZ y Compañía Limitada a ZZ Ltd.

A fs. 962 don AB2, por la parte de ZZ reformula pretensiones concretas que indica y formula observaciones a la prueba. En primer término reformula la pretensión de restitución por los montos correspondientes a los estados de pago N°s. 20, 21 y 22. Señala que se hace necesaria esta reformulación por cuanto estas pretensiones inicialmente fueron planteadas teniendo en cuenta únicamente los hechos y circunstancias conocidos por ZZ al momento de interposición de la demanda reconvenional. Afirma que este desconocimiento se produjo como consecuencia de la negativa de XX a entregar la información debida. Además hay hechos posteriores a la demanda que hacen necesario reformular esta pretensión.

En efecto, al momento de presentación de la demanda reconvenzional, TR1 no había solucionado el estado de pago N° 22, así, ZZ afirma que XX cobró, retiró y retuvo no sólo los estados de pago N°s. 20 y 21 sino que habría hecho lo mismo tratándose del estado de pago N° 22. ZZ afirma que según el peritaje evacuado por el señor PE1, el monto de dinero de propiedad del Consorcio que se encuentra en poder de XX es la cantidad de \$ 2.109.461.351. De este modo se reformula la pretensión, en el sentido que este último debe ser el monto total de dinero que XX debe restituir al Consorcio, por la vía de depósito en la cuenta corriente del mismo o la entrega de los depósitos a plazo al señor Árbitro.

Además reformula la pretensión expresada a fs. 287 de autos, en cuanto a que se pretende y se demanda que, de los dineros pagados por TR1 al Consorcio, que se encuentran hoy en poder de XX, cuya restitución al Consorcio se ha demandado, una vez restituidos, se le deberá asignar a ZZ la cantidad total de \$ 587.050.684, ello por los nuevos hechos y circunstancias de que ha tomado conocimiento ZZ con posterioridad a la presentación de la demanda reconvenzional.

ZZ reitera la pretensión y demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, presentada por ZZ contra XX, en virtud de la cual se solicita que XX sea condenada a pagarle la cantidad de \$ 395.627.883 más IVA, en calidad de indemnización de perjuicios por incumplimiento de la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio.

También reitera la pretensión de indemnización por la suma de \$ 357.827.315, que fue pagada por ZZ pero que correspondía que fuera pagada por XX, y/o que fue pagada por ZZ en exceso, a raíz del incumplimiento de XX de sus obligaciones.

Además ZZ reitera la pretensión en virtud de la cual solicita que todas las cantidades a ser pagadas por XX lo sean con intereses en función de la tasa base del BO1 más un punto porcentual.

En el otrosí de esta presentación, ZZ formula observaciones a la prueba de autos y analiza las pretensiones de la contraparte según se expone a continuación.

ZZ sostiene que se encontraría acreditado que la cuenta corriente del Consorcio, desde donde se suponía serían girados los cheques pretendidos por XX, no contaba con fondos suficientes para ello, ya que las cantidades pagadas por TR1 al Consorcio no fueron depositadas en la cuenta corriente del Consorcio, sino endosados y cobrados por XX, como se encontraría reconocido expresamente a fs. 450 de autos.

En lo relativo a la pretensión de pago de los gastos generales por atrasos en el término del Contrato por un monto de 3.405 UF más IVA, señala ZZ que el documento de fs. 842 es una simple estimación de gastos, firmada por quien no ha prestado declaración como testigo y sin que corresponda a un peritaje decretado válidamente.

Sobre el pago del valor de las obras adicionales ejecutadas por XX y que serían de responsabilidad de ZZ, que ascienden a 8.394 UF más IVA, afirma que al igual que en la anterior pretensión, el documento acompañado por XX que rola a fs. 840 de autos, es una simple estimación de gastos hecha por un tercero ajeno al juicio, quien no ha prestado declaración como testigo y sin que corresponda a un peritaje decretado válidamente, por lo que carece de valor probatorio.

En cuanto al pago de la indemnización por los gastos en que deberá incurrir XX para revertir el daño a su imagen, por un monto de 5.000 UF, ZZ argumenta que el documento acompañado por XX a fs. 829 y ss. no es más que un instrumento privado, hecho por un tercero ajeno al juicio, quien no ha prestado declaración como testigo y sin que corresponda a un peritaje decretado válidamente, por lo que carece de valor probatorio.

En lo que respecta a los intereses se reitera que al no haberse acreditado las pretensiones formuladas en la demanda, no le corresponde a XX tampoco percibir intereses de ninguna clase.

Sobre el documento suscrito con TR1 de "Liquidación Final y Finiquito", ZZ señala que representa el cierre definitivo del Contrato ejecutado entre TR1 y la sociedad Consorcio. Señala que en este finiquito ZZ efectivamente acepta una multa impuesta por TR1 por un monto de 5.600 UF en razón de un supuesto incumplimiento de parámetros de operación. Sobre esta multa, ZZ afirma que durante las negociaciones con TR1 habría acreditado que la planta cumple perfectamente con estos parámetros, lo cual habría sido reconocido por TR1, pero que presionó a ZZ para que "aceptara a lo menos parte de la multa", por cuanto los ejecutivos y abogados de TR1 no podían volver "con las manos vacías", señalando que TR1 no procedería a las devoluciones de las retenciones de ZZ, que correspondían al estado de pago N° 22, mientras no se llegara a un acuerdo con ella respecto a la multa. Para evitar arbitraje con TR1, ZZ habría optado por aceptar esta multa.

A fs. 992 ZZ evacua el traslado conferido respecto a la presentación de XX de fs. 930.

Respecto a la afirmación de XX en el sentido que debió constituir el Tribunal Arbitral y demandar a ZZ porque ésta se negaba a efectuar la distribución de los fondos pagados por TR1, indica que la supuesta negativa de ZZ a firmar cheques no es más que la consecuencia de las diferencias entre las partes en relación a la forma de distribuir el estado de pago N° 20. XX confundiría la causa con el efecto. La causa de las diferencias estaría en el incumplimiento de XX de las normas del Acuerdo de Consorcio. En efecto, XX habría cerrado la conciliación con TR1 aún habiendo sido notificada de que ZZ no estaba de acuerdo con ella.

ZZ sostiene no desconocer ni haber desconocido que suscribió el documento denominado "Liquidación Final y Finiquito" del Contrato.

Con respecto a la supuesta negativa de ZZ a firmar los cheques para la distribución del estado de pago N° 20, señala que XX nunca le requirió esta suscripción, pero de cualquier forma se habría negado a ella por cuanto ZZ no estaba de acuerdo en la distribución propuesta por XX. Previamente era necesario resolver las diferencias entre las partes, que es precisamente el objeto de este arbitraje. Señala que el peritaje de autos sólo reconoce que el estado de pago N° 20 corresponde a obras ejecutadas por XX, pero no se pronuncia respecto a los efectos legales del actuar de XX al aceptar este acuerdo con expresa oposición de su socio ZZ.

ZZ luego se hace cargo uno a uno de los puntos contenidos en la presentación de XX de fecha 12 de abril de 2005. Respecto al punto N° 14 de dicha presentación, que se refiere a la segunda cesión de contrato, señala que si bien XX no fue notificada de esta segunda cesión, debe necesariamente entenderse que la aceptó por cuanto requirió arbitraje en contra de ZZ y presentó demanda en contra de esta misma sociedad, con fecha posterior a la cesión, siendo aplicable lo dispuesto en el Artículo 1.904 del Código Civil. Además hace presente que en el comparendo de fecha 8 de julio de 2004, se estableció que la reconviniendo era la sociedad ZZ y de común acuerdo las partes declararon saneado cualesquiera vicios procesales que hubiesen podido existir hasta ese momento en el juicio arbitral.

A fs. 1021 XX evacua el traslado conferido y formula observaciones a la prueba.

Sobre la afirmación de ZZ de que XX se ha apropiado de fondos del Consorcio, XX insiste en que éstos están depositados en bancos a nombre del Consorcio y que no están en poder de XX. Señala que ZZ jamás ha solicitado medida alguna de protección de los certificados de depósito. Además sostiene que ZZ giró cheques contra estos fondos y que todo lo anterior está confirmado y comprobado con el peritaje

del señor PE1. De este modo, XX solicita que se rechace de plano la pretensión reformulada de ZZ, de que se restituya al Consorcio la suma de \$ 2.109.461.351, ya que estos fondos, en los cuatro depósitos a plazo que se detallarán al analizar la pericial se encontrarían en poder del Consorcio, o al menos en esos cuatro depósitos a nombre del Consorcio.

Respecto a la segunda petición reformulada, también se solicita su rechazo, por cuanto XX sostiene que ZZ no tiene derecho a percibir la cantidad de \$ 587.050.684, ya que a estos fondos hay que descontar las multas contractuales que debe pagar ZZ, así como los fondos que sea condenada a pagar a XX, además con reajustes, intereses y costas.

En cuanto a la pretensión de ZZ que se condene a XX a pagar la suma de \$ 395.627.883 por concepto de indemnización de perjuicios por incumplimiento del Acuerdo de Consorcio, XX insiste en que debe ser desechada por carecer de todo fundamento. A lo ya señalado en los escritos anteriores sobre este punto, se agrega que los reclamos de ZZ contra TR1 fueron definitivamente extinguidos cuando un representante de ZZ negoció y suscribió el finiquito del Contrato, teniendo especialmente en consideración lo dispuesto en la cláusula quinta de este documento, agregado a fs. 713 y ss. La referida cláusula dispone: Finiquito y Renuncia. “En razón de lo expuesto precedentemente, las partes se otorgan, recíprocamente, el más amplio, total, completo y definitivo finiquito en relación directa e indirecta con el Contrato y los documentos de licitación correspondientes, renunciando expresamente a cualquier acción o reclamo que pudiese derivar, directa o indirectamente, del Contrato y de los documentos de licitación correspondientes, declarando que no tienen cargo ni reclamo alguno que formular por tales conceptos”.

