

“C. A. M. B. (XXX) CON CONSTR. M. J. CHILE S.A. (ZZZ)”

ÁRBITRO ARBITRADOR: SR. MIGUEL OTERO LATHROP

14 DE AGOSTO DE 2000

Rol 178-99

SUMARIO: Pacto comisorio calificado. Validez. Prueba - árbitro arbitrador. Fallo en equidad. Competencia - contrato a suma alzada. Alcance. Obras extraordinarias - daño moral. Procedencia en materia de responsabilidad contractual.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Don C. A. M. B. (XXX) en su demanda solicita al tribunal se condene a Constr. M. J. Chile S.A. (ZZZ), a pagar diversas siguientes cantidades debidamente reajustadas de conformidad a la variación del Índice de Precios al Consumidor, indemnización de perjuicios por lucro cesante, cuyo monto se solicitó discutir en la etapa de cumplimiento del fallo; indemnización del daño moral; y la condenación en costas. Argumenta, que ZZZ habría puesto término al contrato que los vinculaba, en forma anticipada, unilateral, sin causa justificada y sin haberle cancelado pagos que le correspondían, causándole perjuicios considerables a raíz de esta situación.

A su vez, ZZZ solicita se condene a XXX, a pagar una indemnización de perjuicios; las costas de la causa; y se declare que XXX es responsable del pago de todos los proveedores que contrató con motivo de la obra materia de autos. Argumenta que el día 14 de septiembre de 1999, dio término al contrato con XXX, a causa de una serie de irregularidades, tales como, el incumplimiento de leyes laborales y sociales para con los trabajadores de la obra, incumplimiento en el pago a proveedores y atrasos en el programa de avance de las obras.

DOCTRINA: La terminación anticipada de un subcontrato de construcción aduciendo incumplimiento de éste y, además, existencia de acreedores impagos del subcontratista, es un hecho que no pasa desapercibido dentro del ámbito de los empresarios de la construcción. Mayor relieve adquiere este hecho, cuando la empresa que pone término al contrato es de un prestigio y seriedad reconocidas, lo que hace suponer la efectividad de la ocurrencia de las causales invocadas. Tal hecho, a criterio del árbitro, no deja duda alguna en cuanto a que, además de las consecuencias patrimoniales, produce el efecto de afectar la imagen del subcontratista dentro de los empresarios del rubro, lo que obviamente causa un impacto desfavorable en sus actividades empresariales. Esta circunstancia, unida a las consecuencias económicas que tal hecho ha producido al subcontratista, causan angustia, estrés, vergüenza, menor calidad de vida, dolor por la necesidad de vender bienes de su propiedad que le eran muy apreciados, afectación de la vida familiar; todo lo cual justifica la existencia del daño moral y la procedencia de una justa indemnización de perjuicios.

SENTENCIA ARBITRAL: Santiago, 14 de agosto de 2000.

VISTOS:

PRIMERO.- En atención a que se trata de un proceso ante árbitro arbitrador, queda a criterio del tribunal ponderar la procedencia de las pruebas rendidas por las partes y el mérito probatorio que les confiere. En este sentido, se ha detallado en la parte expositiva los hechos sustanciales pertinentes y controvertidos y las pruebas que, a criterio del árbitro, inciden en la determinación de tales hechos. De aquí, fluye que la prueba documental y testimonial no señalada anteriormente, es desestimada por el árbitro por estimarla irrelevante o no atingente al establecimiento de los hechos que deben informar su decisión.

SEGUNDO.- A criterio del árbitro, el hecho sustancial para resolver sobre las peticiones de ambas partes, es determinar si ZZZ podía legítimamente poner término anticipada y unilateralmente al contrato y, de haberlo podido hacer, si las causales invocadas para ello existían o no al momento de su decisión.

Son hechos reconocidos por ambas partes, en lo que a esta materia se refiere, los siguientes:

- a) ZZZ por carta MJC-ADM-034/99 de 4 de junio de 1999, acompañada por ésta bajo el N° 27 del Tomo I de su prueba documental, adoptó la decisión de modificar la cláusula primera del contrato de 19 de abril de 1999, rebajando el número de casas a construir de 36 a 21. Esta decisión fue aceptada por XXX y ello dio lugar a la modificación de fecha 10 de Junio de 1999, en la cual se estableció íntegramente el texto que regiría las relaciones contractuales entre las partes, a contar de esa fecha. En consecuencia, los hechos que debe considerar el árbitro son únicamente aquellos ocurridos a la fecha del nuevo contrato, toda vez que aparece inconcuso que los hechos anteriores a éstos, fueron debidamente ponderados por las partes al celebrar el nuevo contrato.
- b) ZZZ decidió poner término anticipado e inmediato al señalado contrato, sin derecho a indemnización de ninguna especie, según consta del documento número 54 del Tomo I de su prueba documental, lo que es ratificado por su representante, don V.L.T., declarando a fojas 210.

La cláusula séptima de la modificación del contrato de fecha 10 de junio de 1999 que rola a fojas 6 de autos, señala: "El no cumplimiento por parte del subcontratista de cualquiera de las obligaciones que le impone el siguiente contrato, así como el simple retardo en el cumplimiento de las mismas, en especial respecto de aquellas establecidas en la cláusula cuarta y quinta del presente instrumento, facultará a la empresa para declarar unilateralmente el término anticipado, inmediato y de pleno derecho del presente subcontrato, sin derecho a indemnización de ninguna especie a favor del subcontratista".

En derecho este es un Pacto Comisorio Calificado. La existencia y naturaleza del Pacto Comisorio en contratos diferentes a los de la compraventa, ha sido motivo permanente de controversia jurídica. Ello no obstante, en la actualidad existe un opinión mayoritaria en cuanto a aceptar que esta estipulación pueda ser válidamente incorporada a otros contratos distintos de la compraventa.

Sin embargo, la controversia no se ha limitado a la validez de la cláusula, sino que al efecto jurídico que ésta produce, de aceptarse su procedencia y legalidad. Esto se demuestra transcribiendo lo que sobre la materia se publica en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, página 257: "Finalmente, algunos opinan que en los contratos que no sean de compraventa y en que no haya una limitación expresa de la ley como en éste, la cláusula 'ipso facto' produce sus efectos por el sólo incumplimiento, sin que haya que pedirla ni declararla; así sucedería por ejemplo, de acuerdo con la libertad contractual y las disposiciones del Código Civil, en el contrato de arrendamiento".

