

ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR

Árbitro: Sr. Claudio Illanes Ríos
Fecha Sentencia: 18 de julio de 2005
ROL: 444

MATERIAS: Contrato de construcción por suma alzada, cambios y modificaciones – obras adicionales – cobro de póliza de seguro – pago de multa moratoria – monto excesivo de la multa, reducido por el Tribunal –obligación de pagar a subcontratistas– responsabilidad compartida de las partes.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Constructora XX Limitada dedujo demanda en contra de Inmobiliaria ZZ S.A., imputándole incumplimiento de sus obligaciones contractuales y solicitando se la condene a pagar el saldo de precio del contrato, más indemnización de los perjuicios, inclusive por daño moral.

Inmobiliaria ZZ S.A. demanda a Constructora XX Limitada por el cobro de diferentes rubros derivados del contrato, inclusive por errores de construcción, sobrecostos, y pago de multas.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y siguientes.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 635 y siguientes, 680 número 8.

Código Civil: Artículos 1.489, 1.545, 1.546, 1.553, 1.610, 1.999, 2.220, 2.330,

Código de Comercio: Artículo 553.

DOCTRINA:

Es posible inferir que la Inmobiliaria para poder terminar las obras hubo que inyectar una cantidad de dinero superior a la proyectada y si se considera que XX había percibido sumas de dinero que no guardaban estricta relación con el avance de obra efectivo a la fecha del Convenio, forzoso resulta concluir que tal remanente no ha tenido lugar y, por lo tanto, debe rechazarse esta petición de cobro formulada por la Constructora (Considerando N° II.14).

Aceptando que es difícil establecer en forma fehaciente la real entidad de estos defectos y si ellos tuvieron lugar en la época que correspondió a la administración y ejecución de las obras por parte de la empresa Constructora, o bien durante la etapa de terminaciones, proceso que tuvo lugar bajo la administración de la propia Inmobiliaria, para los efectos de decidir en equidad se da por establecido la existencia de errores en la construcción y trabajos mal ejecutados, pero ante la imposibilidad de determinar con precisión a que correspondieron, se concluye que este rubro ha sido satisfecho para la Inmobiliaria a través de la ejecución de la póliza de garantía que se tomó para responder a la buena ejecución de los trabajos a cargo de XX (Considerando N° II.21).

Una multa por un monto del 0,2% del total del contrato por cada día de atraso, es excesiva en función de lo que normal y tradicionalmente se estipula en los contratos de construcción, en los que generalmente es menor que la estipulada en este contrato y, en todo caso, con un límite (Considerando N° II.27).

Al haber existido una responsabilidad compartida en el atraso producido, cobra especial vigencia el precepto del Art. 2.330 del Código Civil que establece que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. A juicio de este Juez Árbitro, el bien jurídico que protege el citado precepto legal, constituye una norma de aplicación, no solamente en la responsabilidad extracontractual, donde se encuentra ubicado, sino que es perfectamente extrapolable a la de tipo contractual (Considerando N° II.29).

DECISIÓN: Se rechaza la demanda de XX en todas sus partes. Se acoge la demanda de Inmobiliaria ZZ S.A. en forma parcial. Cada parte pagará sus propias costas. Las costas arbitrales se pagarán conforme a lo acordado.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, dieciocho de julio del año dos mil cinco.

VISTOS:

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1. Constitución del arbitraje

En gestiones realizadas en el 30° Juzgado Civil de Santiago, Constructora XX Limitada solicitó se notificara al abogado don Jorge Barros Freire para que se pronunciara sobre la aceptación del cargo de Juez Árbitro Arbitrador para que conociera de las dificultades ocasionadas con la Inmobiliaria ZZ S.A. Con fecha 14 de agosto de 2003 don Jorge Barros Freire aceptó el cargo y prestó el juramento respectivo y dio por constituido el arbitraje con fecha 3 de noviembre de 2003. Por resolución de 19 de marzo del año 2004, escrita a fs. 49, don Jorge Barros Freire se declaró inhabilitado para continuar el conocimiento del litigio arbitral antes señalado. Con ocasión de dicha decisión, Constructora XX Limitada solicitó del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago la designación de un nuevo Árbitro. Dicho Centro, con fecha 2 de abril de 2004, procedió a designar al infrascrito como Juez Árbitro Arbitrador para conocer de la controversia mencionada. Con fecha 26 de abril del mismo año, el infrascrito aceptó el cargo y prestó el juramento pertinente. Tuvo por constituido el arbitraje por resolución de 30 de abril del mismo año, escrita a fs. 61 de estos autos arbitrales y designó Actuario al abogado don AC.

I.2. Partes del Arbitraje

Son partes en el presente juicio arbitral:

1. Constructora XX Limitada, representada por don E.B.; y,
2. Inmobiliaria ZZ S.A., representada por los señores H.U. y G.L.

I.3. Apoderados en el juicio arbitral

Constructora XX designó como abogado patrocinante y le confirió poder a don AB1, domiciliado en DML, e Inmobiliaria ZZ a los abogados señores AB2, AB3, AB4 y AB5, todos domiciliados en DML.

I.4. Normas de procedimiento

El Compendio de Normas Procesales que rige el presente arbitraje constan del Acta de Comparendo N° 1 de 4 de diciembre de 2003 escrita a fs. 10 y siguientes de estos autos arbitrales, aprobadas ante el Árbitro anteriormente designado don Jorge Barros Freire. Las referidas normas de procedimiento han sido complementadas con los acuerdos que han ido adoptando las partes y las decisiones del Juez Árbitro.

I.5. Período de discusión

I.5.1. Demanda de Constructora XX Limitada:

A fs. 15 y siguientes de estos autos arbitrales, don E.B., factor de comercio, por Constructora XX Limitada, en adelante XX o "La Constructora" interpuso demanda en contra de Inmobiliaria ZZ S.A., denominada en adelante ZZ o "La Inmobiliaria", representada legalmente por los señores G.L. y A.S., ambos domiciliados en DML.

La primera parte de la demanda comprende “los hechos que dan origen al proceso”. Señala esta demandante que con fecha 15 de marzo de 2001 celebró con ZZ un contrato general de construcción por suma alzada para la obra Edificio M. Lote AB, M. Resort. Que básicamente se trató de un edificio de 5 pisos más subterráneos, con 11 departamentos en total, estacionamientos y bodegas, ubicado en DML. El contrato de construcción se celebró bajo la modalidad de suma alzada. Se consideró un presupuesto detallado de las obras con el precio de las mismas. Que una vez adjudicada la licitación ZZ lo modificó, retirando múltiples partidas para conformar el presupuesto final de la obra. Que tal “itemizado” nuevo formó parte del contrato y las partes quedaron obligadas a ceñirse al mismo. XX agrega que a las partidas excluidas le podrían ser encargadas, pero en carácter de obras extraordinarias o adicionales. Por lo tanto, las obras presupuestadas eran las ordinarias, en tanto que aquellas no contempladas por las partes o que podrían surgir durante la construcción, eran las extraordinarias. Que, en consecuencia, estas últimas se sujetaban a un estatuto diferente. Que conforme a la cláusula sexta del contrato, se pactó que ellas podían ser encomendadas conforme a los valores unitarios del contrato establecidos en el presupuesto. Es decir, no obstante el aumento del gasto general que tales obras podían representar, su valor siempre se calcularía conforme el precio unitario contemplado en el itemizado. Que la ejecución del contrato presentó múltiples inconvenientes, lo que produjo un sustantivo retraso de las obras con respecto a la planificación original. Que la causa principal del retraso experimentado por las obras fue originada por los propietarios de los departamentos, todos ellos socios de la Inmobiliaria, quienes modificaron en innumerables ocasiones los planos y obras del edificio. Que las continuas dificultades surgidas a raíz de los permanentes cambios en la programación de las obras que la ZZ obligaba a realizar, afectaron seriamente las buenas y antiguas relaciones existentes entre las partes. Que esta demandante indica que existió una permanente animadversión demostrada por el ITO hacia los representantes y dependientes de XX, dando origen a constantes malos entendidos notándose en los primeros meses del 2001 que la construcción del edificio presentaba un ostensible retraso. En el mes de abril de 2002 la construcción se encontraba sólo con un grado de avance de un 85%. Que con motivo de ello las partes acordaron un mecanismo para la más pronta conclusión de las obras, además del pago de las sumas de dinero adeudadas y otras en discusión. Los acuerdos consistieron en: 1º) Un pacto para la ejecución del contrato bajo la administración de la propia Inmobiliaria. Que en virtud de este pacto, sería ella quien concluiría las obras del edificio, ajustándose a las partidas presupuestarias contempladas en el itemizado del contrato, las cuales fueron especificadas en un “itemizado ad hoc”. Que se previó que en concluir las obras y pagar a los proveedores, ZZ sólo invertiría una parte del presupuesto asignado por lo que existiría un saldo aproximado de \$ 45.000.000. Que dichos fondos, correspondientes al saldo de precio del contrato serían entregados a la XX una vez concluidas las obras. Que como constructor a cargo de la obra asumió don J.S., quien se desempeñaba como ITO. Fue designado para hacerse cargo de la totalidad de los trabajos de construcción del edificio. El señor J.S. despidió a la persona que XX tenía contratado como jefe de obras y contrató para tal efecto a uno de sus asistentes. 2º) Pago de acreencias a proveedores. La Constructora se encontraba en mora con ciertos proveedores. Con el fin de solucionar tales deudas, se pactó que ZZ procedería al pago de dichas acreencias con cargo a los fondos del presupuesto contemplados en el contrato. 3º) Renuncia al cobro de ciertas partidas. Al efecto, se convino que las partes renunciaban, por un lado, al cobro de los mayores costos relativos al aumento de plazos y de obras, y de otro lado, al cobro de las multas pactadas o retrasos en los plazos de construcción. 4º) Estudio o revisión de los precios unitarios y de las obras adicionales. Se convino que ZZ estudiaría la posibilidad de pagar gastos generales y utilidades por la mayor cantidad de obras realizadas en razón del volumen de trabajo de las modificaciones en los planos, como asimismo las obras adicionales ya ejecutadas a esa fecha. Por consiguiente, a partir del 11 de abril de 2002 la Inmobiliaria continuó con la ejecución de las obras, hasta su conclusión. Que el itemizado ad hoc no incluía futuras modificaciones a los planos, ni obras adicionales, las cuales no fueron previstas ni convenidas por las partes, lo que resultaba de toda lógica, desde el momento que era imposible conocer tales innovaciones por anticipado. El itemizado y presupuesto definido por las partes exigía la conclusión de las obras tal y como se pactaban. Que, sin embargo, la ejecución de las obras

