

“CVM ING. Y CONST. LTDA. (XXX CON BANCO (ZZZ))”

ÁRBITRO ARBITRADOR: SR. MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI MÖNCKEBERG

13 de agosto de 1999  
Rol 91-98

**SUMARIO:** Contrato suma alzada. Informe pericial. Responsabilidad recíproca de las partes. Compensación gastos no previstos. Lucro cesante.

**DOCTRINA:** Es de la naturaleza de un contrato a suma alzada que las diferencias entre lo presupuestado y la realidad final son de plena responsabilidad del contratista. Informe pericial no será tomado en consideración por contener conclusiones erradas, incoherentes con la naturaleza de un contrato a suma alzada. Si ambas partes de un contrato tuvieron responsabilidad en los hechos que desorganizaron las obras y los proyectos originalmente planteados, no parece equitativo imponer multas al contratista. Si un contrato tuvo una extensión más allá de la original, durante la cual el contratista debió sufragar gastos generales no previstos, por razones de equidad, éstos deben serles compensados por el mandante a razón de su costo promedio diario contenido en la propuesta. Indemnizaciones pedidas por las partes no pueden ser atendidas si ambas partes incurrieron en errores considerables de organización y de supervisión. Lucro cesante, que sería inherente a las molestias del público, no procede ya que realizar las obras manteniendo la atención del público simultáneamente fue decisión tomada por ZZZ.

**HECHOS:** CVM Ing. y Const. (XXX) fue contratada por ZZZ para ejecutar la ampliación, remodelación y cambio de imagen de las oficinas de ZZZ ubicadas en Los Ángeles y Antofagasta. Los contratos sufrieron una serie de contratiempos por la suspensión de las obras ordenadas por las Direcciones de Obras de los respectivos Municipios y por modificaciones a los proyectos. El Banco procedió a hacer efectivas las Boletas de Garantía para luego poner término a los contratos invocando la insolvencia del contratista. La contratista demandó el pago de los saldos de precio adeudados, más el valor de las boletas de garantía y los perjuicios. ZZZ, junto con contestar la demanda, demandó reconventionalmente cobrando multas adeudadas por concepto de atrasos en la ejecución de las obras.

RESOLUCIÓN:

CONSIDERANDO:

33.- Que del contrato de 13 de junio de 1997 acompañado a fs. 6 se desprende que realizar las obras manteniendo la atención del público simultáneamente para ejecutar todas las obras indicadas en las especificaciones técnicas, planos de arquitectura, de detalles y de especialidades para la Ampliación, Remodelación y Cambio de Imagen de la propiedad de ZZZ ubicada en calle C. 299 en Los Ángeles, usando para ello el tipo y calidad de materiales especificados y pudiendo subcontratar especialidades. Las mismas condiciones se deducen del contrato

celebrado el 24 de septiembre de 1997 en relación con las oficinas de Antofagasta del mismo Banco.