De otro lado, existen fallos que sostienen una tesis contraria en cuanto a que se requiere de un pronunciamiento judicial previo para provocar la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes. Así, la Corte Suprema en fallo de 21 de agosto de 1989, en el recurso de Protección Rol 14.540 (Santiago), sostuvo: "Que no obstante las expresiones 'caducará automáticamente' utilizadas por las partes debe entenderse que la resolución no opera de pleno derecho, puesto que conforme al artículo 1878 del Código Civil la acreedora puede, a su elección accionar por el cumplimiento del contrato o su resolución...".

Sin embargo, cualquiera sea la tesis que se acepte, no cabe discusión alguna en cuanto a que, discutida la procedencia de la causal invocada para la resolución o terminación anticipada del contrato de que se trate, la parte que la invoca es obligada a probar su existencia. Esto es, nace la obligación procesal de acreditar que los hechos que la informan, existían al momento en que la parte aplica o se pretende se aplique el pacto comisorio.

TERCERO.- En lo que respecta al contrato materia de autos, el abogado de ZZZ, Señor J.G., en su exposición oral, argumentó que la facultad del contratista para poner unilateralmente término al contrato que le vincula con el subcontratista, es esencial para la existencia del sistema de los subcontratos e imprescindible para evitar mayores perjuicios a las partes y a terceros. De no considerarse así, "se provocaría la muerte comercial de la subcontratación y, por tanto, de los subcontratistas".

Complementando su argumento, señaló que en los contratos con el Fisco se establecen serias multas y graves consecuencias pecuniarias para el contratista, en caso de no cumplir cabal y oportunamente el contrato. Ello obliga al contratista, en caso de incumplimiento del subcontratista, a ejercer la facultad que le otorga la cláusula citada como única manera de poner inmediato remedio a la situación producida. Explicó que la demora en obtener una resolución jurisdiccional o arbitral, impediría al contratista adoptar de inmediato las medidas necesarias para corregir el incumplimiento del subcontratista y poder así evitar, las multas, sanciones e indemnizaciones que se vería obligado a pagar, de no cumplir oportunamente el contrato.

CUARTO.- El árbitro arbitrador no está llamado a resolver en derecho y aplicar la normativa legal imperante conforme a su criterio jurídico, sino a aplicar la equidad y buscar una solución justa, atendida la especial naturaleza de los contratos de construcción con el Fisco y de los subcontratos que de ellos se originan.

Declarar la ilicitud del proceder del contratista por el sólo hecho de haber puesto término anticipado a un subcontrato —a su solo juicio y sin recurrir al órgano jurisdiccional o de equidad— produciría la situación planteada por el abogado J.G. Como corolario de ello, nace para el contratista la obligación de acreditar, en el proceso respectivo, la concurrencia de las causales de terminación anticipada en que fundamentó su decisión y, de haber hecho uso indebido o temerario de la facultad concedida por la cláusula séptima, se hace plenamente responsable de los daños y perjuicios que su acción haya causado al subcontratista.

Por consiguiente, corresponde al árbitro, en este caso, determinar si efectivamente existieron las causales invocadas por ZZZ, en su carta de 14 de septiembre de 1999, para terminar anticipadamente el contrato y, según ello, resolver si su actuación fue apropiada o no.

QUINTO.- ZZZ, por carta de 14 de septiembre de 1999 (documento N° 54 del Tomo I) pone término anticipado e inmediato al contrato, señalando: “atendido a que ustedes no han dado cumplimiento al plazo de ejecución de las obras, por una parte, y por otra, teniendo en consideración las deudas que ustedes mantienen impagas a sus proveedores, según lo indicado por el Inspector Fiscal don CH.V.G...”.

Conforme a lo antes señalado, corresponde analizar si las causales invocadas por ZZZ, “incumplimiento al plazo de ejecución de las obras”, y “existencia de deudas impagas a sus proveedores” las contempla el contrato y, de contemplarlas, si los hechos que la justifican existían o no al 14 de septiembre de 1999.

SEXO.- Incumplimiento al plazo de ejecución de las obras.

Esta causal está expresamente contemplada en la cláusula séptima al hacer referencia a la cláusula cuarta, o sea, al plazo para la ejecución de las obras

En cuanto a la existencia de los hechos que la justifican, es preciso tener presente lo siguientes:

El contrato que rige para el caso de autos es la modificación de fecha 10 de junio de 1999, que establece: “El tenor del nuevo contrato modificado es el siguiente”. La cláusula Cuarta del nuevo contrato estipula: “El plazo de ejecución de las obras que contempla el presente contrato considera la entrega de 9 casas, si la empresa le solicitara la construcción de dicho número de casas al subcontratista, antes de 60 días y en el caso que la empresa le encargara al subcontratista la construcción de las 21 casas, éstas deberán entregarse antes de 120 días. En todo caso se consideran días corridos a partir de la fecha de entrega del terreno por parte de la empresa al subcontratista, para lo cual se levantará un acta de entrega donde constará la fecha de inicio”.

Conforme al texto transcrito, el plazo para la entrega de las 21 casas —120 días— corre desde la fecha del acta de entrega del terreno, la que debió levantarse luego de firmado el nuevo contrato. Ello se desprende del texto gramatical de la cláusula, que emplea fórmulas verbales de futuro

“levantará” y “constará”. No hay constancia en autos que se hubiese levantado esta acta en los términos de la nueva estipulación contractual.

El acta correspondiente a la primitiva estipulación no es aplicable al nuevo contrato en razón de lo siguiente: 1) el tenor literal de la nueva cláusula conforme a lo señalado en la letra precedente; 2) se cambió el número de casas a construir y la distribución de las mismas en el terreno; 3) de haberse querido estar a la fecha anterior, la cláusula lo habría dicho así expresamente y no habría hecho referencia a un acta futura.