Sobre la pretensión de ZZ de que se condene a XX a pagarle la suma de \$ 357.827.315 por incumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato, argumenta XX que debe ser desechada por cuanto no es efectivo que XX haya incurrido en dicho incumplimiento, lo cual se demuestra por la absoluta falta de prueba al respecto.

Respecto a los intereses sobre estas sumas que pretende ZZ que sean aplicados, XX sostiene que nada adeuda a ZZ por lo que esta pretensión es también improcedente.

En relación a la “Liquidación Final y Finiquito” con TR1, fechado el 27 de julio de 2004 y rolante a fs. 713 y siguientes, XX dice que ZZ acepta que incumplió sus obligaciones contractuales y que debió pagar multas por ello. XX sostiene que la explicación que da ZZ sobre las multas demuestra en forma elocuente la irresponsabilidad de esta última. Además se hace presente que el acuerdo plasmado en el finiquito pone término a cualquier reclamo de ZZ contra TR1.

Por último XX reitera las peticiones contenidas en su demanda señalando que cada una de ellas fue debidamente acreditada en sus fundamentos de hecho.

A fs. 1032 las partes fueron citadas para oír sentencia definitiva.

## **CONSIDERANDO:**

### **I. CUESTIÓN PREVIA**

**Primero:** Que, la parte de ZZ, sociedad constituida bajo las leyes del Reino Unido, en calidad de cesionaria de los derechos que adquirió de la sociedad ZZ y Compañía Limitada, sociedad de responsabilidad limitada chilena, dedujo en el primer otrosí del escrito de fs. 223 y ss. demanda reconvencional en contra de XX.

La demandante reconvenional precisa que en la cláusula 19.1 del Acuerdo de Consorcio, la sociedad ZZ, le cedió a la sociedad ZZ y Compañía Limitada todos los derechos y obligaciones emanados del referido Acuerdo. Esta cesión fue expresamente aceptada por XX.

Con posterioridad, la sociedad chilena ZZ y Compañía Limitada cedió nuevamente los derechos emanados del Acuerdo de Consorcio a la sociedad constituida bajo las leyes del Reino Unido, ZZ. Según ZZ, esta cesión en sentido inverso habría producido plenos efectos, por cuanto habría mediado la aceptación tácita del deudor cedido, la sociedad XX, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 1.904 del Código Civil.

**Segundo:** Que, XX contesta la demanda reconvenional a fs. 446 y ss., señalando que jamás ha sido notificada ni tiene noticia alguna de la presunta cesión de ZZ y Compañía Limitada a ZZ. De este modo, la cesión no habría producido sus efectos respecto de XX, por lo que quien demanda carecería de titularidad o de legitimación activa para hacerlo.

En su escrito fechado 12 de abril de 2005, rolante a fs. 930, XX vuelve a desconocer la referida cesión, insistiendo en que no consta ni se sabe qué derechos abarca y que no ha producido efecto alguno respecto de XX, por lo que quien demanda reconvenionalmente carece de toda titularidad para hacerlo, razón por la cual a su parecer la demanda reconvenional debe ser desechada.

**Tercero:** Que, respecto a la supuesta falta de legitimación activa de la demandante reconvenional, el Tribunal ha tenido presente lo siguiente:

1. Que, como consta a fs. 1 de autos, al requerir XX la constitución del Tribunal Arbitral, señala en la solicitud que la contraparte es la sociedad británica ZZ, o sea, precisamente, la demandante reconvenional;
2. Que, con fecha 18 de diciembre de 2003, como consta a fs. 15, se tuvo por constituido el compromiso entre las sociedades XX y ZZ;
3. Que, al primer comparendo, según se lee en el acta rolante a fs. 25 y ss. de autos, asistió la sociedad XX, representada por su abogado patrocinante don AB1, y también su personero don S.I., y la Sociedad ZZ, constituida de acuerdo a las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña, representada por su abogado patrocinante don AB2. En este comparendo se decide el plazo que tiene XX para presentar su demanda y se establece el plazo que la parte contraria (ZZ) tendrá para contestarla y, eventualmente, para entablar reconvenición. Las resoluciones dictadas en este comparendo se encuentran debidamente notificadas y el acta está firmado por los representantes de ambas partes así como por el Tribunal;
4. Que, a fs. 525 y ss. corre agregada la retrocesión del Contrato por ZZ Chile a ZZ. El documento correspondiente, otorgado en Londres el 13 de enero de 2004, no fue objetado por XX.
5. Que, en el tercer comparendo, como consta del acta rolante a fs. 551 y ss. de autos, se señaló expresamente: "En relación al problema que ha surgido respecto a precisar con exactitud quien es la parte reconviniente en estos autos, después de un extenso intercambio de argumentos entre el Tribunal y los litigantes se decidió, sin reparos, que es la sociedad ZZ, constituida de acuerdo a las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña".

Además en el mismo comparendo, las partes de común acuerdo declararon saneados cualesquiera vicios procesales que hubiesen podido existir hasta la fecha en este pleito arbitral. Las partes se dieron por notificadas personalmente de todo lo resuelto en este comparendo y el acta se encuentra debidamente firmada;

6. Que, a mayor abundamiento, XX no opuso oportunamente la excepción de falta de legitimación activa de ZZ, de modo que al haber contestado derechamente la demanda reconvenicional, tiene lugar lo dispuesto en el Artículo 1.904 en relación al Artículo 1.901 del Código Civil, envolviendo la litis contestación aceptación tácita por XX de la cesión efectuada a ZZ.

**Cuarto:** Que, consecuencialmente, este sentenciador decidirá que la sociedad constituida bajo las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña, ZZ, ha tenido y tiene legitimación activa para demandar reconvenicionalmente a la sociedad XX, razón por la cual entrará al fondo de la cuestión controvertida en dicha demanda reconvenicional.

## II. EN CUANTO A LOS TESTIGOS

**Quinto:** Que a fs. 735, fs. 751, fs. 767 y fs. 791 el Tribunal dejó para resolver en el laudo lo relativo a las pretensiones de las partes sobre ineficacia de la prueba testifical y tachas de testigos.

**Sexto:** Que a fs. 705 XX impugna la validez de todas las declaraciones acompañadas por la parte de ZZ a fs. 639 y ss., específicamente las declaraciones de los testigos señores G.H.; P.C.; J.A.; W.B.; A.J.; K.K.; S.S.; A.O.; y C.V., por cuanto fueron prestadas sin las solemnidades mínimas establecidas en la ley, y por las propias partes y el Tribunal arbitral. XX solicita que sean desechadas las declaraciones de los testigos de ZZ por no haberse prestado bajo juramento.

En el tercer otrosí del escrito de fs. 759 y ss. ZZ evacua el traslado conferido a fs. 735 por el Tribunal respecto a la solicitud de XX, afirmando que los testigos presentados por ella fueron debidamente interrogados bajo juramento, y que simplemente se omitió la constancia en la declaración correspondiente. De lo cual no existe sin embargo prueba alguna en autos.

Teniendo presente lo expuesto por las partes, lo establecido en el tercer comparendo, cuya acta rola a fs. 551 y ss., en relación a la prueba testimonial, que en lo que interesa señaló expresamente que la declaración inicial y las respuestas a las preguntas y contrainterrogaciones ulteriores deberán formularse por los testigos bajo juramento ante el notario público, y acorde a lo dispuesto en el Artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, el Árbitro acogerá la solicitud de XX, de modo que no se tomarán en consideración las declaraciones de los testigos presentados por la parte de ZZ por no haberse cumplido con el juramento de rigor.

**Séptimo:** Que, en virtud de lo señalado en el considerando anterior, este sentenciador no se pronunciará, por innecesario, acerca de las tachas opuestas por XX a los testigos indicados en el escrito rolante a fs. 705.

**Octavo:** Que, a fs. 738 y ss. ZZ alega la inhabilidad de los testigos presentados por XX señores J.M.; E.P.; J.R.; G.R.; y C.G.; y a fs. 759 y ss. alega la inhabilidad del testigo señor G.G., fundada, en ambas presentaciones, en la circunstancia de que al final de las declaraciones acompañadas, el respectivo notario aclara que “autoriza la firma” de la persona que aparece suscribiendo el documento, lo que hace pensar que estas declaraciones fueron hechas y firmadas no ante el notario sino que simplemente escritas en este texto y luego enviadas a notaría, lugar en el cual se procedió únicamente a autorizar a posteriori la firma de la persona que aparece declarando en el documento.

A fs. 765 y a fs. 768 XX evacuó los traslados conferidos con fecha 3 y 8 de noviembre respectivamente, solicitando que se rechace la petición de ZZ, por cuanto las declaraciones de los testigos que depusieron por la parte de XX se ajustan al mérito del proceso y a lo ordenado por el Tribunal en la audiencia de fecha 8 de julio de 2004. XX agrega que la testifical se rindió por escrito, al tenor de la minuta de puntos de prueba, ante notario y bajo juramento.

Teniendo presente que la cuestión planteada por ZZ, en relación a las declaraciones de los testigos de XX antes individualizados, concierne al cumplimiento o incumplimiento de formalidades en la rendición misma de la testifical, el problema real es uno de validez o invalidez de estas declaraciones testimoniales y no un problema de inhabilidad de los testigos. Al no haber solicitado ZZ, como habría correspondido, la ineficacia de las declaraciones sino que la inhabilidad de los testigos, este sentenciador deberá rechazar la solicitud de ZZ de fs. 738 y ss. y de fs. 759 y ss.

**Noveno:** Que, corresponde a este Árbitro pronunciarse respecto a las tachas formuladas por ZZ a fs. 783 y ss. respecto de todos los testigos presentados por XX, fundado en la causal del Artículo 358 número 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por carecer de la imparcialidad necesaria para declarar por tener interés directo o indirecto en el pleito. ZZ señala que esta causal concurre atendido que las declaraciones son literalmente similares, es decir, no corresponden a declaraciones espontáneas, libremente motivadas, expresadas por cada uno de los testigos en sus propias palabras.