realizadas por don J.S. no se sujetó a dicha premisa. Permanentemente recibió encargos para ejecutar nuevas modificaciones a los planos y obras adicionales no incluidas en el presupuesto. Que la administración del presupuesto por ZZ excedió largamente lo pactado, ya que no sólo se ejecutaron las obras del contrato con cargo al presupuesto itemizado, sino que también una multiplicidad de obras no convenidas, para las cuales los mandantes debían proveer fondos adicionales. XX estima que mientras ZZ ejecutó directamente las obras, su administración fue un caos. Que no fue posible obtener del señor J.S. una rendición de gastos. Que tampoco se recibió los informes de avance de obras u otra información que permitiera conocer su estado. La información que se daba era de carácter genérica acerca de la inversión del presupuesto. Que, en definitiva, una vez concluidas las obras, se solicitó a ZZ una completa rendición de gastos, a fin de conocer si habían sido ejecutadas todas las obras convenidas y de que forma había sido invertido el presupuesto. Que ZZ dio formal cumplimiento a lo solicitado a mediados de septiembre de 2002, entregando una rendición de gastos. Sin embargo, ella consistió en un listado de partidas de carácter genérico, que carecerían de respaldo y de desglose. Que ZZ propuso la firma de un finiquito que ponía término a toda controversia entre las partes, previa liquidación de la garantía y sin rendición de gastos de ninguna especie. Que existieron además otras dificultades con relación a la póliza que se contrató para responder a la correcta ejecución de las obras. TR1 Seguros notificó a XX la ejecución inmediata de la póliza, sugiriendo arbitrar las medidas para solucionar las desavenencias dentro de un plazo de 30 días. Ofreció, además, la renovación de la póliza si así lo convenían las partes. Con ocasión de los esfuerzos que se hicieron para un entendimiento con ZZ, permitió diferir la ejecución de la póliza hasta el 15 de noviembre de 2002. En definitiva, la póliza fue cobrada y debidamente pagada a ZZ, ocasionando a XX ingentes perjuicios. Que conforme a todos los hechos que se sucedieron en la ejecución de esta obra, la Inmobiliaria debe justificar los gastos e inversiones que realizó y está en la obligación de acreditar si se ciñó o no al itemizado y presupuesto definido para la conclusión de las obras, y la forma en que los fondos fueron gastados. Que no ha sido posible saber la clase y cantidad de las obras adicionales que fueron realizadas, el monto invertido en las mismas y la forma en que ellas se contabilizaron dentro del presupuesto. La Constructora ha calculado que habría un saldo ascendente a una suma aproximada a los \$ 45.000.000. Se agrega que ZZ tampoco dio cumplimiento a otras obligaciones relativas al pago de terceros. Que existen diversos proveedores impagos, no obstante haberse dispuesto los fondos para cumplir con tales obligaciones. Que al respecto se adeudarían \$ 20.000.000 aproximadamente. Que no aceptan las imputaciones que ZZ le ha formulado en orden a que han incumplido los principios de la buena fe que deben regir toda obligación contractual. Asimismo, no aceptan la imputación de existir vicios ocultos en las obras construidas.

La segunda parte, se refiere “al derecho aplicable en la especie”. Que al respecto y no obstante el carácter de Arbitrador del Juez de esta causa no implica que no pueda haber referencia a preceptos fundamentales del Código Civil que dicen relación con la materia controvertida tales como los Arts. 1.545, 1.546 y 1.489 del Código Civil.

La tercera parte dice relación con el reclamo de “el daño moral”. La Constructora señala que los incumplimientos de ZZ le impidieron cumplir con sus compromisos para proveedores y trabajadores originándose una serie de procesos judiciales en contra de XX, ocasionándole un serio daño de imagen. Reclaman por dicho concepto el equivalente a UF 3.000. Termina XX solicitando que se declare: a) Que ZZ ha incumplido con sus obligaciones contractuales para con XX; b) Que se condene a ZZ a pagar el saldo del precio convenido en el contrato de construcción. Que dicho saldo corresponde al remanente del presupuesto pactado para la terminación de las obras del edificio, una vez hecha la deducción de los fondos empleados en concluir las obras definidas y convenidas por las partes, conforme el itemizado ad hoc y los pagos a proveedores y demás expensas necesarias para la conclusión del edificio, todo ello con más los intereses y reajustes que en derecho corresponda; c) Que se condene a la demandada a la indemnización de los perjuicios a consecuencia del incumplimiento de las siguientes obligaciones

contractuales: 1) El ilegítimo cobro de la póliza de seguro para garantizar la buena ejecución del contrato con un detrimento patrimonial que estima en \$ 41.880.550 con más los intereses y reajustes que en derecho correspondan; y, 2.- La mora en el cumplimiento de obligaciones para con proveedores y trabajadores. Por dicho concepto reclaman un detrimento patrimonial ascendente a la suma de \$ 10.000.000 más los intereses y reajustes que correspondan; d) Que se condene a ZZ al equivalente a UF 3.000 por daño moral; y, e) Al pago de las costas de la causa.

I.5.2. Demanda de Inmobiliaria ZZ S.A.

A fs. 24 y siguientes los abogados señores AB2 y AB3, en representación de ZZ, demandan a XX, representada por E.B. La demanda se divide en diferentes capítulos y párrafos.

El primer capítulo dice relación con los aspectos relevantes del contrato de construcción celebrado por las partes. Que al respecto señalan que con fecha 15 de marzo de 2001 entre las partes de este juicio arbitral se celebró un contrato general de construcción a suma alzada para construir un edificio de 5 pisos compuesto por un total de 11 departamentos, un subterráneo para 20 automóviles y 10 bodegas, con un total de 4.300 metros cuadrados construidos. Que el precio del contrato se acordó en una suma única y total del equivalente a 68.300 UF impuesto incluido. Para la terminación de los trabajos contratados se acordó un plazo de 300 días corridos contados desde la fecha del contrato, esto es, el 15 de enero de 2001, permitiéndose la extensión de dicho plazo en proporción a las modificaciones o aumentos extraordinarios de obras que representaran hasta un 20% del valor del contrato. Que la Constructora asumió, entre otras, la obligación de responder por la buena y oportuna ejecución de la obra de acuerdo con los planos recibidos. Que la fiscalización de la obra quedó radicada en el ITO, designándose en tal carácter a don J.S. Que el proyecto arquitectónico y de especialidades estuvo a cargo de don G.M. y el proyecto estructural del edificio a cargo de la firma TR2 Limitada. Que el precio se pagaría con un anticipo del 10% del precio convenido, esto es, el equivalente a 6.830 UF. Que dicho anticipo debería ser garantizado por XX mediante la entrega a ZZ de una póliza de garantía, que debía devolver una vez que XX reintegrara totalmente el anticipo entregado. Para ello ZZ descontaría de cada estado de pago mensual por avance de obra un 10% de su valor total hasta completar el monto del anticipo entregado. Que cada estado de pago por avance de obra que XX efectuara debía ser presentado al ITO, quien debería aprobarlo o rechazarlo en un plazo máximo de 5 días. Aprobados que fueran por el ITO debían cancelarse en un plazo máximo de 5 días, reteniendo ZZ un 5% del monto de cada estado de pago como una forma de garantizar la buena ejecución de la obra. Que en las cláusulas octava y décima del contrato se acordó una multa a favor de XX para el evento que ZZ retardara el pago de algún estado de pago por un monto de un 0,1% del valor impago por cada día de atraso y de un 0,2% del monto total del contrato por cada día de atraso si XX no daba cumplimiento a la fecha de terminación y entrega de las obras contratadas.