De estarse a la fecha del acta primitiva, el contrato habría expirado el 31 de agosto de 1999, y haría inexplicable que ZZZ hubiese cancelado el estado de pago al 31 de agosto de 1999, sin observaciones. Además sería contradictorio con la carta de 14 de septiembre, que pone término anticipado al contrato, lo que demuestra que éste estaba vigente.

La carta de fecha 14 de septiembre de 1999 de ZZZ, en su parte pertinente, expresa “...atendido a que ustedes no han dado cumplimiento al plazo de ejecución de las obras, por una parte, y por otra, teniendo en consideración las deudas que ustedes mantienen impagas a sus proveedores según lo indicado por el Inspector Fiscal CH.V.G., por medio de la presente declaramos el término anticipado, inmediato y de pleno derecho del señalado contrato, sin derecho a indemnización alguna de ninguna especie a su favor”.

En parte alguna de sus presentaciones en autos, ZZZ ha sostenido que el plazo para la entrega de las casas hubiese expirado.

El hecho que XXX hubiese hecho trabajos de construcción con anterioridad a la fecha de nuevo contrato y hubiese presentado estados de pago por ellos, no altera lo antes expuesto. Al contrario, hace presumir que las partes lo consideraron al determinar cuales, de las treinta y seis casas primitivamente contratadas, continuaría construyendo el señor XXX y que, en base al estado de avance de éstas, establecieron el nuevo plazo para la terminación de las obras.

Ante la ausencia del acta y asumiendo la interpretación más favorable para ZZZ, habría que contar el plazo desde la fecha de la estipulación contractual modificada, o sea desde el 10 de junio de 1999. En consecuencia el plazo para la entrega de las 21 casas vencía el día el 8 de octubre de 1999.

Dado lo expuesto, cabe concluir que, al 14 de septiembre de 1999, el plazo para la entrega de las obras no había expirado, luego la causal invocada por ZZZ debe considerarse limitada al estado de avance de las obras, para establecer si existía atraso por parte del subcontratista y si éste era de tal envergadura como para hacer presumir razonablemente que la entrega de las casas no se cumpliría dentro del plazo fijado por el contrato.

SÉPTIMO.- A objeto de ponderar si efectivamente el avance de las obras al 14 de Septiembre de

1999 estaba o no atrasado y, de estarlo, si era de tal magnitud como para estimar que se produciría un incumplimiento en la entrega de las casas dentro del plazo estipulado, el árbitro debe considerar los siguientes antecedentes:

A fojas 192, memorándum 393 de 3 de septiembre de 1999 suscrito por el Inspector Fiscal de la Dirección de Obras Hidráulicas don CH.V.G., entregado por el testigo E.V.F. al árbitro al momento de prestar declaración, en el cual se señala: “Los trabajos realizados están cumpliendo a cabalidad con las Especificaciones Técnicas del contrato y con un buen grado de terminación. En la actualidad la empresa se encuentra realizando trabajos de terminación, pintura, remates y colocación de artefactos en las 36 casas. Según el programa de trabajo las faenas se deberían estar finalizando a fines de septiembre”.

A fojas 210, don V.L., declaró “Estas 9 casas se entregaron conformes al MOP el 20 de septiembre de 1999. De estas 9 casas, sólo 3 estaban en el contrato del señor C.M., números 19, 20 y 21, el resto fueron entregadas y recibidas conforme el 22 de octubre”.

Según el estado de pago N° 4, las obras, al 31 de agosto de 1999, registraban un avance de un 85%.

El promedio mensual de avance de las obras hasta el 31 de agosto de 1999, según los estados de pago cancelados por ZZZ, fue de un 21%, aproximadamente.

A fojas 155, el testigo don G.L.A., junto con reconocer el documento N° 31 del cuaderno de documentos presentado por don XXX, en lo referente al estado de pago N° 4 declaró: “le parece que ese estado fue hecho por él pero que el porcentaje de avance de la obra a la fecha del estado de pago es el correcto”.

El certificado de avance de las obras emitido por el Inspector Fiscal, CH.V.G., acompañado en el N° 60 del tomo I de documentos presentados por ZZZ, indica un estado de avance de un 85,44% para las casas 1 a 21, al 14 de septiembre de 1999. Ello no obstante, a fojas 207, al exhibírsele al Inspector Fiscal este documento, se dejó la siguiente constancia: “reconoce el documento como un certificado suscrito por él y reconoce su firma... y que el porcentaje que señala el certificado correspondía a un promedio de las 36 casas”. Además, en su declaración testimonial expresó: “si mal no recuerdo fue como el 85% o más. La apreciación del avance de obra que hago como inspector fiscal es respecto de las 36 casas. Señala que él no puede precisar porque ignora que casas estaban a cargo del Señor C.M., por cuanto él revisaba el total de la obra en general”.

Por consiguiente, este certificado no acredita cual era el grado de avance, a esa fecha, de las casas encomendadas al señor XXX y se contradice con su propio memorando N° 393 citado en la letra a) precedente en el cual deja la siguientes constancia: “Según el programa de trabajo las faenas se deberían estar finalizando a fines de septiembre”.

Sentencias Arbitrales

1994 - 2000

A fojas 129, don G.S.M., declara: “A petición de don C.M., fui a la obra para que yo sacara la cuenta del avance de la construcción, porque yo trabajo como contratista. Yo iba con el señor M.S.Q. y M.L. Revisé 21 casas. En mi opinión las casas estaban terminadas en un 98%”. Repreguntado, señala que esto sería “más o menos unas 19 casas estaban terminadas en un 100%”.

h) A fojas 134, don M.S.Q. testimonió: “Al 15 de septiembre de 1999 estaban totalmente terminadas. Lo único que faltaba eran unos lavamanos y unos lavatorios”.

A fojas 325, el perito designado en autos, don M.C.G., señala haber comprobado el pago de 880 horas extraordinarias laboradas por los trabajadores de XXX en el período comprendido entre el 1º y el 14 de septiembre de 1999.