Este Árbitro desestimaré las tachas opuestas por ZZ respecto de los testigos de XX porque, a su juicio, la circunstancia descrita por ZZ, esto es, que se trataría de declaraciones literalmente similares, ni concurre en todas o en la mayoría de las deposiciones, ni basta para suponer interés en el pleito por parte de los testigos, y, por tanto, parcialidad en su testimonio, como lo requiere la causal del número 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de lo anterior, los puntos de hecho fundamentales en este pleito se encuentran probados a través de la documental y la pericial. Además, las declaraciones de los testigos idóneos dicen relación principalmente con pretensiones indemnizatorias que serán desechadas, por los fundamentos de derecho que se indicarán más adelante.

### III. EN CUANTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL

No hubo objeción alguna durante el juicio arbitral.

### IV. EN CUANTO A LA PRUEBA DE ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

**Décimo:** Respecto a la prueba confesional, al margen de ulteriores referencias a ella en otros sitios del presente laudo, figura a fs. 751 y ss. la versión en inglés de la declaración del absolvente don S.S., a quien se le interroga al tenor del pliego acompañado a fs. 745 y ss. La traducción al castellano de la declaración del señor S.S. se encuentra acompañada a fs. 785 y ss. El señor S.S., según su propia declaración, tiene la calidad de director del proyecto por ZZ (respuesta a la pregunta número ocho).

El pliego consta de 59 preguntas, algunas de las cuales fueron retiradas durante la diligencia. Al absolvente se le formulan una serie de preguntas en relación a la celebración de contratos entre las partes, lo cual no merece mayor análisis debido a que el tema se encuentra acreditado por otros medios probatorios, en particular la documental y no ha sido controvertido entre las partes. También se interroga al absolvente respecto de la cesión de contrato, tema que tampoco será objeto de análisis en este considerando puesto que ya fue zanjado como asunto previo, al inicio de la parte considerativa del laudo y en el resolutivo primero.

Las preguntas números 14 a 20 dicen relación con las obras adicionales que XX sostiene haber tenido que realizar y que eran de cargo de ZZ. Como se señala más adelante, este sentenciador rechazará esta pretensión de XX por no concurrir la mora como requisito de la indemnización y por falta de prueba de los perjuicios, no cambiando esta circunstancia las declaraciones del señor S.S.

## V. EN CUANTO AL FONDO

**Undécimo:** Que, a fs. 57 y ss. de los autos arbitrales, rola demanda interpuesta por la sociedad XX, en contra de la sociedad ZZ, en virtud de la cual solicita se condene a la demandada al cumplimiento de las siguientes prestaciones:

- I. Giro y suscripción de los respectivos cheques emitidos por el Consorcio y firmados por los representantes de XX y ZZ, para entregar a XX las sumas que le corresponden por concepto de la segunda modificación del Contrato; pago a XX del canje de retenciones que señaló como (1); pago a XX del canje de retenciones que señaló como (2); y, pago a XX del estado de pago N° 21 en la parte que le corresponde, según lo detallado en la demanda;
- II. Pago de los gastos generales por atrasos en término del Contrato que ascienden a 3.405 Unidades de Fomento más IVA;
- III. Pago del valor de las obras adicionales ejecutadas por XX y que eran de responsabilidad de ZZ o fueron generadas por modificaciones solicitadas por ZZ, después de la ejecución primitiva de las obras, más intereses, todo lo que asciende a 8.394 Unidades de Fomento más IVA;
- IV. Pago de la indemnización por los gastos en que se deberá incurrir para revertir el daño en imagen comercial y corporativa, que se estima en la suma de 5.000 Unidades de Fomento más IVA;
- V. Intereses por las sumas adeudadas a esta fecha, que ascienden a 4.345,2 Unidades de Fomento;
- VI. Intereses corrientes que se devenguen hasta la fecha de pago de estas cantidades. Todo ello con expresa condenación en costas.

**Duodécimo:** Que, a fs. 272 y ss. de los autos arbitrales rola la demanda reconventional interpuesta por la sociedad ZZ en contra de la sociedad XX, en la cual solicita se condene y se ordene a XX:

- I. A la restitución inmediata al Consorcio, mediante depósito en la cuenta corriente, del equivalente en pesos a la fecha de la restitución y pago, de la cantidad de 106.069,06 Unidades de Fomento;
- II. Al pago, en calidad de indemnización de perjuicios por el incumplimiento por parte de XX de lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio, en su equivalente en pesos a la fecha de su pago efectivo, de la cantidad de 23.399.31 Unidades de Fomento, correspondientes a los reclamos que ZZ tenía en contra de TR1 y que no pudo hacer valer debido a la negligencia e incumplimiento de XX;
- III. A la restitución y pago inmediato, en su equivalente en pesos a la fecha de su pago efectivo, de la cantidad de 20.371,3 Unidades de Fomento, que corresponden a la parte no discutida correspondiente a ZZ del estado de pago N° 21;
- IV. Al pago de la cantidad de \$ 357.827.315, correspondientes a mayores costos que ZZ debió absorber y solventar durante la ejecución del Contrato, por razones directamente atribuibles a XX;
- V. Al pago de los intereses por todas estas cantidades, de acuerdo a lo pactado en la cláusula 5.10.3, equivalentes a la tasa base del BO1, más un punto porcentual. Todo lo anterior con expresa condenación en costas, o lo que U.S. finalmente determine o disponga de acuerdo a derecho.

Las pretensiones de ZZ se encuentran reformuladas mediante escrito rolante a fs. 962 y ss. de autos, de fecha 12 de abril de 2005. En primer término se reformula la pretensión precedente del punto I, en el sentido que el monto total de dinero que XX debe restituir al Consorcio, por vía de depósito en la cuenta corriente del mismo o la entrega de estos documentos al señor Árbitro, es la cantidad de \$ 2.109.461.351. Se reformula también la pretensión expresada en el punto III del petitorio de la demanda reconvenional, en el sentido que, de acuerdo a las facultades que las partes expresamente le han conferido al Árbitro para resolver las diferencias entre ellas y, en lo particular, para determinar la cantidad que a cada una de ellas le corresponde del total del monto pagado por TR1, equivalente a \$ 2.109.461.351, ordene le sea asignado y se le pague a ZZ la cantidad total de \$ 587.050.684.

**Decimotercero:** Que la presentación de los hechos, de la manera señalada detalladamente en la parte expositiva de la presente sentencia, por razones de economía procesal se da por expresamente reproducida en esta parte considerativa, sin perjuicio de las precisiones y agregaciones que seguirán.

**Decimocuarto:** Que, analizados los escritos principales de las partes, esto es, demanda, contestación, demanda reconvenional, contestación a la demanda reconvenional, escritos de reformulación de pretensiones concretas, se concluye que la controversia entre ellas está referida a los siguientes aspectos, que se analizarán en el mismo orden en que se pasan a enunciar:

- a) Montos recibidos de TR1 por los tres últimos estados de pago numerados 20, 21, 22; y canjes de retenciones N° 1 y N° 2, según explicación en considerando decimosexto. En poder de quién se encuentran estos montos, qué parte de ellos corresponde a XX y a ZZ respectivamente, y de consiguiente la forma en que debe efectuarse el reparto y pago;
- b) Procedencia de las indemnizaciones de perjuicios demandadas recíprocamente por las partes;
- c) Derecho que asiste a cada una de las partes al pago por obras adicionales ejecutadas por ellas, y que en su concepto serían de cargo de la contraria;

**Decimoquinto:** Que son hechos establecidos en el proceso:

- (1) Que TR1 S.A. llamó a licitación para llevar adelante un Proyecto denominado “Diseño, construcción y puesta en marcha de las plantas de tratamiento de aguas servidas para la V Región”.
- (2) Que el Consorcio formado por las sociedades XX y ZZ presentó una oferta y en definitiva se adjudicó el “Proyecto de Diseño, Construcción, Puesta en Marcha y Marcha Blanca de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de B.”.
- (3) Que esta adjudicación se formalizó mediante el Contrato denominado “Contrato de Diseño, Construcción, Puesta en Marcha y Marcha Blanca, bajo la modalidad de Suma Alzada, de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de B.”, que se otorgó en Valparaíso, Chile, el 21 de junio de 2001.
- (4) Que el referido Contrato fue celebrado entre la sociedad TR1 S.A. y la sociedad Consorcio XX–ZZ y fue pactado a suma alzada y bajo la modalidad “llave en mano”.
- (5) Que para regular y estipular las condiciones bajo las cuales se formó el Consorcio, las partes suscribieron con fecha 16 de marzo de 2001 un documento denominado “Acuerdo de Consorcio para la Ejecución de un Contrato para el Diseño, la Adquisición y la Construcción de Obras de Tratamiento de Aguas Servidas por Consorcio XX–ZZ, para TR1”.

(6) Que la división de la ejecución del proyecto fue acordada por las partes en el anexo I del Acuerdo de Consorcio (fs. 118). El anexo II al Acuerdo de Consorcio sobre desglose del precio del Contrato y cuotas de participación de cada parte rola a fs. 514. Por otro lado el Contrato del Consorcio con TR1 tuvo dos modificaciones. La que consta en el documento del 9 septiembre 2002 rolante a fs. 825 y la correspondiente al estado de pago N° 20, facturado por el Consorcio el 11 septiembre 2003 (fs. 807 a 814).

**Decimosexto:** Que, en los considerandos que siguen se analizará el tema de los montos que corresponden a cada una de las partes sobre las cantidades recibidas por los estados de pago N° 20, 21, 22; y canjes de retenciones N° 1 y N° 2, por lo cual cabe hacer previamente un breve resumen o síntesis de estos conceptos.

El estado de pago N° 20 corresponde a las obras extraordinarias aceptadas por TR1 en la segunda modificación del Contrato. Así se lee en la factura de fs. 807 “Estado de Pago N° 20, correspondiente al Avance de la Obra Planta de Tratamiento de Aguas Servidas de B.”. El detalle de este estado de pago se puede ver también a fs. 806 y ss., documento que no fue objetado y también está acompañado de fs. 163 a fs. 171 del cuaderno separado de anexos al peritaje. Y el cuadro N° 3 (fs. 218 del mismo cuaderno) contiene un resumen de la segunda modificación al Contrato.