El segundo capítulo se refiere a la forma en que se ejecutó el contrato. Se señala que un elemento determinante en la adjudicación del proyecto de construcción no solamente lo fue la trayectoria profesional de la empresa constructora sino que la gran amistad existente entre E.B. con algunos miembros del directorio de ZZ, lo que originó un ambiente de amistad y confianza, que fueron muy determinantes en el proceso de ejecución de las obras. Las obras se iniciaron a partir del día 15 de marzo de 2001 incorporándose al contrato los planos generales y de detalles, proyectos de especialidades y especificaciones técnicas del proyecto elaborados por el arquitecto G.M.; planos del proyecto estructural de la obra elaborados por la firma TR2 Limitada; bases administrativas; Carta Gantt o programa de avance de obra elaborada por el constructor; presupuesto general y detallado de la obra elaborado por el constructor y estudio de mecánica de suelo de los terrenos en donde se llevaría a cabo los trabajos de construcción elaborado por TR3 Limitada. Que en la ejecución de la obra desde un principio se produjeron dificultades. La ITO comenzó a dar cuenta de atrasos en los estados mensuales de avance de la obra, así como problemas de caja y manejo de dineros por parte de XX. Que a fines del año 2001 XX enfrentaba una dura situación económica. El atraso en la obra era notorio y la ITO daba cuenta de graves defectos y vicios

de la construcción. Que a la fecha en que debía entregarse la obra, esto es, el 9 de enero de 2002, XX no pudo cumplir con dicha obligación contractual. Con motivo de ello ZZ contactó al arquitecto A.B., quien comenzó a asesorar profesionalmente a ZZ. Que a fines de febrero del año 2002, el señor E.B. manifestó a ZZ que XX se encontraba en una delicada situación económica, con graves problemas financieros solicitando el apoyo de ZZ para poder seguir adelante con la construcción del edificio. Tal situación llevó a las partes a firmar con fecha 11 de abril de 2002 un Convenio. En él XX reconoció sus dificultades financieras y la imposibilidad de seguir administrando la obra en construcción, solicitando el apoyo de ZZ en la administración de los pagos y demás cuestiones financieras. Los estados de pago por avance de obra se harían, en adelante, semanalmente con la participación del señor A.B., efectuándose directamente los pagos a través de ZZ de acuerdo a los presupuestos elaborados por XX. Para cumplir con estas finalidades, ZZ aceptó designar al arquitecto señor A.B., quien reestructuró el equipo de trabajo de XX, renegó conjuntamente con el señor E.B. los subcontratos impagos por XX y asumió otras tareas de administración. Que para terminar la obra de construcción del edificio se mantuvo como presupuesto el original pactado en el contrato de UF 68.300, deduciéndose hasta esa fecha lo que ZZ efectivamente había ya pagado a XX, cantidad que ascendía a 60.400 UF. La Inmobiliaria renunció a las retenciones pactadas como garantía y sólo mantuvo la cantidad de 2.300 UF como póliza de garantía como correcta ejecución de la obra. Que para terminar la obra se requería 7.900 UF, diferencia entre lo originalmente presupuestado en el contrato y lo efectivamente pagado a XX a la fecha del Convenio, más un presupuesto por obras extraordinarias pactado con anterioridad al Convenio por la suma de 3.617 UF y, finalmente, 3.580 UF de otras obras extraordinarias que se aprobaron durante la aplicación del Convenio. Que todo lo anterior, según cálculos de ZZ arrojó un presupuesto aproximado de 15.100 UF para terminar el edificio, el que fue aceptado por XX obligándose a terminar el edificio por un presupuesto que no superaría dicha cifra. Que el edificio en definitiva fue terminado a mediados del mes de agosto de 2002 con siete y medio meses de atraso, del cual la ITO hizo un pormenorizado análisis para efectos de la aplicación de la multa pactada en el contrato y un aumento en el presupuesto original de \$ 55.254.200 por concepto de deudas pagadas a terceros para poder terminar el edificio, \$ 20.106.100 por concepto de pagos en reparación de errores y vicios ocultos de construcción y \$ 14.000.000 por concepto de gastos extras de administración, principalmente en gastos de honorarios de la ITO.

El tercer capítulo, se refiere a incumplimientos imputables a XX. En ello se señala lo referente a pagos de subcontratistas y terceros de la obra. Que por tales motivos ZZ debió pagar facturas emitidas por los subcontratistas a XX, que decían relación con trabajos de pinturas, gasfitería, electricidad, impermeabilización, ceramistas y otros, las que renegociadas determinaron un sobrecosto en el precio original de la obra por la suma de \$ 55.254.202, suma que excedió al presupuesto final de 15.100 UF acordado para terminar la obra. Errores de construcción, trabajos mal efectuados y vicios ocultos, lo que implica un aumento en el presupuesto de construcción del edificio por la cantidad de \$ 20.100.106. Sobrecostos por gastos de administración que estima en \$ 14.000.000. Incumplimiento de la obligación de construir el edificio en el plazo acordado por las partes. En este párrafo se señala detalladamente, según el criterio de ZZ la forma de computar los plazos y las multas aplicables estimando que ha sido el atraso de 147 días, lo que implica una multa equivalente a UF 20.080.

Otro capítulo dice relación con la cláusula penal establecida en el contrato a favor de ZZ. Luego de señalar las normas legales y contractuales que dicen relación con dicha cláusula penal, concluye que en mérito de lo que señala, debe ser condenada XX al pago de la suma de \$ 338.068.640.

El último capítulo, se refiere a los fundamentos de derecho de la demanda, citando al afecto las disposiciones contenidas en el párrafo 8º en el Título XXVI del Libro IV del Código Civil referente al contrato de confección de obra material destacando los Arts. 1.999 y 2.002 del Código Civil, como también el Art. 1.553 del mismo Código, concluyendo que se acoja la demanda interpuesta por ZZ y que se condene a XX al pago de la suma de \$ 427.428.842.

I.5.3. Contestación de la demanda por parte de la Inmobiliaria ZZ

A fs. 64 y siguientes de estos autos arbitrales, don AB2 y AB3 proceden a contestar la demanda interpuesta por XX en contra de ZZ.

El primer capítulo se refiere a los comentarios generales de la demanda, en la que se expresa que esta última es poco clara y confusa y que no existe una concatenación lógica entre los hechos expuestos y lo solicitado en su parte petitoria.

El segundo, dice relación con la improcedencia de la solicitud hecha por XX de rendir cuenta. Al respecto, señala la normativa legal que en su concepto corresponde aplicar y en esa dirección señala que si lo que se pretende es la determinación de la obligación de alguien para rendir cuentas a otro, el precepto legal que debe aplicarse es el Art. 680 N° 8 del Código de Procedimiento Civil, y en tal caso, debió haberse solicitado al Juez de Letras en lo Civil que corresponda que declare la obligación que por ley o por el contrato corresponde rendir cuentas. Enseguida, analiza esta situación en función de la rendición de cuentas de este juicio y que en mérito de las consideraciones que señala, ZZ estima que es claro y de toda lógica, entender que por disposición del contrato era XX quien periódicamente rendía y debía rendir estados de pago y cuentas a ZZ a través de la ITO. Que en consecuencia, resulta jurídicamente imposible e improcedente que XX pretenda una rendición de cuentas por parte de ZZ. Que el Convenio suscrito por las partes, en nada modificó la naturaleza del contrato de ejecución de obra primitivo, lo que se estipuló expresamente. Por consiguiente, ZZ mantuvo su condición de mandante y XX mantuvo su obligación de construir hasta su término la obra proyectada, sin que se modificara el precio general de la misma como los plazos y precios unitarios acordados para las obras extraordinarias. Que en cuanto a los estados de pago por avance de obra se pagarían cumplidos que sean los dos requisitos copulativos que se señalan en la cláusula tercera letra a) y b) del Convenio, esto es: a) Que reflejen directamente el avance de obra aprobado por ZZ para cada caso; y, b) Que sean previamente aprobados por el señor J.S. en su calidad de ITO. Que de conformidad a la nueva modalidad de cooperación en la administración financiera acordada en el Convenio, era ZZ, quien, luego de revisar los estados de pago realizados por XX, procedía pagarlos directamente. Por lo tanto, el señor A.B. sólo manejaba y destinaba los recursos para pagar directamente los estados de pago. Que aun cuando XX formalmente pide una rendición de cuentas que es improcedente, lo que en realidad pretende es obtener una declaración de cumplimiento forzado de una obligación de pagar un saldo de precio, al que no tiene derecho por haber estado siempre en mora de cumplir su obligación de ejecutar la obra en tiempo y forma.