ZZZ sostiene que al 14 de septiembre de 1999, el avance de obra era de un 85,44%. Ante esta afirmación, es necesario considerar que, al 31 de agosto de 1999, el avance reconocido y aceptado por las partes y sus testigos era de un 85%; que entre el primero y el catorce de septiembre, ZZZ —al hacerse cargo de las obras y asumir el pago de las remuneraciones adeudadas a los trabajadores de XXX— pagó 880 horas extraordinarias de trabajo; y que, del análisis de los estados de pago anteriores, es posible determinar que el promedio mensual de avance de la obra era de un 21%, lo que coincide con la apreciación del inspector fiscal de que las casas estarían terminándose a fines de septiembre, fecha en el documento a que se refiere la letra a) precedente.

Los hechos referidos hacen imposible aceptar que, en los catorce primeros días del mes de septiembre con 880 horas de trabajo extraordinario, el avance de las obras, hubiese sido sólo un 0,44 por ciento superior al que existía al 31 de agosto, como lo pretende ZZZ.

Los hechos descritos llevan al árbitro a concluir que, al catorce de septiembre de 1999, las 21 casas se encontraban en un grado de avance no inferior al 95,5% si se considera el promedio de avance mensual, aún sin tomar en cuenta las horas extraordinarias a que se ha hecho mención y desconociendo las declaraciones testimoniales que acreditan un avance mayor a este porcentaje. Este avance de obras permite suponer, razonablemente, que las casas se habrían entregado satisfactoriamente dentro del plazo estipulado. Confirma este asunto, lo declarado por don V.L., a fojas 210: “Estas 9 casas se entregaron conformes al MOP el 20 de septiembre de 1999. De estas 9 casas, sólo 3 estaban en el contrato del señor C.M., números 19, 20 y 21, el resto fueron entregadas y recibidas conforme el 22 de octubre”.

OCTAVO.- El representante y ejecutor de la decisión de poner término anticipado al contrato, don V.L., en su declaración de fojas 210, sostuvo: “El motivo específico fue plantear que el día anterior me había llegado un fax del señor CH.V.C., inspector fiscal, referente a la situación de una cantidad importante de proveedores del señor C.M. que se encontraban impagos desde hacía tiempo”. “...en razón de lo expuesto le manifesté al señor C.M. que le pondrían término inmediato a las obras, a menos que él aceptara que de los próximos estados de pago, se pagarán los suples, las remuneraciones, leyes sociales y el remanente se distribuyera entre los acreedores en forma equitativa, pago que haría M.J.”. Concluye señalando que, ante la no aceptación del señor XXX a

estas condiciones, procedió a poner término inmediato al contrato.

Esto demuestra que la verdadera causal que motivó a ZZZ para justificar su proceder fue la existencia de acreedores impagos del señor XXX y los reclamos que éstos formulaban al inspector fiscal y no la existencia de atrasos en las obras. De lo contrario, no es posible explicar lógicamente la proposición del señor L. de mantener en vigencia el contrato, si el señor XXX aceptaba los términos antes transcritos.

NOVENO.- “Existencia de proveedores impagos del subcontratista”.

Esta segunda causal invocada por ZZZ, no está contemplada expresamente en el contrato. El hecho que XXX tuviese proveedores impagos, es una situación jurídica ajena a la relación contratista-subcontratista a menos que, en el contrato entre éstos, se hubiese estipulado expresamente que esta circunstancia era una causal de terminación inmediata del contrato, lo que no ha ocurrido.

De todas formas, en cuanto a su existencia, es preciso tener en cuenta los siguientes hechos acreditados en el proceso:

- a) ZZZ, como lo expresó su abogado en su exposición oral y en la minuta de la misma agregada a los autos (11 de julio de 2000), no ha pagado—por cuenta y nombre de XXX— a ningún acreedor de éste por considerar que no se cumplen los requisitos de acreditación de esas acreencias, los cuales —a criterio de XXX— son: que las deudas que se invoquen se encuentren respaldadas por documentos otorgados de conformidad a la ley que fueran proveedores de XXX para la obra subcontratada por ZZZ y que los materiales suministrados hubiesen sido utilizados en la obra.

Carta acompañada bajo el número 166 de 21 de octubre de 1999, en la cual don J.A.D., Gerente de Operaciones de ZZZ, señaló al Ministerio de Obras Públicas que: “de conformidad con lo establecido por el artículo 95 del Reglamento para contrato de Obras Públicas, Constructora M.J. S.A. asumirá los compromisos de los proveedores de Constructora C.A.M.B., una vez que acrediten fehacientemente que las deudas que invoque se encuentran respaldadas por documentos otorgados conforme a la ley, luego que prueben que efectivamente fueron proveedores de Constructora C.A.M.B. para la obra subcontratada por Constructora M.J. Chile S.A., posteriormente a que acrediten que los materiales correspondientes y otros fueron utilizados por la obra recién indicada...”.

A fojas 336, rola el informe de Dicom sobre la situación de morosidad y protestos del señor XXX, el cual acredita que, después de la fecha de celebración del contrato materia de autos, sólo aparece una morosidad o protesto con fecha 5 de enero de 2.000 por valor de \$30.181. Las otras morosidades y protestos son anteriores a la fecha del contrato primitivo y de su modificación.

En la especie, como lo señaló el abogado señor J.G., en su defensa oral, y el señor Dutra, en su

carta de 21 de octubre de 1999 al inspector CH.V.G. (documento N° 166 del Tomo I del cuaderno de prueba documental de la Constructora), para dar por establecida la existencia de tales acreedores impagos, deberían haber concurrido los tres requisitos exigidos por ZZZ; los cuales —como su propio representante reconoció— no ha sucedido.

En el hecho, al 11 de julio de 2000, ZZZ ha reconocido que ningún presunto acreedor de XXX ha acreditado los requisitos para ser considerado como tal, para los efectos de hacer efectiva su responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 95, tantas veces citado. Esta circunstancia, además del hecho de no existir estipulación contractual alguna que valide la procedencia de esta presunta causal, es más que suficiente para rechazar su existencia al 14 de septiembre de 1999.

En mérito de todo lo antes expuesto, al árbitro sólo le es posible concluir que la terminación anticipada del contrato hecha por ZZZ careció de justa causa, por lo cual tal acto resulta arbitrario.