El estado de pago N° 21 corresponde al pago del 10% del Contrato, por la finalización del período de marcha blanca. El detalle de este estado de pago se encuentra acompañado a fs. 173 y ss. del cuaderno separado de anexos al peritaje.

El estado de pago N° 22 corresponde a la devolución de retenciones de la etapa de marcha blanca (fs. 721).

Por su parte, los canjes de retenciones denominados en el peritaje CROE1 y CROE2 corresponden a retenciones efectuadas por TR1 por la ejecución de obras extraordinarias (fs. 24 del cuaderno de pericial) y devueltas al contratista.

El canje de retenciones consiste en la solución de valores equivalentes al 5% de cada estado de pago, que habían sido retenidos por TR1 para responder de la corrección de los trabajos efectuados.

**Decimoséptimo:** Que, en cuanto a la predicha letra a) del considerando decimocuarto, (esto es, montos que corresponden a cada una de las partes sobre las cantidades recibidas de TR1 por los estados de pago N°s. 20, 21, 22; y por los canjes de retenciones N° 1 y N° 2. En poder de quien se encuentran estos montos y consiguientemente forma en que debe efectuarse el reparto y pago), XX ha demandado el giro y suscripción de los respectivos cheques emitidos por el Consorcio y firmados por los representantes de XX y ZZ, para que se le entreguen las sumas suyas, por la segunda modificación del Contrato (estado de pago N° 20); por canje de retenciones N° 1 y N° 2; y por el estado de pago N° 21 en la parte que le corresponde, según lo detallado en la demanda.

XX afirma que las sumas pagadas por TR1 al Consorcio por los conceptos arriba mencionados le corresponden casi en su totalidad y que ZZ se ha negado a firmar los respectivos cheques a favor de XX por estos conceptos.

Por su parte ZZ sostiene que estos dineros se encuentran en poder de XX y no en la cuenta corriente del Consorcio, que es lo que correspondería en conformidad a lo dispuesto en la cláusula 11.3 del Acuerdo de Consorcio, más adelante literalmente transcrita, de modo que mal podría haber firmado cheques contra una cuenta corriente que previamente no tiene los fondos suficientes. De este modo, ZZ solicita

que se ordene a XX restituir al Consorcio, por vía de depósito en la cuenta corriente del mismo o la entrega de estos documentos al señor Árbitro, la cantidad de \$ 2.109.461.351; y además, del total del monto pagado por TR1, equivalente a \$ 2.109.461.351, se ordene le sea asignado y se le pague a ZZ la cantidad total de \$ 587.050.684.

Este sentenciador opina que para resolver las pretensiones de las partes en relación al dinero recibido de TR1, hay que determinar en primer término cuál es el monto total de este dinero.

Para la determinación de este primer aspecto tiene decisiva relevancia el informe pericial solicitado por XX a fs. 708 y evacuado por el perito señor PE1 y que se tuvo por acompañado a fs. 929, formándose además cuaderno separado.

Las conclusiones de este informe fueron aceptadas en su totalidad por la parte de XX, efectuando sólo dos precisiones, una de las cuales corresponde a la corrección de un mero error tipográfico. Así consta del escrito de fecha 8 de marzo de 2005 en que XX formula observaciones al peritaje, agregado a fs. 33 del cuaderno pericial. Lo mismo que de los dos últimos escritos de XX en donde hace suyas las conclusiones contenidas en el referido informe (escritos de fechas 12 y 25 de abril de 2005, agregados a fs. 930 y ss. y fs. 1021 y ss. respectivamente).

Por su parte, ZZ también acepta las conclusiones del informe pericial, en cuanto a su aspecto contable o financiero, en particular en cuanto al monto de dinero recibido por el Consorcio de parte de TR1 por los conceptos ya mencionados. (Discrepando en cuanto a lo relativo al estado de pago N° 20, aspecto que será analizado más adelante). Esto se desprende claramente del escrito de evacua traslado de ZZ, de fecha 7 de marzo de 2005, agregado a fs. 27 y ss. del cuaderno pericial y en particular del escrito fechado 12 de abril de 2005, rolante a fs. 962 y ss. del cuaderno principal, escrito a través del cual ZZ reformula sus pretensiones concretas, solicitando que XX restituya al Consorcio la cantidad de \$ 2.109.461.351, de los cuales a ZZ le corresponderían \$ 587.050.684, todo ello en virtud de las conclusiones aportadas en el referido peritaje.

Teniendo presente lo señalado, en particular la apreciación del peritaje por los propios litigantes, este sentenciador concluye que se encuentra plenamente acreditado que el monto total de los pagos hechos por TR1 S.A. al Consorcio, por concepto de estado de pago N° 20; estado de pago N° 21; estado de pago N° 22; devoluciones de retenciones (canjes de retenciones N° 1 y N° 2), canjes individualizados en el peritaje como CROE1 y CROE2, y que a la fecha no han sido distribuidos es de \$ 2.109.461.351, más los intereses ganados por los cuatro depósitos a plazo tomados y hoy vigentes en el sistema bancario nacional.

**Decimoctavo:** Este Árbitro considera que se encuentra acreditada la circunstancia que este monto de \$ 2.109.461.351 fue pagado por TR1 al Consorcio, mediante su entrega a personal de XX en su calidad de líder y administrador del mismo, y que estos dineros no han ingresado a la cuenta corriente del Consorcio, como debió haber ocurrido, sino que se encuentran en depósitos a plazo, tomados en el Banco BO3 y en el Banco BO2.

Según lo señalado a fs. 24 del peritaje, el detalle de los dineros no ingresados a la cuenta corriente del Consorcio y que se encuentran en depósitos a plazo es el siguiente:

- a) Depósito a plazo del Banco BO3, renovable a 35 días, tomado el 30 de octubre de 2003, a nombre de XX, endosado al Consorcio, por el valor de \$ 818.671.866. Copia autorizada de este depósito se encuentra agregada a fs. 285 del cuaderno separado de anexos al peritaje.

- b) Depósito a plazo del Banco BO3, renovable a 30 días, tomado el 20 de noviembre de 2003, a nombre de XX, endosado al Consorcio, por valor de \$ 85.463.730. La copia autorizada se encuentra agregada a fs. 286 del cuaderno separado de anexos al peritaje.
- c) Depósito a plazo del Banco BO2, renovable a 35 días, tomado el 2 de marzo de 2004 a nombre del Consorcio por valor de \$ 1.032.858.433. Su copia autorizada está acompañada a fs. 287 del cuaderno separado de anexos al peritaje.
- d) Depósito a plazo del Banco BO2, renovable a 35 días, tomado el 24 de septiembre de 2004, a nombre del Consorcio, por valor de \$ 172.467.322. Agregado a fs. 288 del cuaderno separado de anexos al peritaje.

Todos estos depósitos suman la cifra de \$ 2.109.461.351, a la que deben agregarse los intereses ganados entre las fechas iniciales de captación y finales de cobro definitivo.

El hecho de que estos dineros fueron entregados por TR1 a XX, en su calidad de administrador del Consorcio no ha sido objeto de controversia entre las partes. Lo que sí fue controvertido es qué debía hacer XX con los pagos recibidos de TR1, y en caso de no haberlo hecho, las razones de su actuar.

ZZ ha citado como aplicable en esta materia lo dispuesto en la cláusula 11.3 del Acuerdo de Consorcio, acompañado a fs. 95 y ss. y no objetado. La referida cláusula dispone: “Todos los dineros que tenga la Compañía Consorcio, ya sea recibidos a modo de pagos en virtud del Contrato, de los aseguradores o de otra forma, serán depositados en calidad de abono para la Compañía Consorcio en la cuenta bancaria. Los dineros recibidos como pago en virtud del Contrato y los dineros recibidos de los aseguradores serán distribuidos prontamente por el jefe de proyecto a las partes conforme a los términos del presente acuerdo, sujeto sólo a los ajustes estipulados en el presente acuerdo”.

XX sostiene que no depositó estas sumas en la cuenta corriente del Consorcio, procediendo a tomar con ellas depósitos a plazo renovables en el sistema bancario, debido a que el representante de ZZ se había negado a firmar los correspondientes cheques de la cuenta corriente del Consorcio para distribuir estos montos. De modo que lo único que le quedaba hacer, como administrador diligente, era no dejar que estas sumas se desvalorizaran en la cuenta corriente si no al menos lograr que ganaran intereses. (En este sentido, fs. 84 y ss. de la demanda; fs. 449 y ss. de la contestación a la demanda reconventional).

**Decimonoveno:** Que, son hechos de la causa, pues constituyen cláusulas del Contrato entre XX y ZZ, denominado Acuerdo de Consorcio, rolante a fs. 95 y ss., lo estipulado en los Artículos 11.1 y 2.4, a saber “Artículo 11. Asuntos Financieros. 11.1 Tan pronto sea necesario después de la aceptación de la Oferta, el Comité Administrativo abrirá una cuenta bancaria a nombre de la Compañía Consorcio. El único propósito de la cuenta bancaria consistirá en facilitar el recibo de los dineros adeudados por TR1 con respecto al Contrato y el desembolso de estos dineros a las partes en relación con el trabajo realizado, de acuerdo con el Contrato. Para girar cheques de la cuenta bancaria será necesario que estén firmados por un representante autorizado de cada parte...” (sic).

“Artículo 2. Principios Generales del Consorcio. 2.4. Cada una de las partes se compromete a salvaguardar los intereses de la otra parte, tal como si dichos intereses fueran los suyos propios, frente a la Compañía Consorcio, TR1 y todas las empresas, organismos oficiales u otros que puedan estar directa o indirectamente involucrados en el Proyecto o el Contrato” (sic).