El capítulo tercero, se refiere a la obligación de llevar a término la ejecución de la obra como constructora. En esta materia, se señala que los hechos presentados por XX no se ajustan a las cláusulas y pactos acordados tanto en el contrato como en el Convenio. Que el Convenio acredita fehacientemente que el retraso constatado por las partes el día 11 de abril de 2002, se originó por las dificultades financieras experimentadas por XX y no en las eventuales modificaciones a las obras del edificio. Agrega ZZ que no es efectivo que haya prestado su consentimiento a ninguna de las renunciaciones que ha señalado XX, particularmente a aquella relativa al cobro de una multa por retraso. Que lo real es que XX como consecuencia de su imposibilidad para seguir administrando financieramente la obra, pidió ayuda y cooperación a ZZ, conservando en todo caso su condición de empresa encargada de la construcción y sus obligaciones adquiridas en virtud del contrato. Que la terminación de la obra se pudo concretar gracias a la colaboración prestada por el personal contratado por XX, grupo de personas que bajo la intervención financiera de ZZ concluyó finalmente las obras contratadas.

El capítulo cuarto, se refiere a la improcedencia de los montos cobrados por XX. En esta parte, se refiere, en primer lugar, a la indemnización de perjuicios solicitada, señalando la improcedencia de tal pretensión por cuanto no se darían los presupuestos que la ley establece para tal eventualidad y cita al efecto jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, haciendo especial hincapié que la indemnización de

perjuicios es siempre accesoria de la acción principal por lo cual ella es procedente en la medida que se acoja la pretensión principal de cumplimiento de la obligación de la cual pende. Esta contestación contiene referencias además al eventual cobro ilegítimo de la póliza de seguro para garantizar la buena ejecución del contrato. Al respecto ZZ señala que se trata de un pago que encuentra su causa en un previo contrato de seguros celebrado entre TR1 y XX, que puede dar lugar a un pago a favor de un tercero como es ZZ, sólo si se cumplen los específicos requisitos que establecen las condiciones generales y particulares de dicha póliza, aspecto que no fue impugnado por XX en su demanda. Que, además de lo anterior, no se ha acreditado la efectividad de los daños cuyos resarcimientos se pretenden. Que de acuerdo con el contrato de seguro, la compañía aseguradora no está autorizada para calificar la admisibilidad de fondos en cuanto al requerimiento que se le plantea, y cumpliéndose los requisitos formales que se establecen en las condiciones generales simplemente procede al pago a favor del asegurado. Que habiéndose verificado el pago, se ha producido de conformidad con el Art. 1.610 del Código Civil y 553 del Código de Comercio una subrogación legal a favor del asegurador y solamente este último tiene la legitimación activa para obtener el reembolso de lo pagado. Luego se hace referencia al eventual daño moral esgrimido por XX. En este párrafo, se contienen abundantes consideraciones para desestimar dicha pretensión desde el momento que todas las circunstancias que motivaron los problemas en la ejecución de las obras contratadas le han sido imputables a XX, y por lo tanto, ZZ no puede asumir el pago de indemnización alguno por el menoscabo de imagen y prestigio de XX. El último párrafo, se refiere a las costas que habría pagado XX con motivo de la defensa asumida en los distintos juicios iniciados en su contra. Que sobre el particular, no procede indemnización alguna atendido a que el patrimonio de XX no ha sido afectado por eventuales pagos de costas y que tampoco correspondería que ZZ asumiera el pago de costas ordenadas por Tribunales en las distintas causas seguidas por terceros en contra de XX. Por lo tanto, dicho capítulo de la demanda, igualmente, debe rechazarse.

I.5.4. Contestación de la demandante por parte de la Constructora XX

A fs. 85 de estos autos arbitrales, XX procede a contestar la demanda que en su contra ha interpuesto ZZ.

En la primera parte, se refiere a los hechos que han dado origen al proceso, oportunidad en la cual menciona el contrato celebrado por las partes de fecha 15 de marzo de 2001, los pormenores relativos a su adjudicación, haciendo presente que en lo relacionado al plazo del contrato no fue definido, establecido ni propuesto por XX, sino que incluido en las bases de la licitación a la que XX fue convocada. Que la ejecución del contrato presentó múltiples inconvenientes que ocasionaron el retraso en las obras. Estos inconvenientes comenzaron en la instalación misma de faenas. Todas las dificultades producidas en esa etapa trajo como consecuencia que las obras partieran con un ostensible retraso no imputable a XX. Que en efecto, lo que comenzó como un proyecto unitario para un edificio de departamentos, se transformó en algo enteramente distinto, consistente en la construcción de 10 viviendas diferentes agrupadas dentro de un mismo edificio, producto de los innumerables cambios realizados para el edificio en general, y para cada departamento en particular, cosa que hizo imposible de ceñirse a la programación original. En consecuencia, los retrasos no le son imputables a XX sino que a ZZ. Esta última agrega que la ITO fue contumaz en retrasar la inspección de obras para aprobar los estados de pago, optándose simplemente por hacer lo que se denominaba "adelanto". Luego, XX señala que es efectivo que los conflictos relacionados con retraso y descoordinación presupuestaria fueron zanjados mediante un acuerdo de fecha 11 de abril de 2002. Que el Convenio estableció que en la ejecución del contrato quedaba bajo la administración de la propia Inmobiliaria quien terminaría el edificio, ajustándose a las partidas presupuestarias contempladas en un "itemizado *ad hoc*" elaborado por las partes. Que luego de pagar a los proveedores y saldar cuentas diversas existiría un saldo de presupuesto ascendente a \$ 45.000.000 aproximadamente de propiedad de XX. El pago de acreencias a proveedores las que serían solucionadas por ZZ con cargo a los fondos del presupuesto contemplados en el contrato; renuncia al cobro de ciertas partidas, tales como los mayores costos relativos al aumento de plazos y de obras y ZZ renunció al cobro de las multas

pactadas por retrasos en los plazos de construcción. La revisión o estudio de los precios unitarios y de las obras adicionales. Luego, el contratista señala que el Convenio de 11 de abril de 2002 constituyó una verdadera modificación del contrato, alterándose sustancialmente los derechos, obligaciones y responsabilidad de las partes. Es por ello que no resulta efectivo lo afirmado por ZZ en orden a que el Convenio constituyó sólo una complementación del contrato. El contratista se refiere también a la intervención de determinadas personas en la ejecución de la obra especialmente del señor J.S. y del señor A.B. Luego contiene referencia a la renegociación de los contratos con los subcontratistas, señalando cuáles eran las terminaciones que faltaban en relación a los subcontratistas de labores más importantes. En este punto el contratista señala que no obstante las obligaciones asumidas por ZZ y su pretendida diligencia en la administración del Convenio todavía existen proveedores con quienes se convino en una forma de pago que fue incumplida por ZZ. La Constructora señala que no divisa razón alguna para que ZZ haya incluido en su demanda montos referentes a obras adicionales, afirmándose que constituyeron un mayor costo que debió financiarse con cargo al presupuesto del contrato, por cuanto ellas no formaban parte del mismo y, no obstante el derecho de ZZ para encargarlas, ellas debían tener un financiamiento separado. XX hace presente que don J.S. iba recibiendo encargos para ejecutar nuevas modificaciones a los planos y de obras adicionales que no fueron incluidas en el presupuesto. Por ello, la adecuada comprensión de esta controversia exige total claridad respecto que durante la administración del presupuesto por ZZ no sólo se ejecutaron con cargo a éste las obras del contrato, sino que también una multiplicidad de obras no convenidas para las cuales ZZ debía proveer directamente de los fondos. ZZ, agrega el contratista, no proveía más que una genérica información acerca de la inversión del presupuesto. XX rechaza, asimismo, que con relación al real estado de avance de las obras haya proporcionado información falsa. Ello no era posible por la existencia de la ITO y de las atribuciones de que disponía y de la fiscalización personal que efectuaba. Desmiente, de otro lado, la imputación que ZZ le ha formulado en orden a la existencia de vicios ocultos y, concretamente, de actos dolosos destinados a dañar patrimonialmente a ZZ. Que tales presuntos vicios resultan completamente imposibles de acuerdo a la forma en que el contrato fue ejecutado. Que, por lo demás, los presuntos actos de sabotaje que se le imputan, tales como defectos en las conexiones sanitarias, ellas de haber existido habrían tenido su origen, precisamente, durante el período en que la ejecución de las obras estaba a cargo de don J.S. y son de su exclusiva responsabilidad como constructor a cargo de las terminaciones del proyecto. Que en lo que dice relación al cobro de multas por retraso, esto es, la cláusula penal contenida en la cláusula décima del contrato, constituye un flagrante desconocimiento de lo acordado expresamente por las partes, desde el momento que al suscribirse el Convenio se convino expresamente en la recíproca renuncia de los derechos a reclamar el pago de ciertas partidas. Concluye el contratista señalando que el retraso en los pagos a subcontratistas y otros terceros por parte de XX se debió a causas imputables a ZZ. Que debe rechazarse la pretensión de ZZ respecto de la existencia de errores de construcción, trabajos mal ejecutados o vicios ocultos imputables a XX. Asimismo, que XX no contrajo obligación alguna de asumir los honorarios de los señores J.S. y A.B. y que, por último, ZZ renunció expresamente al cobrar las multas por atrasos.