DÉCIMO.- En cuanto a la ejecución de las obras extraordinarias que ha alegado XXX y cuya existencia ZZZ ha negado categóricamente, existen en autos los siguientes elementos de prueba, provenientes de ambas partes:

A fojas 208, el Inspector Fiscal don CH.V.G., expresó: “al final de la obra se hizo un ajuste de obras que consistió en establecer el pago real de los derechos de construcción que fueron menores a lo estimado por el MOP y hubo una partida correspondiente a las cañerías de agua caliente y otras por un total de \$3.242.788 por este concepto, pinturas y tuberías de alcantarillado. Se refiere a las 36 casas”. “La cifra de \$3.242.788 corresponde a los aumentos inferiores al 30% y hay otra cifra de \$4.329.864 correspondiente a aumentos superiores al 30% y corresponden a partidas de tubería de agua potable y pintura”.

A fojas 126, el testigo R.Q.B., declara: “los inspectores exigieron hacer distribución de agua caliente en cada casa” y “el Señor C.M. me dijo que la distribución de agua caliente no estaba considerada”.

A fojas 132, don C.M.G., manifestó: “Sí, se hicieron obras extraordinarias. En lo que es el asunto de la pintura, se hizo enyesar lo que es las cadenas interiores y exteriores... las canterías de ladrillo princesa se pidió hacer una mezcla de pasta con yeso para repasarlas, los muros de los baños y cocinas se hicieron enyesar y tampoco estaba contemplado en el trato entre las dos constructoras”. “Los inspectores de M.J. recibieron las obras que yo ejecuté, toda vez que en la medida que se iban ejecutando, se me permitía continuar”.

A fojas 137, don M.L.V. indicó que las obras extraordinarias fueron: “movimientos de tierra que para mí no estaban considerados, según lo que me decía el Sr. C.M.; sacar las rocas que aparecían durante la construcción...; el agua caliente que no estaba considerada según lo expresado por el Sr. C.M.; cornisas que me hicieron colocar en la casa 1 hasta la 5; tapacanes en la casa piloto...; modificaciones en la cámara de alcantarillado...; También recuerdo los tablerajes para hacer las fundaciones en los lugares en que había que tapar los hoyos que dejaron las piedras que se sacaron. Además el Sr. M.J. me solicitó personal para la topografía en obras extraordinarias”.

El anexo N° 1 del contrato, acompañado por ZZZ bajo el N° 000007 del tomo I, que se refiere al presupuesto para la ejecución de las obras, no señala dentro del ítem “Agua potable fría y caliente” el agua caliente como obra incluida y además señala “Nota 1º. No incluye ni en costos ni en plazo... remoción de rocas en excavaciones”. “Plazo a contar de la entrega del terreno con emplazamiento viviendas y sus respectivos NPT” (Nivel de piso terminado).

En primer término cabe precisar que el contrato a suma alzada dice relación con las obras contratadas o sea aquellas que están expresamente señaladas en el contrato. Tratándose de casas, las obras contratadas son aquellas que se detallan en las respectivas especificaciones. De no ser así, el contrato de suma alzada sería ilimitado en cuanto a las exigencias de quien encarga la construcción. Sería éste el que determinara la calidad de los materiales, el número de metros cuadrados, la existencia o no de calefacción o tipo de terminaciones, etc. Esto demuestra que es de la esencia de un contrato de construcción a suma alzada la determinación precisa de la obra encomendada.

Refuerza lo anterior, el hecho que en el texto vigente del contrato se contempla la siguiente cláusula primera: “Las obras a ejecutar por el Sub-Contratista, se efectuarán de acuerdo a los planos y especificaciones técnicas que proporciona La Empresa o el mandante de la obra señalada en el Anexo N° 2, antecedentes que el Sub-Contratista declara conocer y aceptar”.

En consecuencia, en un contrato a suma alzada pueden producirse obras extraordinarias, que son aquellas no contempladas en los planos y especificaciones y cuya ejecución requiere el que encargó la obra, o bien que éste aprueba por ser indispensables para la cumplida ejecución de ésta y que no fueron previstas al tiempo de contratar.

El testimonio del Inspector Fiscal, don CH.V.G., en la parte anteriormente transcrita, coincide con los testigos presentados por XXX, antes citados, y ello permite al árbitro establecer que efectivamente existieron obras extraordinarias, cuales son, instalación de agua caliente, modificación de ductos y cámaras de alcantarillado, terminaciones en cielos, frontones y tapacanes, pintura exterior de latex.

DÉCIMO PRIMERO.- En cuanto a las instalaciones, maquinarias y herramientas de propiedad de don XXX de las cuales, según éste, ZZZ se habría apropiado al hacer ocupación de la obra, existen en autos los siguientes antecedentes:

A fojas 149, se exhibió este inventario a don XXX y señaló “tengo una copia de esta lista, la revisé y puedo declarar que faltan algunas especies”.

A fojas 153, don W.N.M. reconoce el inventario y su firma al final del mismo.

A fojas 198, don E.J.T., repreguntado para que señale si reconoce el documento que se le exhibe y que lleva el N° 55 a 59 del Tomo I de archivadores acompañados por ZZZ contestó “Es el inventario que yo le proporcioné a M.J. existente en toda la obra de maquinarias, herramientas, materiales,

implementas de seguridad pertenecientes al señor C.M.B.”.

A fojas 203, don J.G.CH., declaró “si existían herramientas y maquinarias de don C.M.B. en la obra de construcción de casas al 14 de septiembre de 1999” y que “al momento de recibir estas especies en las bodegas de M.J. hicieron un inventario de recepción”. “Preguntado acerca si estas especies siguen en la bodega de Salamanca, contesta que en parte, en su mayor parte se trasladaron a una bodega de la empresa de M.J. ubicada en la Carretera de S.M. 9400. En Salamanca quedan solamente los paneles y los ladrillos”.

A fojas 153, don W.N.M. expresó: “De las especies del señor C.M.B. se siguieron usando, colchones, frazadas, cascos de seguridad, herramientas manuales y se guardaron en bodega las maquinarias eléctricas”.