- 34.- Que en la demanda principal, XXX sostiene que en su ejecución estos contratos habrían sufrido una serie de contratiempos por la suspensión de las obras ordenadas por las Direcciones de Obras de los respectivos Municipios por la tardanza en obtener los permisos por parte del Departamento de Arquitectura de ZZZ y por las continuas y substanciales modificaciones que este introdujo a los proyectos. Ellas habrían dado lugar a ampliaciones de los plazos de entrega hasta el 30 de abril de 1998, en términos que aún antes del vencimiento del plazo ZZZ procedió a hacer efectivas las boletas de garantía para luego poner término a los contratos invocando una causal inexistente como era la insolvencia del contratista. Advierte asimismo que al momento de ponerse término a los contratos las obras estaban avanzadas sobre un 95% en tanto que ZZZ sólo le había pagado el 65% en la primera de ellas y el avance en la segunda era del 95% habiéndose pagado sólo el 59%. Por tales conceptos en consecuencia se le adeudarían \$ 99.519.128 por el primer contrato, ya que de un total presupuestado de \$ 287.931.024 que se descompone en \$ 170.991.501 del contrato original y \$ 116.939.523 que es la liquidación presupuestaria de los adicionales más los gastos generales sólo ha recibido \$ 188.411.896. Por el segundo el saldo adeudado sería de \$ 92.715.527 porque del total de \$ 224.758.175 que se descomponen en \$ 150.498.407 del contrato original y \$ 74.259.768 de adicionales, sólo se ha recibido \$ 132.042.648.
- 35.- Que por la misma razón reclama que deben serle restituidas las sumas que de \$ 34.198.300 y 45.149.522 que se cobraron por las boletas de garantía sin tener derecho a ello, con más los intereses respectivos y una suma de \$50.000.000 por los perjuicios ocasionados.
- 36.- Que por su parte ZZZ sostiene que no hubo paralización de las obras de Antofagasta por motivos de permisos municipales; que los permisos debían ser tramitados por el Contratista según el punto 1.3. de las bases contractuales; que no hubo modificaciones substanciales a los proyectos; que la parálisis ocurrida en Los Ángeles fue por fuerza mayor, razón por la cual, se le extendió el plazo y para que pudiera entretanto usar sus recursos se le asignó la obra en Antofagasta; que ZZZ pagó según presupuestos aprobados por las partes y según avances físicos de obra por lo cual en ninguno de ambos contratos adeuda algo por una obra inconclusa, sea por el presupuesto ordinario o el extraordinario aprobado y que en cuanto a los gastos generales siendo éstos el 10% del valor las obras, tampoco se le adeudan pues éstos han sido pagados según avances de obras. En cuanto a las boletas de garantía, ellas garantizan el cumplimiento de los contratos y la cláusula 5.4.1. de las Condiciones Generales facultan expresamente al propietario para hacerlas efectivas en caso de que se produzca cualquier incumplimiento del contrato, lo que aquí ya se había producido por las numerosas deficiencias y atrasos más allá del 12 de abril de 1998, fecha final para la entrega, generados por la insolvencia del contratista. Confirma que efectivamente se le ofreció un plazo hasta el 24 de abril pero que éste estuvo supeditado a la entrega de una nueva boleta de garantía de modo que no habiéndose sustituido las boletas no existió tal plazo y se debieron hacer efectivas las boletas vigentes. En consecuencia también rechaza el cargo por perjuicios pues sostiene que éstos no pueden provenir del ejercicio de una facultad contractual.
- 37.- Que, aún ZZZ demandó por la vía reconvenzional el pago de multas por el atraso de las obras de \$ 7.438.123 en el caso de Los Ángeles y de \$ 6.772.440 en el caso de Antofagasta ya que

venciendo en ambas el plazo de entrega el 12 de abril se puso término a los contratos el 11 y 12 de mayo, agregando daño emergente por \$ 48.189.457 por la obra de Los Ángeles y \$ 52.800.865 para el caso de Antofagasta considerando el valor de término de las obras considerando partidas defectuosas y \$ 60.000.000 por lucro cesante por el mayor plazo de ejecución de las obras y mayores costos de administración y por el efecto en la productividad de las oficinas y el deterioro de la imagen de ZZZ por estas demoras.