I.6. Conciliación

Con fecha 15 de junio de 2004, se efectuó un comparendo citado con el objeto de establecer las bases de una eventual conciliación. En dicha oportunidad, como consta del Acta de fs. 98, las partes convinieron en formular escritos de réplica y dúplica para aclarar los argumentos expuestos durante el período de discusión y diferir las gestiones de conciliación. Las partes dieron cumplimiento a dichas presentaciones. A fs. 101 y siguientes lo hizo ZZ, oportunidad en la cual se hizo cargo de todas y cada una de las alegaciones y defensas efectuadas por XX, y ratificó lo ya señalado en su demanda y contestación. XX hizo lo propio en presentación que corre a fs. 118 y siguientes de estos autos arbitrales. Cumplidos que fueron tales trámites, tuvo lugar un segundo comparendo extraordinario de conciliación celebrado con fecha 20 de julio de 2004, cuya Acta corre a fs. 117, oportunidad en la cual se dieron un plazo hasta el 9 de agosto de ese mismo año para responder la posibilidad de una conciliación. Con fecha 20 de agosto de dicho año, XX solicitó que la causa se recibiera a prueba, circunstancia que se entendió como

expresión de rechazo a las gestiones de conciliación. En su mérito el Tribunal Arbitral dio por terminada esa gestión y ordenó darle curso progresivo a los autos arbitrales.

I.7. Prueba

I.7.1. Interlocutoria de prueba

Con fecha 23 de agosto de 2004, según resolución que corre a fs. 123 y 124, se dictó la correspondiente interlocutoria de prueba y se fijaron los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Dicha interlocutoria de prueba fue objeto de reposición por ambas partes. La Inmobiliaria la hizo en presentación que corre a fs. 130 y XX en presentación que corre a fs. 136. Evacuados los traslados respectivos se rechazaron ambas reposiciones según consta de la resolución de fs. 143. Por consiguiente, la interlocutoria referida estableció en definitiva los siguientes puntos de prueba: 1.- Sentido y alcance del Convenio de 11 de abril de 2002 y las circunstancias que motivaron su celebración; 2.- Existencia o no de incumplimientos imputables a XX en el Contrato General de Construcción celebrado con ZZ respecto de: 2.1) Pagos a subcontratistas y terceros de la obra; 2.2) Errores de construcción, trabajos mal efectuados y vicios ocultos; 2.3) Sobrecostos por gastos de administración; y, 2.4) Atraso en el plazo para construir el edificio; 3.- Naturaleza, especie y monto de los perjuicios demandados por ZZ; 4.- Si ha existido o no incumplimiento de parte de ZZ respecto del cobro de la póliza de seguro para garantizar la buena ejecución del contrato; 5.- Hechos y circunstancias relativos al daño moral demandado por XX; y, 6.- Naturaleza, especie y monto del detrimento patrimonial demandado por XX.

I.7.2. Prueba testimonial

La Constructora presentó su nómina de testigos en presentación que corre a fs. 146 de estos autos arbitrales, y ZZ hizo lo propio según listado que se encuentra a fs. 148. Por XX prestaron testimonio: señor V.C. (fs. 157 a fs. 160); y señor V.G. (fs. 161 a 163). Por ZZ don J.S. (fs. 174 a fs. 179); y, don A.B. (fs. 180 a fs. 184).

I.7.3. Absolución de posiciones

A fs. 164 de estos autos arbitrales, ZZ citó a absolver posiciones a don E.B. Con fecha 26 de noviembre de 2004, según Acta de fs. 189 el absolvente respondió el temario de preguntas que constan de fs. 188.

I.7.4. Prueba documental

Ambas partes presentaron abundante prueba documental, la que fue acompañada con audiencia contraria, parte de ella fue agregada a los autos arbitrales y otras formaron cuaderno separado, entre estos últimos están los documentos acompañados por XX en presentación que corre de fs. 200 a fs. 203. La Inmobiliaria presentó la documentación que se individualiza en su presentación de fs. 207 a fs. 213.

I.7.5. Peritaje

La Constructora en presentación que corre a fs. 185, solicitó un informe pericial. Con fecha 23 de noviembre de 2004, en acta que corre a fs. 187 se accedió a la designación de perito facultándose al Árbitro para que designe el o los peritos que estime del caso, fijando el ámbito de la pericia respectiva. Al efecto, se designó como perito a don PE cuya acta de designación y aceptación se encuentra a fs. 190 y en los cuales consta el ámbito del peritaje. La visita de reconocimiento pericial se decretó para el día 17 de mayo del año en curso como consta de la resolución de fs. 237. El perito designado evacuó su informe e hizo entrega del mismo al Tribunal Arbitral en carta de 30 de mayo del año en curso agregada a fs. 245 de estos autos arbitrales.

I.7.6. Oficios

Con fecha 31 de enero y 1 de abril de 2005, se dirigió oficio al arquitecto señor don G.M., a fin que haga llegar al Tribunal los documentos que en dicho oficio se indican. La información solicitada fue entregada directamente por el señor G.M. al perito.

I.7.7. Prórroga del plazo del arbitraje

En Acta de Comparendo extraordinario de 29 de marzo de 2005, según se lee en su punto quinto, que se agregó a fs. 231 y por presentación de ZZ que corre a fs. 234 de estos autos arbitrales, se acordó prorrogar en seis meses más el plazo para que el Árbitro cumpla su cometido a contar del 27 de abril del presente año.

I.8. Observaciones a la prueba y al peritaje

Por resolución de 30 de mayo del año en curso escrita a fs. 248, se abrió un término de 20 días hábiles para formular observaciones, tanto respecto del informe pericial como de la prueba en general. XX cumplió la diligencia respectiva según consta en sus escritos de fs. 266 y de fs. 299. ZZ hizo lo propio en presentaciones que corren a fs. 279 y a fs. 301.

I.9. Cierre del proceso y llamado a oír sentencia

Por resolución de fecha 7 de julio de este año que corre a fs. 306, se declaró cerrado el proceso y se citó a las partes para oír sentencia.

II. PARTE CONSIDERATIVA

II.1. Que por contrato privado de 15 de marzo de 2001, ZZ encargó a XX la dirección, administración y ejecución de la construcción hasta su total terminación de un edificio de 5 pisos más un subterráneo, con un total de 11 departamentos, 10 bodegas y 20 estacionamientos, con un total construido aproximado de 4.300 metros cuadrados.

II.2. Que de conformidad al referido contrato, la construcción del antes expresado edificio se debería efectuar de conformidad a los siguientes antecedentes: a) Planos generales y de detalles, proyectos de especialidades y especificaciones técnicas del proyecto, elaborados por el arquitecto señor G.M.; b) Planos de proyecto estructural de la obra, elaborados por la firma TR2; c) Bases administrativas; d) Carta Gantt o programa de avance de obra, elaborada por XX; e) Presupuesto general y detallado de la obra elaborado por el constructor; y, f) Estudio de mecánica de suelo de los terrenos en donde se llevarían a cabo los trabajos de construcción, elaborado por TR3.

II.3. Que XX se obligó a ejecutar la totalidad de la obra contratada por el precio único y total del equivalente en pesos, moneda nacional corriente, a UF 68.300, impuesto incluido, según el presupuesto detallado que se acompañó. Que se convino un plazo para la completa terminación de los trabajos contratados de 300 días corridos desde la fecha de la celebración del contrato, y de acuerdo al programa de avance de las obras, sin perjuicio de las modificaciones o aumentos de obras que se presenten en la forma y oportunidades que se detallan en la cláusula novena del contrato. Se estableció, además, que el incumplimiento del plazo estipulado, debido a causas imputables al constructor, daría derecho a ZZ para cobrar, por el simple retardo, una multa del equivalente al 0,2% del monto total del contrato por cada día de atraso.