A fojas 203, se exhibió a don E.G. el inventario de bienes del Sr. XXX y respecto de él señaló “En cuanto a las maquinarias un poco mayores, el testigo recuerda una banco para cortar ladrillos, una palanca compactadora, un vibrador bencinero con sonda, una motobomba también bencinera, si mal no recuerdo. Aparte de ello habían carretillas, palas, picotas, y materiales diversos propios de la construcción como ser: Bekron para pegados de cerámicas, tuberías de pvc de cobre, materiales de cobre para instalaciones sanitarias. También llegaron los paneles que se usaron para la estructura de obras que se hicieron en las casas. Estos paneles comprenden el panel fonolita, zinc y cholguán. También habían más de 2.000 ladrillos princesa. El testigo declara que, al momento de recibir estas especies en las bodegas de M.J., hicieron un inventario de recepción, esto es el testigo y otras personas que trabajaban conmigo en la bodega”. “En este listado no aparecen aproximadamente 2.000 ladrillos princesa que sí recibí en la bodega de Salamanca. Preguntado acerca de si estas especies siguen en la bodega de Salamanca, contesta que en parte en su mayor parte se trasladaron a una bodega de la empresa de M.J. ubicada en carretera S.M. 9400. En Salamanca quedan solamente los paneles y los ladrillos”.

A fojas 203, don J.G.CH., reconoce la existencia de especies de dominio del señor XXX, formula observaciones al inventario acompañado por ZZZ bajo el N° 55 del Tomo I de su prueba instrumental y declara que en este listado “no aparecen aproximadamente 2.000 ladrillos princesa que sí recibí en la bodega”.

En base a estos antecedentes, el árbitro da por establecidos los siguientes hechos:

a la fecha de la terminación anticipada del contrato, efectivamente existían en la obra instalaciones, maquinarias, herramientas y materiales de dominio de don XXX; hecho reconocido por ZZZ, ésta destinó una bodega especial para guardar estas especies y, además, tuvo la precaución de hacer un detallado inventario de estos bienes, el que don XXX reconoce como auténtico, salvo ciertas omisiones que detalla en su absolucón de posiciones a fojas 149; no se ha acreditado en autos que don XXX haya hecho gestión o intento alguno para recuperar tales especies y que, por el contrario, ZZZ ha manifestado que éstas han estado siempre a disposición del señor XXX y que éste no las ha retirado; las instalaciones con su mobiliario, cocina y sus implementos, ropa de cama, baños

químicos, letrinas, elementos de seguridad, herramientas, maquinaria y materiales existentes en la obra al 14 de septiembre de 1999, según los testigos de ambas partes, continuaron siendo empleadas por los trabajadores que recontrató ZZZ para la terminación de las casas.

Estos hechos determinan que XXX tiene derecho a recuperar las especies detalladas en el inventario con más los dos mil ladrillos princesa de que da cuenta la declaración del bodeguero de ZZZ y las instalaciones y sus enseres, pero no a exigir que se le pague su valor. Sólo en caso de que, al momento de su retiro, no exista alguno de estos bienes, ZZZ deberá pagarle su valor, habida consideración al estado y grado de uso en que se encontraban.

El otro derecho que resta al señor XXX por estos conceptos, es al pago por el uso que de ellas hizo ZZZ entre el 14 de septiembre de 1999 y la fecha de entrega de las obras, el 22 de octubre de 1999. En autos no se ha rendido prueba alguna que permita al árbitro establecer este valor. En contrapartida, se ha demostrado en autos que ZZZ ha debido incurrir en gastos para cuidarlas y mantenerlas a disposición del señor XXX, por lo cual el árbitro estima que tal uso esta compensado con los gastos en que ha debido incurrir ZZZ en su custodia y conservación, desde el 22 de octubre de 1999 hasta la fecha.

DÉCIMO SEGUNDO.- Es un hecho que, con motivo de la terminación anticipada del contrato, ZZZ procedió a finiquitar los contratos de trabajo del personal que laboraba para XXX y se hizo cargo directamente de la terminación de las obras hasta la entrega y recepción final de las casas, lo que ocurrió el 22 de octubre de 1999.

Esta acción resulta injustificada al tenor de lo resuelto anteriormente, por lo cual el árbitro no puede sino concluir que, de ella, nacen para XXX, respecto de ZZZ, los siguientes derechos:

Pago de las obras ejecutadas entre la fecha del último estado de pago, 31 de agosto de 1999, y la fecha de terminación anticipada del contrato, 14 de septiembre de 1999; valor que el árbitro determina en la suma de \$ 15.743.568.- y que resulta de aplicar el 10,5% de avance de las obras, determinado para el período 1 al 14 de septiembre de 1999, al valor total del contrato. Este valor deberá ser reducido en las siguientes cantidades que ZZZ ha acreditado haber pagado, por cuenta y nombre de XXX, por los siguientes rubros: a) remuneraciones adeudadas a los trabajadores de XXX por las labores realizadas en los catorce días ya indicados y por los respectivos finiquitos: \$ 6.483.523.-; b) pago por leyes sociales adeudadas por XXX correspondientes a las remuneraciones de su personal por el mes de agosto, catorce días de septiembre y finiquitos: \$ 3.918.321.-; c) anticipos no compensados en los estado de pago anteriores: \$ 4.626.682.-, lo que da un total a deducir de \$ 15.028.526.

Compensados los valores a favor y en contra de una y otra parte, queda un remanente a favor de XXX de \$ 715.042.-, por este rubro.

Restitución de las garantías por valor de \$ 4.498.162.- que le habían sido retenidas de los estados

anteriores. Ello, en razón de que: a) las casas fueron recibidas conforme por el Fisco, dentro del plazo estipulado en el contrato con ZZZ; b) a la fecha de terminación del contrato, el avance de obras determinado por el árbitro, conservadoramente, era de un 95.5%; c) el informe del Inspector Fiscal de 3 de septiembre de 1999, que rola a fojas 192 de autos, establece “los trabajos realizados están cumpliendo a cabalidad con las especificaciones técnicas del contrato y con un buen grado de terminación. En la actualidad la empresa se encuentra realizando los trabajos de terminación, pinturas, remates y colocación de artefactos en las 36 casas. Según el programa de trabajo las faenas se deberían estar finalizando a fines de septiembre”. d) Esta pretensión de XXX no fue impugnada específicamente por ZZZ en su contestación a la demanda del primero.