Que, como ha quedado dicho, XX no depositó ni ha depositado hasta hoy los \$ 2.109.461.351 que recibió de TR1, por concepto de los estados de pago 20, 21 y 22 y devolución de las retenciones, en la cuenta

corriente del Consorcio, lo que constituye una grave infracción al Artículo 1.545 del Código Civil, por lo cual se condenará al cumplimiento de esa obligación y se deberá traspasar el valor final de los cuatro depósitos a plazo en el sistema bancario, que tomó XX con esa cantidad de dinero, más los intereses, a la cuenta corriente del Consorcio.

Que, ZZ, por su parte, no salvaguardó los intereses de XX, en los términos recién citados del Artículo dos del Acuerdo de Consorcio, ya que no consta en lugar alguno del proceso que hubiere colaborado con XX, ofreciendo que su representante firmase el o los cheque(s) del Consorcio, en el momento o al día siguiente de recibir el depósito de los dineros pagados por TR1. Por el contrario, ZZ expresamente admitió que en caso que hubiera sido requerida para firmar los cheques no lo habría hecho. “ZZ jamás hubiera firmado un cheque...” (fs. 997). “Por supuesto que se habría negado a firmar los cheques si hubiese sido requerido en este sentido” (fs. 1000).

Al ser interrogado el absolvente, señor S.S. sobre el tema de la negativa de ZZ a firmar el correspondiente cheque en relación al canje de retenciones (en especial preguntas números 46 y 50 del pliego de posiciones de fs. 745 y ss.), el confesante reconoce que los pagos al Consorcio se encuentran bloqueados por estar en cuentas bancarias diversas a la cuenta corriente del Consorcio. A la pregunta número 50 “para que señale cómo es efectivo que a ese momento, aunque TR1 ya había efectuado el pago (se refiere al canje de retenciones), este pago fue retenido por ZZ en poder del Consorcio al negarse ZZ a firmar el correspondiente cheque”, el absolvente insiste en que estos pagos se encuentran en cuentas diversas a la cuenta oficial del Consorcio, dando luego una respuesta que podría ser calificada de evasiva. En efecto, el absolvente señala: “Como mencioné anteriormente, los pagos están en cuentas que no es la cuenta oficial del Consorcio, ZZ no tiene control sobre esas cuentas y también es cierto que existen pagos sustanciales que no están en disputa y que se adeudan a ZZ y que están retenidos a pesar de que ZZ le ha solicitado a TR1 que los libere”.

Al menos, como buen padre de familia, ZZ habría debido asegurarle a XX que se le pagarían de inmediato las sumas indiscutidas que le correspondían de lo solucionado por TR1, dejándose el saldo o cantidad discutida en custodia mientras se subsanare judicial o extrajudicialmente la controversia. En este sentido, ZZ violó no sólo la cláusula 2.4. del Acuerdo de Consorcio. También la norma del Artículo 1.546 del Código Civil, según la cual los contratos deben ejecutarse de buena fe obligando no solamente a lo que en ellos literalmente se expresa. Por lo cual, en lo resolutivo se condenará a ZZ a firmar el cheque del Consorcio a la orden de XX, con el cual se cumplirá la obligación pendiente, por el monto que se dirá.

Es inconcuso que tanto XX, cuanto ZZ, han incumplido las sendas obligaciones recién analizadas, por lo que se condenará en este laudo a que ahora las ejecuten, distribuyéndose consecuentemente los dineros pagados por TR1.

**Vigésimo:** En Chile, las indemnizaciones de perjuicios por no cumplimiento íntegro y oportuno de obligaciones contractuales tienen como presupuestos de admisibilidad o requisitos indispensables:

- a) La culpa, o bien el dolo del deudor. La culpa se presume *iuris tantum* en las obligaciones contractuales, pues, como indica el Artículo 1.547, inciso tercero, del Código Civil, “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. Ni la ley, ni sentencias reiteradas de los Tribunales Superiores chilenos, acogen expresamente la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, distinción que guardaría directa relación con la norma mencionada. Dice el profesor Pablo Rodríguez Grez: “Podemos aceptar, para los efectos del *onus probandi*, la existencia de las obligaciones de medio, pero no podemos aceptar, bajo pretexto alguno, las obligaciones de resultado, en cuanto eliminan la necesidad de concurrencia de un factor de imputación en la responsabilidad” (Responsabilidad Contractual. Editorial Jurídica de Chile, 2003, N° 383).

- b) El daño o perjuicio del acreedor.
- c) La relación de causa o efecto entre la acción u omisión reprochable al deudor y los perjuicios sufridos por el acreedor.
- d) La mora del deudor.

La mora es característica del terreno contractual. No opera ni actúa en indemnizaciones por delitos o cuasi-delitos civiles. Se define la mora como el retardo imputable al deudor en el cumplimiento de una obligación contractual suya, de dar o de hacer, retardo o retraso que subsiste después de la interpelación.

La interpelación se produce automáticamente (*dies interpellat pro homine*), por el solo hecho del transcurso de los plazos expresos o tácitos (Nº 1 y Nº 2 del Artículo 1.551 del Código Civil). A falta de tales plazos, la mora se produce con la notificación judicial de la demanda (Nº 3 del mismo Artículo 1.551).

El Artículo 1.551 dispone: “El deudor está en mora,

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

La mora del deudor no sólo es una exigencia de las indemnizaciones contractuales de perjuicios. Produce otros efectos jurídicos –aquí impertinentes– como atribuir al deudor moroso responsabilidad por el caso fortuito o fuerza mayor.

En los contratos bilaterales la mora presenta ciertas particularidades que hay que destacar. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos son los que engendran obligaciones para ambas partes: Los contratantes se obligan recíprocamente. Es el caso de los contratos de compraventa, arrendamiento, construcción; y de otros, como el Acuerdo de Consorcio de estos autos.

En los contratos bilaterales tienen aplicación algunas instituciones jurídicas que les son características. Por ejemplo: La llamada teoría de los riesgos; la resolución por inejecución derivada de la condición resolutoria tácita; la regla según la cual “la mora purga la mora”.

Que la mora purgue la mora significa que el retraso de una parte en el cumplimiento adecuado de sus obligaciones queda disculpado o saneado si la otra parte también se encontrase en mora. Lo expresa textualmente el Artículo 1.552 del Código Civil: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Siendo la mora exigencia de las indemnizaciones contractuales de perjuicios por incumplimiento de obligaciones de dar y/o de hacer, se entiende que si ambos contratantes fueron morosos en la ejecución íntegra y oportuna de sus obligaciones, ninguno de ellos debe pagar indemnización de perjuicios al otro.

Aunque no sea siempre imperativo para que la institución en comentario opere, por lo general se emplea como mecanismo procesal expresivo del brocardo “la mora purga la mora”, la *exceptio non adimpleti*

*contractus*. La parte demandada, v. gr. en razón de la interposición en su contra de una pretensión indemnizatoria por daño emergente, o bien por una indemnización contractual regulada en una cláusula penal, se defiende oponiendo la excepción de contrato no cumplido, cuya base legal es el precitado Artículo 1.552 del Código Civil chileno.

La doctrina nacional ha señalado como causal de improcedencia de la indemnización contractual, la aplicación del principio "la mora purga la mora". En este sentido el profesor Ramón Meza Barros ha expresado que el Art. 1.552 establece una importante excepción a las reglas del Art. 1.551 cuando dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Por tanto, aunque se haya estipulado un plazo o requerido al deudor, éste no se encontrará en mora si su acreedor, que es a la vez su deudor, no ha cumplido o está pronto a cumplir su obligación recíproca. (Ramón Meza Barros. Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 266 y ss.).

El profesor René Abeliuk Manasevich, en su tratado Las Obligaciones, (tomo II. Ed. Jurídica de Chile, cuarta edición 2003) señala como requisito para que el deudor quede colocado en mora, que la contraparte haya cumplido su obligación o esté pronto a hacerlo, es decir, el acreedor no debe estar en mora. Indica el destacado autor que "en el contrato con prestaciones recíprocas ninguna de las partes está en mora si la otra no cumple o se allana a cumplir su propia obligación del contrato no cumplido... Debe tenerse presente que el cumplimiento del acreedor en el contrato bilateral es requisito de la mora del deudor, ya que el precepto señala que no la hay en caso contrario" (Nº 875, p.776). Más adelante, al referirse a la excepción de contrato no cumplido y sus fundamentos, sostiene que "es indudable el fundamento de equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya. En tal sentido ya decíamos que la excepción del contrato no cumplido entronca en un principio de carácter más general en el Derecho: No puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar. La buena fe debe presidir el Derecho, y evidentemente no la tiene el acreedor en esa circunstancia" (Nº 941, p.841).

El eminente autor nacional, Fernando Fueyo Laneri, examinando los requisitos para dar lugar a indemnizaciones de daños y perjuicios (capítulo IV de su libro "Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, tercera edición 2004, actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez), señala que el antiguo adagio la mora purga la mora, "es algo así como una compensación de culpas y a la vez una exención de responsabilidad" (pág. 460).

La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, rechazando la acción de indemnización de perjuicios, fundada en el principio establecido en el Artículo 1.552 del Código Civil. Así lo declaró la I. Corte de Apelaciones de Rancagua en fallo de fecha 13 de agosto de 2004, en la causa Rol Nº 20673. En el considerando tercero sostuvo: "Que en cuanto a la solicitud de que se declare la obligación de los demandados de indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento oportuno (sic) del contrato prometido, esta Corte estima que no se encuentran acreditados en autos los perjuicios demandados, considerando además que según consta en autos el actor tampoco acreditó haber pagado el saldo de precio indicado en la letra b) de la cláusula tercera del Contrato de autos dentro del plazo señalado, con lo cual no dio cumplimiento oportuno a parte de sus obligaciones contractuales, estando así impedido de demandar perjuicios" (Publicado en [www.lexisnexis.cl](http://www.lexisnexis.cl)).