II.4. Que con fecha 11 de abril de 2002, entre las mismas partes, se celebró un Convenio en el cual se dejó constancia que el constructor, a la fecha de dicho Convenio, había realizado trabajos de construcción previstos originalmente, aproximadamente por un 85% del total. Que atendido a que se encontraba con dificultades de orden financiero que le han impedido continuar administrando las obras de construcción que restan al contrato, solicitó a ZZ su apoyo en la administración de los pagos que se generen de la fecha del Convenio en adelante, y que deban efectuarse de conformidad al contrato celebrado, y con el fin específico de llevar a término el edificio incluyendo su recepción final.

II.5. Que en el referido Convenio ambas partes designaron al señor A.B. a fin de que reestructure el equipo de trabajo del constructor, de forma que permita el término de las obras de edificación y su

recepción final municipal, renegocien en conjunto con el señor E.B. los diferentes subcontratos vigentes, de modo de definir un monto total a pagar por cada uno de ellos, que incluya hasta sus respectivas recepciones finales y, además, coordinen las distintas faenas a realizar en forma interna con XX para lograr dichos fines.

II.6. Que con ocasión de la celebración del Contrato de Construcción y del Convenio que se han aludido en las consideraciones precedentes, han surgido controversias entre las partes acerca de diferentes materias que comprendió la construcción del edificio proyectado. La controversia ha implicado que ambas partes hayan formulado demandas ante este Juez Árbitro, reclamando diversos ítems, que según el criterio de cada una de ellas, le son adeudados por la contraparte respectiva.

II.7. Que para el acertado entendimiento de las decisiones que este Juez Árbitro adoptará en la sentencia que se dicta, resulta indispensable tener presente las siguientes consideraciones:

- 1) Que ambas partes han reconocido que, en la especie, se ha tratado de la ejecución de la construcción de un edificio de departamentos y estacionamientos con implicancias muy especiales. Que, en efecto, se ha tratado de una negociación inmobiliaria efectuada entre personas conocidas y con algún grado de amistad, tanto entre los futuros adjudicatarios de los departamentos a construir, como en relación a la empresa constructora encargada de su ejecución;
- 2) Que al tener esta especial característica la ejecución de esta obra, dio origen a numerosos cambios que se fueron solicitando durante su ejecución, por cuanto muchos de los futuros adjudicatarios de departamentos solicitaron elementos especiales para cada uno de ellos;
- 3) Ha quedado claro de los antecedentes acumulados en esta instancia arbitral que, por las mismas consideraciones antes señaladas, no existió una debida prolijidad en la constancia de las diversas circunstancias y anomalías que tuvieron lugar durante la ejecución de la obra, como tampoco se efectuaron las advertencias, ni se adoptaron medidas en forma oportuna tendientes a evitar los problemas y dificultades que en definitiva se produjeron;
- 4) Que de lo que se viene señalando, es posible establecer y, por lo tanto declarar, que, en gran medida, existe una responsabilidad compartida en los problemas que en definitiva se produjeron; y,
- 5) Que atendido todo lo anteriormente señalado y teniendo presente que esta instancia es de Arbitrador y que, por lo tanto, resuelve conforme a lo que la equidad y prudencia aconsejen, en las decisiones que en definitiva se adopten, se tendrán especialmente en cuenta tales factores.

II.8. Que XX ha demandado a ZZ, solicitando, concretamente, lo siguiente: a) Que se declare que esta última ha incumplido con sus obligaciones contractuales; b) Que se la condene a pagar el saldo de precio convenido en el contrato de construcción, que corresponde al remanente del presupuesto pactado para la terminación de las obras del edificio, una vez hecha la deducción de los fondos empleados en concluir las obras definidas y convenidas por las partes, conforme el itemizado ad-hoc y los pagos a proveedores y demás expensas necesarias para la conclusión del edificio con más los intereses y reajustes que en derecho corresponda; c) Que se la condene a la indemnización de los perjuicios a consecuencia del incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales: 1) El ilegítimo cobro de la póliza de seguro para garantizar la buena ejecución del contrato con un detrimento patrimonial que estima en \$ 41.880.550, con más intereses y reajustes que en derecho corresponda; y, 2) La suma de \$ 10.000.000 más intereses y reajustes por la mora en el cumplimiento de obligaciones para con proveedores y trabajadores; d) Que se le condene al equivalente a UF 3.000 por daño moral; y, e) Al pago de las costas de la causa.

II.9. Que ZZ, por su parte, ha demandado a XX el cobro de diferentes rubros derivados del contrato de construcción de la referencia. Reclama la cantidad de \$ 55.254.202 por incumplimiento en los pagos a subcontratistas y terceros de la obra. La suma de \$ 20.106.100 por errores de construcción, trabajos mal efectuados y vicios ocultos. La cantidad de \$ 14.000.000 por sobrecostos por gastos de administración y la suma de \$ 338.068.640 por concepto de la aplicación de la multa por cada día de atraso en la ejecución de la obra, según contrato, todo lo cual suma la cantidad de \$ 427.428.842 más los respectivos intereses y reajustes y las costas de la causa.

II.10. Que para un debido ordenamiento de las decisiones que se irán adoptando en el curso de esta sentencia, se comenzará analizando los rubros demandados por XX, atendida la circunstancia que dicha demanda se encuentra agregada a los autos arbitrales con antelación a la que formulara ZZ.

II.11. Que como cuestión previa en relación a la demanda de XX, debe desestimarse la alegación invocada por ZZ en cuanto serían improcedentes los rubros reclamados por concepto de indemnización de perjuicios, por estimar que la acción de perjuicio es accesoria a la petición de algunas de las alternativas que establece el Art. 1.489 del Código Civil, por cuanto si bien es cierto se ha considerado que en una indemnización de perjuicios proveniente de una vinculación contractual, ella es consecuencia necesaria e inmediata de la petición de cumplimiento forzado o de resolución del contrato, no es menos cierto que, en este caso, XX ha pedido que se declare que ZZ incumplió sus obligaciones y que, como consecuencia de ello, demanda los perjuicios que indica. Que, por último, si se entendiera que dicha formulación no es suficiente, el carácter de instancia de Arbitrador permite flexibilizar el ordenamiento jurídico sin que exista el imperativo de resolver con sujeción estricta a derecho.

II.12. Que el primer rubro reclamado por XX dice relación con el saldo por concepto de remanente del presupuesto pactado para la terminación de las obras del edificio, una vez hecha la deducción de los fondos empleados en concluir las obras definidas y convenidas por las partes, conforme el itemizado *ad hoc* y los pagos a proveedores y demás expensas necesarias para la conclusión del edificio. Que XX ha estimado que existiría un saldo aproximado de \$ 45.000.000 y que en consideración a que se ha incumplido con la obligación de rendir adecuadamente los gastos del contrato, no resulta posible conocer exactamente a cuánto ha ascendido dicho remanente del presupuesto.

II.13. Que entre los antecedentes que rolan en este proceso arbitral no existen elementos concretos que puedan dar por establecido la existencia de un remanente que le correspondería percibir a XX. Muy por el contrario, conforme a lo expresado por el perito, a la fecha de la celebración del Convenio, el saldo de obra que restaba era muy superior al 15% que allí se señaló, y que no fue efectivo que hubiera un 85% de avance de obra. Por consiguiente, de la información financiera que efectúa el perito en que analiza los estados de pago presentados por XX y aprobados por ZZ, es posible inferir que ZZ para poder terminar las obras hubo que inyectar una cantidad de dinero superior a la proyectada y si se considera que XX había percibido sumas de dinero que no guardaban estricta relación con el avance de obra efectivo a la fecha del Convenio, forzoso resulta concluir que tal remanente no ha tenido lugar y, por lo tanto, debe rechazarse esta petición de cobro formulada por XX.

II.14. Que XX pretende que ZZ le cancele, a título de indemnización de perjuicios, la suma de \$ 41.880.550 más los intereses y reajustes que corresponda en derecho, por imputarle a ZZ el ilegítimo cobro de la póliza de seguro que hubo que tomarse para garantizar la buena ejecución del contrato. Que, al respecto, XX no ha acreditado en juicio los perjuicios que eventualmente se habrían producido con ocasión del cobro de la póliza de seguro. Que, muy por el contrario, dicha póliza se otorgó como garantía de fiel cumplimiento del contrato y que la Compañía de Seguros TR1 pagó a ZZ la cantidad equivalente a 2.500 UF, luego que se acreditara el cumplimiento de los requisitos establecidos en los Arts. X y XI de las condiciones generales de dicha póliza. Que, por lo demás, el perito designado en estos

autos, en su informe, apartado D) página 19 y siguientes, precisa una serie de defectos de construcción que él pudo comprobar y que están detallados en su respectivo informe. De tal suerte, el haberse hecho efectiva la referida póliza tuvo por causa hechos efectivos que respaldaron tal decisión y, por lo tanto, no procede considerar que ha habido un detrimento patrimonial para XX y, por consiguiente, este rubro de su demanda es rechazado.