Estos antecedentes hacen presumir que las obras fueron debidamente ejecutadas, lo que elimina la razón de ser de las retenciones destinadas a garantizar la correcta ejecución de las obras.

Pago del remanente del precio a suma alzada estipulado en el contrato, como si éste se hubiere cumplido íntegra y oportunamente. El árbitro determina su monto en \$ 6.747.248.- en base a deducir del precio total pactado (\$ 149.938.740.) lo pagado por los trabajos ejecutados hasta el 14 de septiembre de 1999 (\$ 143.191.492).

A este valor deberán descontarse los gastos directos, necesarios y debidamente acreditados en que, razonablemente, debió incurrir ZZZ para la terminación de las obras, habida consideración a la estructura empresarial del subcontratista. Conforme lo establecido en el informe pericial de fojas 158 y la exclusión que hace el perito de las partidas consideradas en el N° 2 letra d) bajo el epígrafe “Otros Gastos”; el monto a deducir es de \$ 21.141.889.- que se desglosa en los siguientes rubros: a) remuneraciones y leyes sociales \$ 8.006.657.-; b) honorarios \$ 3.001.110.-; y c) \$10.134.122.- por provisión de materiales, según lo establecido en el informe pericial y su ampliación. Efectuada la compensación consiguiente, queda un saldo a favor de ZZZ de \$ 14.394.641.

Pago de las obras extraordinarias. Habida consideración a que la parte de don XXX no ha acreditado en forma alguna su monto, salvo señalar una cantidad global en su demanda, el árbitro sólo tiene como antecedente para determinar su valor lo expresado por el Inspector Fiscal don CH.V.G., a fojas 207. Según esta declaración, el monto total de las obras extraordinarias por las 36 casas ascendió a \$ 7.572.652, por lo cual la parte proporcional correspondiente a 21 casas, asciende a \$ 4.417.380.

Indemnización por lucro cesante y daño moral, en la forma que se señala más adelante.

Los valores resultantes han sido determinados en base al peritaje contable y a su ampliación y las cifras determinadas han sido revisadas por el perito. En aquellos casos en que los montos determinados por el perito comprendían a las 36 casas que fueron objeto del contrato de ZZZ con el Fisco y no fue posible determinar a qué casas correspondían, se ha procedido a dividir tal monto global por 36 y a multiplicar el cociente resultante por 21.

En atención a que los hechos que determinan la existencia de estos derechos y obligaciones ocurrieron el 14 de Septiembre de 1999, el árbitro estima de equidad reducir los valores resultantes en favor de una y otra parte, a Unidades de Fomento conforme a la equivalencia que ésta tenía en pesos a dicha fecha y que era de \$ 14.930,88 por Unidad de Fomento. En consecuencia, efectuada la compensación entre las cantidades determinadas en este considerando, a favor de una y otra parte al 14 de septiembre de 1999, resulta un saldo acreedor a favor de ZZZ y en contra de XXX de \$ 4.664.057.- o sea 312,37 Unidades de Fomento.

DÉCIMO TERCERO. Atendidas las consideraciones que anteceden y habiéndolo establecido el árbitro que la terminación anticipada del contrato obedece a un acto arbitrario de ZZZ, por no haberse acreditado la ocurrencia de los hechos en que se fundó para realizar tal acción, resulta innecesario que esta sentencia se haga cargo de los distintos capítulos de demanda de ésta, sin perjuicio de lo resuelto anteriormente.

Ello no obstante, en lo que respecta a la solicitud de que el árbitro declare que el señor XXX es el obligado al pago de las deudas que mantiene con sus proveedores, no se ha acreditado en autos la existencia de ninguna. De otro lado, cabe señalar que el árbitro carece de jurisdicción y competencia para emitir tal pronunciamiento por tratarse de una materia ajena al presente conflicto y que afecta a terceros que no son parte de éste. De otro lado, tal declaración resultaría inoperante por cuanto es la ley o el título respectivo lo que determina quien es el obligado al pago de una obligación, a menos que exista una controversia entre acreedor y deudor, cual no es el caso.

DÉCIMO CUARTO.- En cuanto al daño moral como consecuencia de una infracción contractual, su existencia está ampliamente aceptada por los autores y la jurisprudencia.

Al efecto, así lo reconoce el profesor Pablo Rodríguez Grez en el Capítulo sobre Daño Moral, de su obra "Responsabilidad Extracontractual", página 309. Éste, después de analizar las diferentes teorías y opiniones de tratadistas, y jurisprudencia concluye: "La reparación del daño moral se ha abierto paso en la doctrina y en la jurisprudencia, como resultado del reconocimiento de que las relaciones jurídicas son mucho más que efectos patrimoniales y de que el quebrantamiento del derecho va también más allá de la pérdida del derecho tutelado en la norma. No olvidemos que todo derecho subjetivo no es más que un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento normativo y que quien lo lesiona imposibilita la realización de dicho interés. Sin embargo, la infracción indicada no queda circunscrita, en ciertos casos al interés protegido, sino que se expande o repercute en la esfera espiritual de la persona. Es aquí donde surge el daño moral, cuyo poder destructor alcanza el fuero interno y personalísimo de quienes se hallan ubicados en la órbita de la víctima.

Para nosotros el daño moral —o extrapatrimonial— se caracteriza fundamentalmente por estos rangos, lo cual nos permite darle su exacta naturaleza consecuencial y derivada, como subproducto —a veces más importante que el efecto directo— de la infracción o lesión del derecho subjetivo.

Esclareciendo todavía más nuestro pensamiento, es dable sostener que la infracción al derecho subjetivo acarrea dos efectos diversos: uno inmediato (pérdida o menoscabo del interés tutelado

por la norma jurídica); y otro mediato (lesión de un sentimiento integrado a la personalidad espiritual, no sólo de la víctima, sino de las personas ligadas a ella). Puede suceder que el daño proveniente de ambos efectos sea de la misma índole extrapatrimonial, lo que sucederá cuando el interés tutelado por el derecho (y que conforma un derecho subjetivo) sea de naturaleza extrapatrimonial. Si el interés tutelado por la norma es patrimonial, la infracción al derecho podrá provocar un daño extrapatrimonial, atendido, como dijimos, su poder expansivo.