Así también lo declaró la Sala Civil de la E. Corte Suprema, en sentencia de reemplazo del 4 de diciembre de 2003, en la causa Rol 512-2003, donde dio lugar a la resolución del Contrato pero no a las indemnizaciones solicitadas, estableciendo la doctrina de que no pugna con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la

resolución, (es) precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el Contrato no hubiese existido, “sin embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1.552 del citado Código Civil” (Publicado en [www.lexisnexis.cl](http://www.lexisnexis.cl)).

La ley chilena no pesa el retraso culpable de cada uno de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones. Es decir no cuantifica ni dimensiona la mora de cada una de las partes, a fin de sacar conclusiones o consecuencias jurídicas de mayor entidad o envergadura para el contratante más recalcitrante, obstinadamente incumplidor, o que hubiese incurrido en violaciones especialmente graves de la convención.

La ley chilena nada dice sobre la *exceptio non rite adimpleti contractus* o excepción de cumplimiento no ritual, que corresponde al caso (no ventilado en estos autos) en que frente a un incumplimiento grave o incluso grotesco del contratante demandado, él queda disculpado (rechazándose la acción), en razón de otro incumplimiento, apenas secundario, tenue o irrelevante del demandante. No pocos autores, sin embargo, estiman que la buena fe contractual y la equidad deberían conducir al repudio de esta última excepción procesal, subproducto de la excepción de contrato no cumplido.

Lo que debió hacer XX con los montos recibidos de TR1, ascendentes a \$ 2.109.461.351, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 11.3 del Acuerdo de Consorcio, debidamente suscrito por XX y ZZ y que constituye un contrato válidamente celebrado, al cual se le aplican las disposiciones de los Artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil, era depositarlos en la cuenta corriente del Consorcio, del Banco BO2. Lo que debió hacer ZZ, según se razonó en el considerando decimonoveno, fue asegurarle a XX que firmaría el cheque del Consorcio correspondiente a los créditos no controvertidos de su socio XX. Desde el punto de vista del derecho de daños, las acciones indemnizatorias entre estos litigantes no pueden ser acogidas, al no concurrir el requisito de la mora, acorde al Artículo 1.552 del Código de Bello.

**Vigésimo Primero:** Que, ineludible es determinar qué parte de la suma de \$ 2.109.461.351 pagada por TR1 corresponde a cada uno de los litigantes, lo cual obviamente no constituye una indemnización de daños.

Al respecto se encuentra establecido en estos autos y reconocido finalmente por las partes que no existe controversia en cuanto a los montos que corresponde a cada una de ellas en relación al estado de pago N° 21; estado de pago N° 22; Canje de Retenciones N° 1; y Canje de Retenciones N° 2. Así, por ejemplo, a fs. 28, 37 y 39 del cuaderno de pericial, y a fs. 942 del cuaderno principal.

En este sentido el Consorcio deberá pagar a XX lo siguiente:

- a) Por estado de pago N° 21, la suma de \$ 620.582.664.
- b) Por estado de pago N° 22, no le corresponde suma alguna a XX.
- c) Por Canje de Retenciones N° 1 (CROE1 en el peritaje), la suma de \$ 30.541.683.
- d) Por Canje de Retenciones N° 2 (CROE2 en el peritaje), la suma de \$ 54.922.047.

Por otro lado, a ZZ le corresponde que el Consorcio le pague:

- a) Por estado de pago N° 21, la suma de \$ 412.275.769.
- b) Por estado de pago N° 22, la suma de \$ 172.467.322.
- c) No le corresponde suma alguna por los Canjes de Retenciones N° 1 y N° 2.

A estas sumas que el Consorcio enterará a cada una de las partes (mediante cheques firmados por representantes de XX y ZZ) debe agregarse los intereses ganados en los porcentajes textualmente señalados a fs. 25 del cuaderno de la pericial, es decir: "Los intereses del depósito a plazo del Banco BO3 corresponden en un 0,22% a ZZ y en un 99,78% a XX (porcentaje obtenido a partir de la participación de cada empresa en las partidas contempladas en el estado de pago N° 20, origen de estos dineros).

Los intereses del depósito a plazo del Banco BO3 corresponden enteramente a XX, puesto que el origen de este dinero está en los canjes de retenciones, denominados CROE1 y CROE2.

Los intereses del depósito a plazo del Banco BO2, corresponden en un 60,08% a XX y en un 39,92% a ZZ puesto que el origen de éste está en el estado de pago N° 21.

Los intereses del depósito a plazo del Banco BO2, corresponden enteramente a ZZ puesto que el origen de este dinero está en el estado de pago N° 22".

**Vigésimo Segundo:** Una gran diferencia entre las partes se produce en relación a los montos que le corresponden a cada una de ellas en relación al estado de pago N° 20, esto es, la segunda modificación del Contrato por obras extraordinarias.

Al respecto, a fs. 20 del correspondiente cuaderno separado, el perito señala que el monto bruto del estado de pago N° 20 fue de \$ 1.043.237.551 (valor neto: \$ 884.099.620). A este valor se le descontó la suma de \$ 68.271.729 correspondiente a la multa aplicada al Consorcio, por lo que el monto percibido fue de \$ 974.965.823. Con este monto se tomó con fecha 25 de septiembre de 2003, un depósito a plazo en el Banco BO3, con vencimiento al 30 de octubre de 2003. En tal fecha, el dinero ascendente a \$ 977.809.798 (incluidos los intereses ganados), fue retirado y una parte fue depositada en la cuenta corriente del Consorcio el día 31 de octubre de 2003 (la suma depositada fue \$ 159.137.932, destinado al pago del IVA). El monto restante (\$ 818.671.866) se encuentra en un depósito a plazo, tomado el mismo día 30 de octubre de 2003, a nombre de XX, endosado al Consorcio, en el Banco BO3.

Se encuentra establecido en autos, como se indicó, que el Contrato original celebrado con TR1 fue materia de dos modificaciones, debido a obras que debieron efectuarse más allá de lo convenido originalmente. Esta situación dio lugar a un primer "Convenio de Modificación de Contrato", de fecha 9 de septiembre de 2002.

También se encuentra establecido que el Consorcio planteó a TR1 una serie de cobros adicionales que resultaron en la suscripción de la "Segunda Modificación de Contrato", fechada 27 de agosto de 2003, rolante a fs. 367 y ss. de autos. Mediante esta segunda modificación, TR1 acuerda una ampliación del plazo para la ejecución de las obras; además acuerda efectuar un pago al Consorcio, de la suma única y total de UF 54.983,54, suma a la cual hay que descontarle una multa de UF 4.033,63, por atraso en el término de la etapa de puesta en marcha parcial de la planta (Estado de pago N° 20).

Ha sido uno de los principales tópicos discutidos por las partes en este pleito la forma en que se llegó a la suscripción de esta segunda modificación del Contrato con TR1 y los tratos preliminares, materia sobre la que se vuelve después, a propósito de la pretensión de ZZ de que se le indemnizen los perjuicios por el supuesto incumplimiento por parte de XX de lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio, estimados en 23.399,31 Unidades de Fomento. Lo que corresponde a los reclamos que ZZ tenía en contra de TR1 y que dice no pudo hacer valer debido a la negligencia e incumplimiento de XX.

En este considerando procede señalar por cuáles trabajos TR1 aceptó esta segunda modificación al Contrato original, esto es, cuáles son las mayores obras que TR1 aceptó pagar y quién ejecutó estas

mayores obras. En el considerando siguiente se hará referencia al tema de la multa aplicada por TR1 al Consorcio, por la suma de UF 4.033,63.

A juicio de este sentenciador el informe pericial evacuado en autos constituye la pieza fundamental para la determinación de las obras que fueron incluidas en la segunda modificación al Contrato y de la parte que las ejecutó, máxime que los litigantes no objetaron el peritaje; y que el Tribunal arbitral le concede valor de plena prueba, en virtud de su coherencia, claridad, acuciosidad y de la circunstancia muy relevante de no haber sido objetado.

Al respecto resulta especialmente importante lo señalado de fs. 13 a fs. 18 del cuaderno pericial. En él se analiza con detalle todas las partidas incluidas en el estado de pago N° 20, las cuales corresponden en su totalidad a obras ejecutadas por XX, salvo la partida “Conexión Subestación B.” que fue ejecutada por ZZ. De este modo, el perito concluye que del total del estado de pago N° 20, correspondiente a 54.983 Unidades de Fomento, a XX le corresponden 54.868,00 Unidades de Fomento, mientras que a ZZ le corresponden 115,54 Unidades de Fomento.

El detalle del estado de pago N° 20 se encuentra agregado a fs. 806 y ss., y tampoco fue objetado. También está acompañado de fs. 163 a fs. 171 del cuaderno separado de anexos al peritaje. Y el cuadro N° 3 (fs. 218 del mismo cuaderno) contiene un resumen de la segunda modificación al Contrato.

En armonía con lo anterior, al ser interrogados los testigos de XX don G.R. (fs. 603 y ss.), don J.M. (fs. 613 y ss.), don L.F. (fs. 685 y ss.) y don G.G. (fs. 694 y ss.) acerca de las modificaciones sufridas por el Contrato original, estuvieron todos contestes en que el Contrato fue objeto de dos modificaciones, y que mediante la segunda modificación se convino que TR1 pagará la suma de 54.983,54 UF, de las cuales 54.868,01 UF correspondían a obras ejecutadas por XX y \$ 1.820.340 (equivalentes a 115,53 UF) correspondía a trabajos ejecutados por ZZ.

Además está establecido que en la segunda modificación al Contrato se aceptó la multa impuesta por TR1 ascendente a 4.033,63 Unidades de Fomento por retraso en la puesta en marcha, etapa del Contrato que, según lo han señalado las propias partes, y como aparece además de la documentación acompañada y del mismo peritaje, era de cargo de ZZ.