- 38.- Que XXX al contestar la demanda reconventional sostuvo que no habiendo incurrido en mora como se desprende de la carta de 17 de abril, de ZZZ, en la que concede ampliación de plazo hasta el 31 de abril, tampoco es procedente —sostiene— cobrar las multas pertinentes; que con posterioridad al 30 de abril ella continuó trabajando sin protesta de ZZZ hasta el 11 y 12 de mayo por lo cual ha debido entender que el plazo fue prorrogado en forma indefinida; que en cuanto al daño emergente lo rechaza por ser inexistente ya que el mayor plazo de las obras fue consentido por ZZZ y se ignora a qué se refiere cuando menciona “mayores costos de administración”. Tampoco acepta la consideración del deterioro de la productividad de las oficinas ya que el propio ZZZ consideró el proyecto sin interrumpir el trabajo de su personal, aceptando las dificultades enteramente previsibles. Tampoco acepta el supuesto deterioro de la imagen de ZZZ ya que ésta se vio robustecida con la renovación de las oficinas, considerando que lo pendiente era tan sólo un 5% de la Obra. Subsidiariamente opone la excepción de pago dado que el saldo no pagado de las obras contratadas a suma alzada, sólo en las cifras reconocidas por el propio ZZZ asciende a \$ 65.852.491 y que además, que al hacerse efectivas las boletas, ZZZ se hizo de \$ 79.347.822 y que todas estas sumas deben destinarse, precisamente a terminarlas y su saldo a pagarse al comitente. Y como ella supera con mucho a las obras que podían imputarse al contratista deben deducirse de su demanda reconventional.
- 39.- Que como consecuencia de lo expuesto precedentemente, la materia que corresponde discernir en esta sentencia dice relación con las prórrogas de los plazos de ejecución de las obras y la procedencia de los recargos por los gastos generales pertinentes; el monto y la procedencia de las multas por atrasos; los montos relativos a obras extraordinarias y sus eventuales saldos por pagar; el avance de las obras y su pago al momento de su interrupción de los contratos; los saldos pendientes de pago y de ejecución al momento indicado; el monto de las retenciones o saldos de precio de las obras; la naturaleza y monto de las obras de terminación de las remodelaciones y su comparación con el monto y naturaleza de las que debió hacer el contratista primitivo, atendidas las especificaciones pertinentes; la procedencia de la ejecución de las boletas y el monto de ellas que se habría utilizado en la terminación de las obras o el saldo que de ellas ha debido restar para su devolución y la procedencia de las eventuales indemnizaciones.
- 40.- Que sobre la materia es preciso establecer que el informe de Decon en calidad de perito adjunto no será tomado en consideración en esta sentencia, salvo en algunos aspectos comparativos, por contener diversas conclusiones erradas, producto de ser un estudio teórico de proyecciones retrospectivas, incoherentes con la naturaleza de un contrato a suma alzada, en el que las diferencias entre lo presupuestado y la realidad final en la parte en que son de plena responsabilidad del propio contratista, no pueden servir para justificar sus peticiones. En efecto, en cuanto a los plazos que considera necesarios para las obras extraordinarias en el Contrato de Los Ángeles, la pericia considera 20 días adicionales más allá de lo que el propio contratista solicitó en su oportunidad al Comitente; en cuanto a las obras extraordinarias,

mientras el contratista pidió al comitente la suma de \$ 57.904.642, sin embargo el perito le asigna en su informe la suma de \$ 89.098.027; en cuanto a gastos generales emergentes, aún tomando los plazos de Decon, ellos nos llevarían a un incremento de no más de \$ 18.395.736 (multiplicando el gasto diario de 91,068 por los días adicionales que ella postula), cifra que, en todo caso, dista mucho de la de \$ 87.724.525 que consigna el informe. La contradicción se hace peor aún si se considera que todavía a la cifra de \$ 18.395.736, debería descontársele los gastos generales del período (96 días) sin compensación, a cambio del cual se le asignó el contrato de Antofagasta y, además, los gastos generales por obras extras ejecutadas en el período en las que tales gastos estaban contemplados.

- 41.- Que además, los gastos “generales excedentes” que Decon imputa a las obras extraordinarias bajo el supuesto de que tales obras habrían significado un tiempo equivalente al de las principales, los calculó sobre una base distinta a la de los presupuestos de la obra general, llegando a la situación absurda de que el monto de tales gastos generales serían equivalentes a la suma de lo que considera el valor total de las obras extraordinarias. En efecto, en su estudio señala como valor total de las obras extraordinarias para Los Ángeles el de \$ 89.002.669 y como gasto general excedente por esas mismas obras, la suma de \$ 87.724.525, en tanto que para Antofagasta señala como valor total de las obras extraordinarias la suma de \$ 53.412.903 y como gastos generales excedentes de las mismas el de \$ 45.668.931.-
- 42.- Que por ello, siendo esto absurdo, el promedio diario de gastos generales según los presupuestos de la obra principal, asciende en Los Ángeles, a \$ 91.068 y en Antofagasta, a \$165.066, en tanto que para Decon, sin una razón válida que lo justifique, los promedios pasan a ser de \$ 320.720 para Los Ángeles y de \$ 315.345 para Antofagasta, dándose la situación inexplicable de que los gastos generales de las obras extraordinarias no guardan relación de rango alguna con los presupuestos bases originales, tratándose de trabajos de una misma naturaleza.
- 43.- Que en consecuencia para definir y establecer las cuestiones enunciadas en el considerando Nº 39, el sentenciador se valdrá preferentemente del Informe del Perito Sr. L.C., quién compulsó toda la correspondencia y documentación técnica, llegando a conclusiones que se pueden estimar mucho más objetivas y razonables.
- 44.- Que en cuanto a las extensiones de plazos, el informe Decon simplemente estimó duplicar los plazos, sin tomar en consideración la situación concreta que se dio en la práctica con los plazos y sus sucesivas prorrogas pedidas y acordadas por las partes. En efecto, el informe del Sr. L.C. señala que en el Contrato de Los Ángeles se contienen tres prórrogas: la primera hasta el 31 de enero de 1998, debida a las demoras para obtener el permiso Municipal; la segunda, hasta el 12 de abril y la tercera hasta el 30 de abril de 1998. Respecto de esta última, ZZZ sostiene y así se ha probado, que sólo regiría si se otorgaba una nueva boleta de garantía, pero dado que no se obtuvo una nueva boleta y que por ello ZZZ debió hacerlas efectivas por la llegada de su vencimiento, puede entenderse cumplido el objetivo y con ello, validada la prórroga. Además, a contar del 30 de abril, ZZZ solicitó obras extraordinarias al Contratista, de modo que la fecha de término del plazo propuesta por el Informe del Perito Sr. L.C. es la de 6 de mayo de 1998, es decir pocos días antes de que el Comitente pusiera término a los contratos.
- 45.- Que en el orden de las multas por el atraso en este contrato, sólo cabría entonces aplicar la