II.15. Que XX a título de indemnización de perjuicios reclama la suma de \$ 10.000.000 más intereses y reajustes por la supuesta mora que habría existido de parte de ZZ en el cumplimiento de obligaciones para con proveedores y trabajadores. Que en relación a este rubro, no existen antecedentes que permitan concluir que efectivamente ha existido la tardanza que se le imputa a ZZ por tales conceptos. Muy por el contrario, de acuerdo al informe técnico del perito, el total de pagos a subcontratistas realizados por XX y autorizados por ZZ representaron un 87,38% del total de subcontratos identificados en los estados de pago. Este porcentaje es bastante mayor que el 59,4% de avance que el perito establece como promedio según se puede leer en el cuadro Anexo A1. Por lo tanto, no puede pretenderse una indemnización de perjuicios dada las circunstancias antes señaladas, por una eventual mora en el cumplimiento de obligaciones para con proveedores y trabajadores, razones todas que llevan a desestimar este rubro de la demanda de XX.

II.16. Que, finalmente, XX demanda el pago de una suma equivalente a UF. 3.000 por concepto de daño moral. Que no se discute que el daño moral puede ser reclamado como una indemnización derivada de una vinculación contractual. Que entendiendo por daño moral todo sufrimiento psíquico que ha experimentado una persona por el actuar ilícito de otra, y en función de un ente corporativo, la pérdida de imagen, el menoscabo de su prestigio y de sus relaciones frente a su entorno comercial, en la especie, no han tenido lugar. Tanto por la circunstancia de no haberse rendido prueba suficiente sobre este particular, como por la circunstancia que las demandas judiciales de que fue objeto XX, fueron consecuencia de hechos propios, ajenos a ZZ y de las que, obviamente, no ha tenido responsabilidad alguna. Que, por lo demás, en el propio Convenio suscrito por las partes se dejó expresa constancia de la situación financiera por la cual atravesaba la empresa, circunstancia que con toda seguridad fueron la causa o motivo de las demandas judiciales que en su contra se entablaron, razones todas que conducen a rechazar este rubro de la demanda.

II.17. Que ZZ ha demandado a XX por los rubros y por las cantidades que se han indicado en las consideraciones anteriores. Esta sentencia se hará cargo de cada uno de ellos en el mismo orden en que están planteados. La Inmobiliaria reclama de XX el incumplimiento en los pagos a subcontratistas y terceros de la obra. Al efecto, señala que los dineros que entregaba a XX, conforme a los estados de pago por avance de obra, no siempre eran destinados a esos fines. Que lo mismo ocurría con aquellos destinados al pago de proveedores de materiales para la obra. Que XX incurrió en una gran cantidad de deudas que ZZ, después de celebrado el Convenio tuvo que renegociar, pagando parte de esas deudas y debiendo contratar nuevos subcontratistas que reemplazaran a aquellos que decidieron abandonar la obra. Los subcontratistas emitieron facturas por diversos trabajos relacionados con pinturas, gasfiterías, electricidad, impermeabilización, ceramistas y otros. Que por este rubro ZZ reclama del contratista el pago de la suma de \$ 55.254.202.

II.18. Que para dilucidar el rubro reclamado detallado en la consideración anterior, este Juez Árbitro cuenta con el informe técnico evacuado por el perito señor PE. Que en su informe aludido señala que de acuerdo con el examen que efectuó de la documentación disponible y que le fuera proporcionada por las partes, el total de pagos a subcontratistas efectuados por XX y autorizados por ZZ ascendieron a UF 32.599,06 que representan el 87,38% del total de subcontratos identificados en los estados de pago.

II.19. Que, de otro lado, el mismo perito señala que habiéndose el contrato celebrado entre las partes litigantes bajo la modalidad de suma alzada, no es posible determinar lo que XX le haya pagado efectivamente a sus subcontratistas a partir de los dineros que cobró a ZZ. Que, sin embargo, señala que con los antecedentes disponibles puede concluirse que XX habiendo cobrado un importante porcentaje del total de sus subcontratos, ello no se reflejó en el avance de los mismos, lo que sugiere que en este limitado avance influyó un menor pago de la XX a los subcontratistas.

II.20. Que el perito agrega en el informe que se viene comentando, que para poder seguir trabajando con los proveedores y subcontratistas y terminar satisfactoriamente el edificio, hubo que efectuar los pagos que se contienen en el listado de la página 18 del informe en cuestión y reiterados en sus Anexos C2 y C3. El total de dichos pagos asciende a la suma de \$ 54.354.202 que equivalen al valor de la Unidad de Fomento a la fecha del informe a 3.555,68 UF. Que con las facultades que tiene este sentenciador de apreciar la prueba conforme lo que la prudencia y la equidad le indiquen, y, en particular el informe del perito de acuerdo a las reglas de la sana crítica, considerando la situación atípica que se produjo en la relación contractual motivo de esta controversia y lo ya expresado en la consideración II.7) de esta sentencia, agregado a la dificultad de precisar con exactitud aquello que es de cargo exclusivo del contratista, se acoge este rubro de la demanda de ZZ, sólo en un 30% de lo señalado por el perito. Vale decir, un 30% del equivalente a UF 3.355,68, esto es, por UF 1.006,68.

II.21. Que ZZ reclama de XX la suma de \$ 20.106.100 por errores de construcción, trabajos mal efectuados y vicios ocultos. Que en estos autos se han acumulado variados antecedentes, entre los cuales cabe destacar la testimonial rendida por ZZ y el propio informe del perito que efectivamente concluye que hubo defectos que los describe e indica en las páginas 19, 20 y 21 de su informe, todos los cuales pudo constatar en la visita efectuada con fecha 17 de mayo de 2005. Que aceptando que es difícil establecer en forma fehaciente la real entidad de estos defectos y si ellos tuvieron lugar en la época que correspondió a la administración y ejecución de las obras por parte de XX, o bien durante la etapa de terminaciones, proceso que tuvo lugar bajo la administración de la propia ZZ, este Juez Árbitro para los efectos de decidir en equidad da por establecido la existencia de errores en la construcción y trabajos mal ejecutados, pero ante la imposibilidad de determinar con precisión a qué correspondieron, este Juez Árbitro concluye que este rubro ha sido satisfecho para ZZ a través de la ejecución de la póliza de garantía que se tomó para responder a la buena ejecución de los trabajos a cargo de la XX. Que en mérito de esta última circunstancia este Juez Árbitro da por satisfecho y pagado este rubro demandado por ZZ.

II.22. Que ZZ demanda sobre costos por gastos de administración en atención a los gastos que habría demandado la nueva labor de inspección y fiscalización que tuvo la obra, la cantidad de viajes que tuvo que hacer el Inspector Técnico de la obra y la circunstancia de tener que haber extendido su labor como tal durante 147 días más de lo presupuestado en el contrato. Que sobre este particular, este Juez Árbitro con las facultades de que dispone, privilegia por sobre todo otro antecedente que pueda existir en el proceso, el informe tantas veces aludido del perito. Este último hace un exhaustivo examen de esta materia en las páginas 14, 15 y 16 de su respectivo informe, para concluir luego del análisis de los elementos que tuvo en cuenta, que no se ha producido un sobrecosto por gastos de administración durante la segunda etapa de la obra (11 de abril al 14 de agosto de 2002), ni después de ese período en que se han seguido haciendo trabajos para reparar defectos de la construcción. Que con lo expresado, se rechaza este rubro de la demanda de ZZ.

II.23. Que ZZ ha demandado el incumplimiento de la obligación de construir el edificio "Condominio ZZ" en el plazo acordado por las partes. Que, al respecto, afirma que la obra debió ejecutarse en un plazo de 300 días contados desde la fecha del contrato, según se estipuló en el primer párrafo de la cláusula novena del mismo. Que por causas que le serían imputables a XX, la obligación de construir el edificio

en el plazo estipulado no se cumplió. Que se terminó de ejecutar el día 14 de agosto de 2002. Que, conforme a su criterio, el edificio requirió la cantidad total de 517 días. Que efectuada la deducción de aquellos días de atraso que ZZ ha estimado que no le resultaron imputables a XX, la mora en la ejecución del edificio en que esta última incurrió fue de 147 días. Que de conformidad con lo que dispone la cláusula decimocuarta del contrato general de construcción para el evento de atraso en el plazo de construcción estipulado, se pactó una multa equivalente al 0,2% del monto total del contrato por cada día de atraso. Que aplicado dicho porcentaje a los 147 días de retardo que ZZ estima imputable a XX, resulta la cantidad de \$ 338.068.64 equivalentes a la fecha de la demanda a UF 20.080,2.