De este modo, en conformidad a las reglas de la sana crítica y a lo dispuesto en los Artículos 425 y 384 regla segunda del Código de Procedimiento Civil, este Árbitro llega a la conclusión que del monto total de dinero recibido por el Consorcio de XX por concepto de estado de pago N° 20 corresponde a XX la suma de \$ 816.364.273 y a ZZ la suma de \$ 2.307.593, más para cada litigante los intereses obtenidos por el depósito a plazo, los que deberán ser distribuidos según los porcentajes informados por el perito al final de su trabajo, a fs. 25 del cuaderno de la prueba pericial (transcrito literalmente en el considerando anterior). O sea, un 99,78 por ciento de los intereses totales para XX; y el saldo del 0,22 por ciento para ZZ.

**Vigésimo Tercero:** Que, como se ha señalado, el estado de pago N° 20 corresponde a la segunda modificación del Contrato, acordada por el Consorcio con TR1, en la cual el Consorcio aceptó una de las exigencias de TR1, a saber, la aplicación de una multa ascendente a 4.033,63 Unidades de Fomento por retraso en la puesta en marcha, etapa del Contrato que era de cargo de ZZ.

Por un lado, expresamente el anexo I del Acuerdo de Consorcio, denominado “Anexo I. Asignación de las partes del proyecto y alcance de las obligaciones de XX y ZZ”, que contiene el detalle de las secciones del proyecto que corresponden a cada una de las partes, en el numeral 3.10 establece que “ZZ será responsable de la supervisión y operación de la planta durante la puesta en marcha y periodo de marcha blanca establecido en las especificaciones del Contrato” (fs. 121).

Por otra parte, como ya quedó establecido en el considerando anterior, el monto acordado por el Consorcio con TR1 por concepto de segunda modificación del Contrato, corresponde casi en su totalidad a trabajos ejecutados por XX. Según detalle contenido a fs. 18 del cuaderno del peritaje, de las 54.983,54 Unidades de Fomento, sólo 115,54 corresponden a ZZ y 54.868,00 a XX. Sin embargo, como se señala a fs. 20 del peritaje, del monto bruto del estado de pago N° 20 TR1 descontó la multa de 4.033,63 UF.

De este modo, estando claramente establecido que la multa aplicada por TR1 al Consorcio en la segunda modificación del Contrato fue por concepto de retraso en la puesta en marcha, y no existiendo controversia en cuanto a que esta etapa del Contrato estaba a cargo de ZZ, no puede menos que concluirse que el pago de esta multa por el monto de 4.033,63 Unidades de Fomento no corresponde a XX. Y habiendo sido la multa descontada por TR1 del estado de pago N° 20, deberá ella solucionarse a XX, según lo escrito en lo resolutivo del laudo.

**Vigésimo Cuarto:** Que, en cuanto a las reparaciones o acciones resarcitorias de las partes, como ya se ha dicho, todas serán rechazadas, pues la mora de ambas partes impide acogerlas. A mayor abundamiento se analiza en primer término la pretensión de ZZ de que se le indemnizen los perjuicios por el incumplimiento por parte de XX de lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio. Esta pretensión resarcitoria de ZZ asciende al monto de 23.399,31 Unidades de Fomento, correspondientes a los reclamos que ZZ tenía en contra de TR1 y que no pudo hacer valer debido a la afirmada negligencia e incumplimiento de XX.

A este respecto, ZZ demanda por concepto de indemnización de perjuicios la suma total correspondiente a mayores cobros que tenía en contra de TR1 y que en definitiva no fueron considerados en la segunda modificación del Contrato por la supuesta negligencia de XX quien, en su calidad de líder y representante del Consorcio, debía velar no sólo por sus propios intereses, sino también por los de ZZ y así dar cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo de Consorcio.

ZZ ha sostenido que tenía mayores cobros que efectuar a TR1, por el monto de \$ 395.627.883,47. En este sentido, se encuentra acompañado a fs. 294 mail enviado por el señor K.K. de ZZ al señor J.O., de fecha 23 de mayo de 2003, donde adjunta carta para presentación a TR1 de costos adicionales. A fs. 295 a 299 se encuentra agregada la carta aludida en el correo electrónico mencionado, carta que contiene el detalle de las mayores obras que pretende reclamar ZZ a TR1.

XX ha reconocido estar al tanto de estas pretensiones de mayores obras de ZZ, sin embargo alega que todas ellas fueron rechazadas por distintas razones que se encuentran detalladas a fs. 944 de autos.

La prueba documental acompañada por ambas partes demuestra que XX insistió constantemente en que ZZ participara directamente en las negociaciones con TR1 por mayores cobros, en particular solicitando la presencia de personeros de ZZ durante las reuniones con TR1, lo cual en definitiva no se produjo, no habiendo probado ZZ el empleo de la debida diligencia en esta materia.

Igualmente se encuentra acreditado que XX informó con fecha 21 de agosto de 2003 que las negociaciones que se estaban llevando a cabo por mayores obras con TR1, habían llegado a que esta última pagaría la suma aproximada de 54.800 Unidades de Fomento por los aumentos de obra ejecutados por XX. Además, en la misma carta, se señala que se acepta una multa por la suma aproximada de 4.000 Unidades de Fomento. Esto se encuentra acreditado por la carta acompañada a fs. 305. A fs. 309 hay agregada carta enviada por ZZ en respuesta, de fecha 22 de agosto de 2003, que XX reconoce haber recibido y donde se hace saber a XX que ZZ no está conforme con el acuerdo señalado. En efecto, ZZ le señala a XX que entiende que la oferta efectuada por TR1 es un pago global que comprende las demandas del Consorcio y no sólo las de XX. Además, en el punto 3 de esta carta ZZ agrega que “conforme al Acuerdo

de Consorcio, no es posible para XX o para usted personalmente aceptar o llegar a ningún acuerdo contractual con TR1 en representación nuestra, sin nuestro consentimiento previo por escrito. Por lo tanto, no aceptamos ninguna responsabilidad relacionada con su negociación de UF 4.000”.

Luego, XX, con fecha 2 de septiembre de 2003 solicita a ZZ que se pronuncie en conformidad al párrafo 5.11 del Acuerdo de Consorcio, ya que el acuerdo de conciliación debería ser firmado al día siguiente. Así aparece de los documentos acompañados a fs. 313 y 314, los cuales no fueron objetados.

El citado párrafo del Acuerdo de Consorcio dispone respecto a las conciliaciones con TR1 que: “En caso de que TR1 o el ingeniero ofrezcan conciliar una demanda u otra disputa que afecte los intereses, derechos u obligaciones de las partes, en términos que sean aceptables para una, pero no para la otra parte, la parte disidente podrá, dentro del plazo de 30 días siguientes a la notificación escrita de la intención de la otra parte de aceptar el arreglo (o en el plazo menor dentro del cual sea necesario notificar al ingeniero en virtud del Contrato o de acuerdo con los términos de la conciliación propuesta), iniciar arbitraje o procesos legales en representación de la Compañía Consorcio en contra de TR1 para decidir dicha demanda u otra disputa, pero todos los costos al respecto deberán ser asumidos por la parte disidente”.

“En caso de que la parte disidente no inicie arbitraje ni procesos legales dentro de dicho plazo, la otra parte podrá aceptar la oferta de conciliación en cualquier momento a nombre de la Compañía Consorcio, y tanto la Compañía Consorcio como las partes estarán obligadas por ésta aceptación del mismo modo como si la conciliación se hubiese llevado a cabo con el consentimiento de ambas partes”.

Este sentenciador es de la opinión que al notificarse con fecha 2 de septiembre de 2003 a ZZ que debía pronunciarse acerca de la propuesta de TR1 a más tardar al día siguiente se hizo aplicación de la norma especial contenida en la cláusula 5.11 del Acuerdo. Esto es, que ZZ debía pronunciarse en el plazo menor dentro del cual sea necesario notificar al ingeniero de acuerdo con los términos de la conciliación propuesta, lo cual ZZ no hizo.

En efecto, al ser interrogado el señor S.S. en la diligencia de absolución de posiciones, sobre si fue informado con fecha 2 de septiembre de 2003 acerca de la propuesta de TR1, en la cual se fijó un plazo fatal para su aceptación (pregunta N° 42) respondió: “Sé que se envió una carta, tengo conocimiento de una carta (se autoriza al señor S.S. a revisar sus notas), el 21 de agosto de 2003 XX escribió a ZZ informando que XX había estado negociando un acuerdo de 54.000 UF con una multa de 4.000 UF, yo contesté esa carta el 22 de agosto señalando a XX nuestro desacuerdo con este acuerdo y que rechazábamos responsabilidades por multas. El 2 de septiembre, XX envió un fax a ZZ, creo, señalando que el gerente general de TR1 solicitaba el acuerdo a la oferta y las palabras que usó fueron “en un futuro cercano”, XX nos pidió que aceptáramos el acuerdo. Contesté a este último fax o carta el 4 de septiembre señalando a XX que sólo aceptaríamos el acuerdo si éste incluía un pago mínimo a ZZ de 18.000 UF contra las demandas que habíamos hecho a TR1...”. Es decir, reconoce haber recibido la notificación de fecha 2 de septiembre, la cual, como ya se señaló se encuentra agregada a fs. 313 y 314, donde consta que los términos usados en dicha carta por el gerente general de TR1 no fueron los declarados por el absolvente sino que se señaló que “TR1 tiene plazo hasta mañana 3 de septiembre para comunicar a la SISS el acuerdo del directorio que autorizó la modificación del Contrato de la planta de B. Por lo anterior es impostergable tener la modificación de Contrato firmada mañana 3 de septiembre”. Por otra parte ZZ no acompañó esta respuesta que habría enviado el señor S.S. con fecha 4 de septiembre (es decir que en cualquier caso la respuesta fue extemporánea).