que corresponde a 6 días (entre el 6 de mayo y el 12 de ese mes). Sin embargo, como del mismo informe pericial se desprende que ambas partes tuvieron responsabilidad en los numerosos hechos que desorganizaron las obras y los proyectos originalmente planteados, no parece equitativo imponer en este caso multas al contratista.

- 46.- Que de igual modo consideradas las extensiones de plazos, los días de atraso en el segundo contrato que llegaron a 13 y las mismas razones de equidad que militan en favor del Contratista, no parece equitativo aplicar multas en este caso.
- 47.- Que, como el contrato de Los Ángeles tuvo una extensión más allá de la original, de 96 días posteriores a la paralización inicial, durante la cual el Contratista debió sufragar gastos generales no previstos, por razones de equidad, éstos deben serles compensados por el mandante a razón de su costo promedio diario contenido en la propuesta, ascendente a \$ 91.068, lo que da un total de \$ 8.742.528. Pero, como lo consigna el Perito, por las obras extraordinarias el contratista recibió por este concepto \$ 2.849.260, de modo que la suma neta de compensación que le corresponde asciende a \$ 5.893.268.
- 48.- Que en cuanto a las extensiones de plazos por el contrato de Antofagasta éstas fueron dos: la primera hasta el 12 de abril de 1998, por la que se niega lugar en ella a compensaciones por gastos generales y la segunda, hasta el 30 de abril, por la que corresponde agregar gastos generales por los días de aplazamiento, a razón del promedio diario de tales gastos en el presupuesto principal, ascendentes a \$ 165.066, lo que da un resultado neto de compensación, por este ítem, de \$ 3.136.254.
- 49.- Que en lo que respecta a las obras extraordinarias el contratista presentó cuentas al comitente por concepto de tales obras, en el contrato de Antofagasta, por un valor de \$ 51.561.173 de las que sólo fueron aprobadas por éste, las que representan la suma de \$ 21.773.250 y en el de Los Ángeles, por una suma de \$ 57.904.642 de las que sólo le fueron aprobadas por la suma de \$ 43.043.887.
- 50.- Que el perito Sr. L.C. consigna que las diferencias entre las sumas cobradas y las sumas pagadas por estas obras extraordinarias fueron objeto de análisis entre las partes —existen en autos hojas de presupuestos que denotan haber sido revisadas y corregidas en terreno— y ellas obedecieron a ítems o partidas eliminadas totalmente por \$ 2.435.000, reducciones de obras no reducidas en el presupuesto por \$ 2.242.020 y disminuciones en las que ZZZ reconoce las partidas pero corrige las cantidades o los precios unitarios por \$ 6.086.963.
- 51.- Que en cuanto a las obras ejecutadas por terceros, luego de la terminación del contrato, debe consignarse que a juicio de ZZZ, al concluirse el contrato, las obras de Los Ángeles estaban ejecutadas en un 80%, en tanto que el Contratista mencionaba un 95% y para el caso de Antofagasta, el primero consignaba un 80,68%, en tanto que el segundo un 95%; que las obras por construirse fueron realizadas por P. y Cía. y los montos facturados por esta empresa fueron de \$43.808.597 para Los Ángeles y de \$ 48.000.786 para Antofagasta.
- 52.- Que el perito Sr. L.C. analizó todas las partidas del presupuesto de P. y Cía., para constatar