II.24. Que este rubro de la demanda de ZZ es el que requiere un mayor análisis y consideraciones de equidad y prudencia. Tanto en función del monto de la multa que pretende ZZ, como de las diversas circunstancias que tuvieron lugar en la ejecución de este contrato. Todos estos aspectos se irán analizando a objeto de llegar a una conclusión que más se ajuste a lo que en equidad corresponde.

II.25. Que en el orden de ideas que se viene señalando, corresponde indicar que ha existido una responsabilidad bastante compartida en el atraso efectivamente producido. Que, por una parte, XX se atrasó en iniciar los trabajos subcontratados, como lo señala el perito en su informe y particularmente en el Anexo A1. Que, por otra parte, ha quedado establecido en estos autos arbitrales que ZZ ordenó una considerable cantidad de cambios y obras adicionales, que el perito detalla en su Anexo A2, lo que indiscutiblemente impactó el plazo original de construcción, agregada a la circunstancia que no fue oportuna y sistemáticamente formalizado mediante ordenes de cambio con modificaciones de plazo y precio contractual. Que, por otra parte, compartiendo lo expresado por el perito, resulta propio del sentido común que un plazo de 300 días para realizar la obra encomendada, en un lugar que se encuentra a 140 kms. de Santiago, involucra diversos problemas relacionados con el abastecimiento de materiales, menor rendimiento de la mano de obra especializada por eventuales ausencias, similares problemas para los subcontratistas. Tales circunstancias debieron haber sido previstas, tanto por el contratista como por ZZ. Aquél debió haber sido más consciente en su propuesta y sopesar el exiguo plazo bajo el cual se comprometió a ejecutar la obra. Y de parte de ZZ, tampoco parece razonable convenir un plazo que era más que obvio que sería difícil de cumplir.

II.26. Que otro análisis que corresponde efectuar en relación a esta materia, es el monto y la forma en que ha sido planteada la multa que pretende cobrar ZZ. En primer lugar, no es propio de una pena que tiene el carácter de moratoria, vale decir, por el simple retraso, que no tenga límite en el tiempo, ni un techo en función del monto total de la obra. En efecto, una multa que se cobra día a día sin ningún límite, puede llegar a sumas verdaderamente exorbitantes en relación al monto efectivo del contrato. Todo ello, sin perjuicio que pudieran existir retenciones a recibirse de la obra por observaciones que pudieran resultar caprichosas, y, en tal caso, la multa convenida seguiría corriendo.

II.27. Que ahondando en las observaciones señaladas en la consideración anterior, debe hacerse presente que una multa por un monto del 0,2% del total del contrato por cada día de atraso, es excesiva en función de lo que normal y tradicionalmente se estipula en los contratos de construcción, en los que generalmente es menor que la estipulada en este contrato y, en todo caso, con un límite.

II.28. Que continuando con las observaciones que se vienen señalando en relación a esta materia, debe tenerse en cuenta que ha sido un motivo de discusión, si con ocasión del Convenio que las partes celebraron, ha debido entenderse o no renunciadas las multas por atraso en la ejecución de las obras que se hubieran devengado. Que, al respecto, debe rechazarse la pretensión de XX que el referido Convenio haya significado un nuevo contrato. Muy por el contrario, una interpretación correcta de la real intención de las partes, y en un proceso integrador, conduce a la conclusión de que el contrato ha quedado plenamente vigente, con todas sus estipulaciones, salvo las que haya modificado el Convenio,

y con los alcances y objetivos que este último tuvo. Que, sin embargo, existe en los autos el documento agregado a fs. 170, que corresponde a una carta de 24 de abril de 2002, suscrita por E.B. y A.B., dirigida a ZZ. En su punto 2º se señala que los atrasos y las probables multas que pueda cobrar ZZ, se acordó no cobrar ninguna de ellas por ambas partes. Aun cuando este documento, a juicio de ZZ, no tiene el efecto que se pretende deducir de sus términos, sino que habría sido una simple sugerencia, no es menos cierto que lleva la firma del señor A.B., que pasó a tener un rol muy importante en la segunda etapa de la construcción como ha quedado demostrado en estos autos arbitrales.

II.29. Que de todo lo que se viene señalando, resulta que, en equidad y prudencia, el monto de la multa debe ser reconsiderado, tanto por el alto porcentaje que implica en función del costo total de la obra, y, de otro lado, por las especiales circunstancias que en este caso han concurrido y a las que se ha hecho referencia en las consideraciones anteriores. Al haber existido una responsabilidad compartida en el atraso producido, cobra especial vigencia el precepto del Art. 2.330 del Código Civil que establece que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. A juicio de este Juez Árbitro, el bien jurídico que protege el citado precepto legal, constituye una norma de aplicación, no solamente en la responsabilidad extracontractual, donde se encuentra ubicado, sino que es perfectamente extrapolable a la de tipo contractual. Este mismo criterio, por lo demás, inspiró la decisión adoptada respecto del pago a proveedores y subcontratistas, conforme lo expresado en la consideración II.20) de esta sentencia. Que por todas estas razones, este Juez Árbitro es de opinión de que el monto de la multa que correspondiere por los días efectivos de atraso, sea de un 0,1% del monto del contrato.

II.30. Que además de lo que se viene señalando, refuerza el reducir el porcentaje de la pena a un 0,1% del valor del contrato, la simple relación de la cantidad de dinero que por este concepto pretende ZZ y el monto pactado como precio del contrato. En efecto, se demanda el equivalente a UF 20.080,2. Dicha suma representa un 34% de las UF 68.300 valor de la obra según contrato. Es obvio, que tal porcentaje y cantidad, como multa, resulta excesiva, aún bajo las circunstancias de considerar acreditados los días de atraso efectivo señalados por ZZ y le fueran imputables a XX. Es por ello que se ajustan a la equidad y prudencia los criterios adoptados en esta sentencia, que han tenido en cuenta la situación fáctica que se produjo en esta relación contractual.

II.31. Que no obstante lo anteriormente expresado, debe declararse que ha existido un atraso en la ejecución de la obra que efectivamente le resulta imputable a XX. Que este Juez Árbitro hace suyo el plazo que fija el perito en su informe respectivo. Al efecto, indica en la página 12 de su informe, que es de responsabilidad de XX un atraso de 21 días. Que, posteriormente, en un informe complementario, el perito reconsideró lo antes señalado, y con un nuevo estudio de los antecedentes, según lo indica, concluye que el total de días de atraso de responsabilidad de XX es de 37,5 días, y que para los efectos prácticos, este Juez Árbitro lo determina, en definitiva, en 37 días.

II.32. Que conforme con lo que ya se ha expresado en las consideraciones anteriores, la multa que este Tribunal Arbitral estima de justicia, es de un 0,1% del valor establecido para la obra, tomando como tal el establecido en el contrato de 15 de marzo de 2001, que fue de UF 68.300, según se lee en su cláusula quinta. Por consiguiente, conforme al criterio que se ha indicado, la multa por atraso corresponde a 68,3 UF por día. Habiéndose decretado que el referido atraso fue por 37 días, el monto que corresponde por la referida multa asciende a 2.527,1 UF.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Que con el mérito de todo lo expuesto, de los principios generales de derecho, de prudencia y equidad, de lo que disponen los Arts. 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y 635 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

- 1º. Que se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta por la XX en contra de ZZ.
- 2º. Que se acoge la demanda interpuesta por ZZ en contra de XX, sólo en cuanto se le ordena pagar a esta última a favor de aquélla, la suma única y total equivalente a UF 3.533,78, que corresponden a los dos rubros de la demanda que se han acogido en los términos expresados en su parte pertinente.
- 3º. El pago se efectuará en moneda nacional, al valor que tenga la Unidad de Fomento al momento de su pago efectivo, sin intereses, por haberse declarado la suma a pagar en esta sentencia, devengando sólo el interés moratorio máximo legal, en el caso de atraso o simple retardo en el pago. El pago deberá efectuarse dentro del plazo de 60 días corridos, contados desde que esta sentencia cause ejecutoria.
- 4º. Cada parte pagará sus propias costas, y en cuanto a las arbitrales, estése a lo ya acordado sobre el particular.

Sentencia pronunciada por el Juez Árbitro Arbitrador don Claudio Illanes Ríos.