**Vigésimo Quinto:** Que, aunque se estimare que XX no dio cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 5.11 del Acuerdo de Consorcio, debe tenerse presente que ZZ no ha logrado acreditar la existencia de los perjuicios que alega que se le ocasionaron por las circunstancias arriba mencionadas, y que

evaluó en 23.399,31 Unidades de Fomento, correspondientes a los mayores cobros que pretendía contra TR1. ZZ sostiene a fs. 974 que no es necesario acreditar estos perjuicios por cuanto XX ha reconocido que ZZ pretendía efectuar mayores cobros en contra de TR1 por esta suma. Si bien es cierto que XX ha admitido que ZZ pretendía efectuar cobros en contra de TR1 por tal monto, esto no relevaba a ZZ de la carga de la prueba de que estos mayores cobros eran procedentes y que habrían sido aceptados por TR1, teniendo en especial consideración que el Contrato con esta última fue un contrato a suma alzada. Lo anterior no ha sido probado, de modo que la pretensión resarcitoria de ZZ tampoco puede prosperar por este motivo.

**Vigésimo Sexto:** Que en cuanto a la pretensión de XX de que se le indemnizen los gastos en que se deberá incurrir para revertir el daño a su imagen comercial y corporativa, que estima en la suma de 5.000 Unidades de Fomento más IVA, este sentenciador rechazará la pretensión por cuanto no se ha acreditado la existencia de semejantes perjuicios. La única prueba acompañada a los autos es un informe encargado por la propia empresa XX a la sociedad TR6 Comunicaciones para que se determine los costos asociados a revertir el daño a la imagen pública de XX. Este informe rola a fs. 829 y ss. Sin embargo no se ha acreditado de forma alguna el daño efectivo a dicha imagen, máxime que TR6 es un tercero que no fue incluido en la lista de testigos de XX.

**Vigésimo Séptimo:** Que respecto al derecho que asistiría a cada uno de los litigantes al pago por otras obras adicionales ejecutadas por ellos o costos, o bien al reembolso de gastos, y que en su concepto serían de cargo de la otra parte, al igual que la pretensión anterior, deberán ser desechadas por cuanto las partes han fracasado en acreditar fehacientemente su existencia, así como la circunstancia de que fueren de cargo de la otra parte. O sea que se rechazarán por falta de prueba.

Ambas partes pretenden el pago de una serie de obras que alegan haber tenido que ejecutar y que eran de cargo de la otra parte.

Al respecto, XX acompaña a fs. 840 como prueba de esta pretensión un informe elaborado, por encargo suyo, por la empresa TR7 S.A., donde se señalan una serie de trabajos que debieron haber sido ejecutados por la parte de ZZ y que conforme a los antecedentes del ingeniero que elabora el informe "estos trabajos fueron ejecutados y soportados por XX". Pero, este informe constituye, como lo señaló a fs. 985 ZZ, una simple estimación de gastos, hecha por un tercero ajeno al juicio. Que en cualquier caso carece de cualquier respaldo en cuanto a su contenido.

Los testigos de XX también declararon sobre este punto. Así el testigo señor J.R., a fs. 604 declaró que "frecuentemente ZZ solicitó a XX que este último realizara obras que eran de responsabilidad del primero". En igual sentido el testigo señor J.M., a fs. 613. Sin embargo los testigos no dan razón de sus dichos, por lo cual en virtud de lo dispuesto en el Artículo 384 regla 2ª del Código de Procedimiento Civil, este sentenciador no les dará mérito suficiente para tener por acreditada esta pretensión de XX.

ZZ solicita se le indemnizen los perjuicios correspondientes a los mayores costos o gastos asumidos por ella, a consecuencia del incumplimiento del Contrato por parte de XX. Esta pretensión ascendente a \$ 357.827.315 se encuentra resumida a fs. 976 y ss. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, ZZ no logró acreditar la pretensión. Acompañó en parte de prueba, de fs. 879 a fs. 924, más siete archivadores, una serie de documentos que a su juicio acreditarían que estos trabajos fueron ejecutados o los costos solventados por ZZ, no obstante que correspondía que los ejecutara o pagase XX. Sin embargo, fuera de la ausencia de mora, estos documentos no son suficientes para acreditar que estos trabajos y gastos debieron haber sido, según lo estipulado en el Contrato, ejecutados o financiados por XX.

En efecto, ZZ acompañó una serie de fotocopias, principalmente de facturas, que habrían sido, según lo que señala ZZ, debidamente pagadas por ellos. Estos documentos son insuficientes para causar la convicción del Tribunal ya que, por una parte, éstas no acreditan el fundamento de las pretensiones de ZZ, que en varios casos es el supuesto acuerdo de XX en que estas obras fueran ejecutadas por terceros y que ellos asumirán los mayores gastos que ello significara (véanse las pretensiones de las letras a), c), d) y g) de fs. 282 y ss). Sin embargo, ZZ no ha logrado acreditar la existencia de estos acuerdos con XX. Por otra parte, los montos demandados por ZZ no coinciden en todos los casos con los montos de las facturas acompañadas en parte de prueba, omitiendo ZZ cualquier explicación al respecto. Así ocurre en el caso de la pretensión contenida en la letra b) de fs. 282 que es por un monto de \$ 552.960, mientras que la factura acompañada es por la suma de \$ 5.674.757 más IVA. Lo mismo ocurre con el documento N° 8 acompañado en prueba del monto demandado en la letra f) de fs. 283 (\$ 6.832.320), la factura acompañada es por la cantidad de \$ 7.337.121 más IVA. En igual sentido la pretensión de la letra h) de fs. 283 es por la suma de \$ 10.633.968, mientras que la factura acompañada a fs. 918, para acreditar esta pretensión es por el monto de \$ 16.837.704.

Por otra parte, ZZ acompaña 7 archivadores con cientos de documentos, entre los cuales hay facturas, boletas, minutas internas, respecto de las cuales el Tribunal comparte las apreciaciones efectuadas por XX en su escrito de fs. 926, siendo insuficientes para formar la convicción de este sentenciador.

**Vigésimo Octavo:** En cuanto a la pretensión de XX de pago de los gastos generales por atrasos en término del Contrato, que ascienden a 3.405 Unidades de Fomento más IVA, deberá ser rechazada por tratarse de una acción resarcitoria que no puede ser acogida por faltar el elemento de la mora, en virtud de lo prescrito en el Artículo 1.552 del Código Civil, y a lo explicado en el considerando vigésimo. Pero, en cualquier caso debería ser rechazada por falta de prueba, ya que el informe emanado de un tercero, quien no lo reconoció como testigo, rolante a fs. 842, es un documento privado, encargado por la propia parte de XX a la empresa TR7 que carece de toda explicación y respaldo para acreditar la existencia de estos gastos generales.

**Vigésimo Noveno:** Que, en diversas presentaciones suyas ZZ recaba intereses según la tasa base del BO1, pero esto no fue acreditado ni en su última respuesta de fs. 523, ni con el documento no oficial emanado de un tercero, en idioma extranjero, rolante a fs. 890. Además, tales intereses serían un complemento, accesorio a las indemnizaciones demandadas por ZZ, a las que se negará lugar por lo ya razonado. Por ende, en virtud del principio jurídico de lo accesorio, lo recabado no puede prosperar.

**Trigésimo:** Que, respecto a las argumentaciones y a las pruebas que no han sido objeto de análisis individual y detallado, ellas carecen de influencia sustancial en lo resolutivo de este laudo.

**Trigésimo Primero:** Que, ni una ni la otra parte han resultado totalmente vencidas; y ambas tuvieron motivos plausibles para litigar,

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los Artículos 170 y ss., 324, 358, 363, 384, 425, 628 y ss. y demás citados y pertinentes del Código de Procedimiento Civil; Artículos 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.552, 1.901, 1.904 y demás citados y pertinentes del Código Civil,

**RESUELVO:**

1°. Que la sociedad ZZ, constituida bajo las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña, ha tenido y tiene legitimación activa para demandar reconvencionalmente a la sociedad XX.

- 2°. Ha lugar a la solicitud de XX respecto a la invalidez de la declaración de los testigos de ZZ.
- 3°. No ha lugar a la solicitud de ZZ de que se declare la inhabilidad de los testigos de XX.
- 4°. No ha lugar a las tachas opuestas por ZZ respecto de los testigos de XX.
- 5°. Ha lugar a la demanda principal de XX, sólo en cuanto a que ZZ deberá suscribir y entregar o facilitar la entrega a la demandante del o los cheques de la cuenta corriente del Consorcio por el monto de \$ 1.522.410.667, más los intereses obtenidos por los cuatro depósitos a plazo tomados en el Banco BO3 y en el Banco BO2, en los porcentajes señalados al final de la pericial, a fs. 25 del cuaderno separado. Esto, más el monto equivalente a la multa de 4.033,63 Unidades de Fomento. Todo ello una vez que XX haya cumplido lo dispuesto en el resolutive siguiente.
- 6°. Ha lugar a la demanda reconventional, acorde a su reformulación de fs. 962 y ss., en cuanto a que se ordena a XX proceder al pago \$ 2.109.461.351 más los intereses indicados por el perito a fs. 25 del cuaderno separado de la pericial, mediante la entrega material y física al Consorcio de los cuatro depósitos bancarios a plazo a los cuales se ha hecho referencia en este fallo.
- 7°. Ha lugar a la demanda reconventional, acorde a su reformulación de fs. 962 y ss., en cuanto a que se ordena a XX suscribir y entregar o facilitar la entrega a ZZ del o los cheques de la cuenta corriente del Consorcio por la suma de \$ 587.050.684, más los intereses obtenidos por los cuatro depósitos a plazo tomados en el Banco BO3 y en el Banco BO2, en los porcentajes señalados al final de la pericial, a fs. 25 del cuaderno separado. Menos la multa, equivalente a 4.033,63 Unidades de Fomento. Todo ello una vez que XX haya cumplido lo dispuesto en el resolutive anterior.
- 8°. No ha lugar a las demás pretensiones de una y otra parte.
- 9°. No se condena en costas, debiendo cada parte soportar los honorarios y gastos incurridos en relación a este proceso arbitral. Respecto a los honorarios pagados por XX al señor perito, ZZ deberá reembolsarle el cincuenta por ciento.

Pronunciada por el Árbitro Mixto señor Jorge López Santa María y autorizada por la actuaria, abogado y Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, señora Karin Helmlinger Casanova. Notifíquese por cédula y archívese en su oportunidad.