si correspondían o no a las contratadas con XXX y los porcentajes de ejecución de acuerdo a los estados especiales de pago mediante los cuales ZZZ pagó las obras. Por ello asumió el supuesto de que el Contratista había ejecutado el 70% de las obras en Los Ángeles y el 80% de las obras en Antofagasta y procedió a descontar las partidas de instalaciones especiales de jardineras, juegos de escritorios y de otros ítems que XXX había entregado al jefe de Operaciones en Antofagasta por medio del libro de obras y, a falta de antecedentes fidedignos, consideró que a lo menos el 50% de cada partida pendiente por recibir adolecía de errores o debía ser reparada y que los precios por trabajos de reparaciones debían estimarse con un recargo de un 30%. Como conclusión, estableció que de las sumas facturadas por P. y Cía. de \$ 43.803.597 para Los Ángeles sólo pueden imputarse a trabajos que debieron ejecutarse por cuenta de XXX, la suma de \$ 15.491.033 y que de las sumas facturadas por P. y Cía. para Antofagasta, de \$ 48.000,786, sólo cabe imputar a XXX \$ 17.474.107.

- 53.- Que comparadas estas cifras con las del estudio de Decon, cabe advertir que si bien los supuestos de su estudio, esta vez, son enteramente semejantes, salvo en lo que se refieren al porcentaje de obras de reparación y sus costos, este último llega a concluir que las sumas imputables a XXX para las obras ejecutadas por P. y Cía. llegan en cambio a \$ 6.308.114 y \$ 6.934.033 respectivamente para cada contrato.
- 54.- Que sin embargo es un hecho que se produjeron profundas dificultades entre las partes precisamente por la forma como se estaban ejecutando las obras, lo que hace pensar que no parece algo desmedido suponer que en el 20% que restaba a las obras de Antofagasta y en el 30% de las de Los Ángeles, hubo un fuerte componente de reparaciones de errores, para el efecto de considerar los precios unitarios con un recargo del 30%.
- 55.- Que por otra parte, los saldos de precio de la obra que ZZZ aún no había pagados a XXX ascienden a la suma de \$ 21.916.485 por la obra de Los Ángeles y a \$ 37.654.602 por la obra de Antofagasta. En consecuencia, estas sumas eran más que suficientes como para sufragar los costos que, con cargo a XXX correspondía financiar en las obras de terminación. Por ello descontadas las sumas que debieron imputarse a estos saldos para efectuar la terminación de las obras referidas, el saldo del precio de las obras que aún resta a favor de XXX, es entonces la suma de \$ 26.605.947. ( $\$ 15.491.033 + \$ 17.474.107 = \$ 32.965.140$  y  $21.916.485 + 37.654.602 = \$ 59.571.086 - \$ 32.965.140 = \$ 26.605.947$ ) y que por formar parte del precio a suma alzada, corresponde que le sea pagada al Contratista.
- 56.- Que como consecuencia de lo anterior, las sumas de \$34.198.300 y \$ 45.149.522 que corresponden a las boletas bancarias de garantía deben también serle restituidas al Contratista, con más los intereses pertinentes, desde el 24 de abril de 1998, fecha en que ello ocurrió, dado que ellas fueron hechas efectivas precisamente para financiar las obras que restaban por concluirse y no fueron necesarias.
- 57.- Que, además, de las sumas aprobadas por obras extraordinarias por el Comitente, el Contratista reclama el pago de los saldos de \$ 3.707.007 de las obras de Los Ángeles y de \$2.604.397 de las de Antofagasta. Ellas también deben serle pagadas al Contratista pues no se ha acreditado su pago en autos.
- 58.- Que en lo que respecta a las indemnizaciones pedidas por las partes, ellas no pueden ser

atendidas desde que es claro que ambas partes incurrieron en errores considerables de organización y de supervisión que han tenido influencia en los problemas planteados y que quedaron en evidencia en los informes de ambos peritos: no se encontraron planes de construcción ni procedimientos de control y de administración que son habituales; las anotaciones en los libros pertinentes eran ambiguas; no existían documentos respaldatorios de estados de pago útiles para establecer porcentajes de avances de obra, siendo el sistema de avances físicos muy insuficiente; lo propio ocurría con el modo de registrar las disminuciones de obras o de aprobaciones de obras extraordinarias o con la ausencia de actas de entrega de las obras al término de los contratos. En tales condiciones no parece exigible, a este sentenciador, acoger ninguna de ambas peticiones, salvo en lo que se menciona en el considerando siguiente.

- 59.- Que en lo relativo al ejercicio del derecho a hacer efectiva las boletas de garantía por parte de ZZZ, es efectivo que éste resultó enteramente inútil, por cuanto con sólo los saldos pendientes de pago del precio de las obras era posible concluir las con cierta holgura y que de ello se siguió perjuicio para el Contratista. Sin embargo, la decisión tomada por ZZZ, en su momento, consideraba como elementos de juicio el vencimiento de dichas boletas, luego del cual, desaparecía la garantía y el total desconocimiento a ese momento, de un presupuesto de reparación y terminación de las obras interrumpidas, de modo que el sentenciador sólo considera exigible, en este caso, la devolución al contratista de los montos pertinentes y por vía de indemnización con más los intereses y costos que su ejecución le haya irrogado entre el 24 de abril de 1998 y el 3 de junio del mismo año.
- 60.- Que en cuanto a la demanda reconventional, relativamente a las multas, y al daño emergente, atendido lo expuesto en los considerandos 45, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 de esta misma sentencia, que en lo pertinente se dan por reproducidos en esta parte, el Árbitro no dará lugar a la misma. Y por lo que respecta al lucro cesante, estima el sentenciador que el informe de Auditoría de ZZZ no acreditó la existencia de tal daño, que sería, de existir, inherente a las molestias del público, propias de un caso como éste, en el que fue decisión tomada por el propio ZZZ, la de realizar las obras manteniendo la atención del público simultáneamente.

Y teniendo presente, además, las normas de los artículos 222 y 223 del Código Orgánico de Tribunales y 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que me confieren la facultad y la obligación de emitir el pronunciamiento conforme a la prudencia y la equidad y apelando a ella,

#### RESUELVO:

- A.- En Cuanto a la Demanda Principal, que ésta se acoge sólo en cuanto:
- 1.- ZZZ deberá pagar a XXX: a) las sumas de \$ 26.605.947 que constituye el saldo del precio a suma alzada de ambos contratos; b) las sumas de \$ 3.707.007 y de \$ 2.604.397 que corresponden a los saldos adeudados por las obras extraordinarias en ambos contratos; c) las sumas de \$ 5.893.268 y de \$ 3.136.254 que corresponden a gastos

generales excedentes por las extensiones de plazos en los contratos de Los Ángeles y Antofagasta respectivamente y d) las sumas de \$ 34.198.300 y \$ 45.149.522 que corresponden a las Boletas de Garantía ejecutadas el 24 de abril de 1998.

- 2.- Todas estas sumas se deben pagar con más la tasa de interés corriente para créditos no reajustables, a contar del 3 de junio de 1998 y hasta la fecha del pago efectivo.
  - 3.- En el caso de las sumas correspondientes a las Boletas de Garantía, ZZZ deberá pagar, además, y por vía de indemnización, la tasa de interés corriente para deudas no reajustables devengada entre el 24 de abril de 1998 y el 3 de junio del mismo año, sin perjuicio de lo señalado en la letra d) del punto anterior.
- B.- En cuanto a la Demanda Reconvencional: se desecha en todas sus partes.
- C.- Referente a ambas Demandas, atendidos los motivos plausibles de ambas partes para litigar, no se condena en costas, debiendo cada parte pagar las suyas y las comunes de la causa, ambas por mitades.

Notifíquese por cédula.

Ejecutoriada, remítase el expediente al Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Santiago.

Resolvió:

Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg

Juez Árbitro