A nuestro juicio, entonces, la lesión a un derecho subjetivo es el presupuesto necesario y obligatorio para configurar un daño moral. Éste sólo se produce cuando el efecto expansivo de la referida lesión se proyecta más allá de la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia del interés jurídicamente tutelado, abarcando un campo no comprendido en dicho interés”.

Doña Carmen Domínguez Hidalgo en su obra “El Daño Moral”, Tomo I, página 115 expresa: “...la indemnización de un daño como el moral nunca alcanzará a cubrir la totalidad del perjuicio, por lo que su reparación deviene en imposible. Ello determina que, en vez de utilizar el parámetro propio de la reparación, que es la extensión del perjuicio, debe recurrirse para fijar el monto de la indemnización a otros como la gravedad de la culpa o la situación económica de la víctima, que son características de las penas privadas. Como puede observarse, este razonamiento se funda en dos premisas: una, que el perjuicio moral no puede ser reparado desde que su evaluación exacta es imposible, y dos, que su indemnización es determinada de acuerdo a los criterios de la pena privada. Con base en ellos, la doctrina punitiva atribuye el carácter de pena privada a la indemnización”.

A lo anterior, cabe agregar la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema en sentencia de 20 de octubre de 1994 en los autos caratulados “Rafart con Banco de Chile” (Fallos del Mes N° 431, octubre 1994, pág. 657): “6° Que desde luego al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva derivada de un incumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato”.

“8° Que los bienes extrapatrimoniales de una persona como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, de modo que si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes”.

“10° Que sobre todo no hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra carta fundamental se haya el artículo 19 N° 1 a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino que a la mencionada integridad física y psíquica de la persona. Esta última como en el caso de autos puede verse trastornada precisamente, por la falta en que uno de los contratantes incurrió frente a los deberes que le imponía el contrato”.

Con anterioridad, la Corte Suprema en sentencia de 3 de julio de 1951 (Revista de Derecho Tomo 48, II parte, sección I, página 252) puntualiza en uno de sus considerandos "...en consecuencia es inconcluso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión también lo es el moral dentro naturalmente del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato cuando se produce por culpa del deudor pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción".

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 14 de abril de 1954 (Revista de derecho, Tomo 51, segunda parte, sección I, página 74).

A mayor abundamiento, no sólo la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia ha establecido la procedencia del daño moral por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Así, el Juez Árbitro don Claudio Illanes Ríos, en los autos Cuevas Ramos Alejandro con Sociedad Inmobiliaria M.P.L., ha sentenciado: "II.17. Que también se ha reclamado la reparación del daño moral expresado en el dolor, la preocupación y el sufrimiento que ha experimentado a causa de este problema, sumado a los que ha experimentado su familia, la degradación de la calidad de vida, stress diario, conflictos con bancos, angustia, desilusión, depresión, etc. Efectos que son perfectamente comprensibles para este juez árbitro considerando las circunstancias que han rodeado esta negociación y que han sido respaldadas por la prueba testimonial rendida en estos autos. Que por otra parte, este juez árbitro ha señalado en su cátedra de Derecho Civil y en conferencias dadas sobre esta materia que el daño moral procede tratándose de la responsabilidad contractual, opinión que en la actualidad es compartida por los Tribunales Superiores de Justicia, destacándose importantes sentencias pronunciadas por la Corte Suprema que han acogido el daño moral; y,

II.18. Que sin perjuicio de lo anterior, es evidente que en materia contractual es bastante complejo la evaluación del daño moral, fenómeno que no es tan difícil en la responsabilidad extracontractual pues las consecuencias del ilícito son más reales y concretas y es posibles apreciarlas por los sentidos. Así por ejemplo, la determinación de un daño moral por la mutilación que una persona experimente de algunos de sus miembros por un ilícito de un tercero, su apreciación es mucho más tangible. En cambio no lo es tan claramente tratándose del incumplimiento de un contrato sin que ello pueda significar que en tales casos no existe dolor ni sufrimiento. Muy por el contrario tales elementos son perfectamente posible encontrarlos en la responsabilidad contractual y en este caso específico ese dolor y sufrimiento por los hechos ocurridos es manifiesto. Que usando las atribuciones que la ley me concede por mi carácter de arbitrador sumadas a las que el propio demandante me ha otorgado al expresar que en último término se atenderá a las cantidades que en justicia este tribunal determine, fija el daño moral en el equivalente U.F. 10.000".

DÉCIMO QUINTO.- Complementa lo antes expuesto, el hecho que ambas partes, en sus respectivos libelos, han demandado se les indemnice el daño moral sufrido en razón de los incumplimientos contractuales que imputan a la contraparte. En consecuencia, ambas partes reconocen la procedencia de este tipo de indemnización en el caso de autos y han facultado al árbitro para determinarla.

DÉCIMO SEXTO.- En cuanto al daño moral que reclama ZZZ y que se traduciría en la pérdida de imagen de empresa seria y responsable frente al Fisco, derivada del hecho de haber subcontratado

con un contratista que tiene acreedores impagos, cabe reiterar que tal hecho no ha sido probado en lo que respecta a la obra contratada y así se lo señaló ZZZ al Inspector Fiscal y lo reiteró en estrados su abogado. En consecuencia, lo que podría haber afectado el prestigio de ZZZ habría sido el hecho de no entregar conforme y oportunamente las casas, lo que no ocurrió, según lo reconoce expresamente el señor L., a fojas 210.

A lo anterior, cabe añadir las siguientes consideraciones:

Es un hecho —reconocido por él mismo— que, a la fecha de celebración del contrato inicial, don XXX no operaba comercial ni bancariamente a nombre propio, sino que lo hacía a través de su cónyuge. La razón de este proceder era la existencia de informes comerciales desfavorables a su respecto, en razón de morosidades y protestos impagos.

El árbitro, atendida su calidad de arbitrador, solicitó el informe comercial del señor XXX a Dicom, el cual se agregó a los autos a fojas 336. Según este informe de fecha 16 de agosto de 2000, el señor XXX registra las siguientes morosidades y protestos impagos: 24 de diciembre de 1998 por \$ 787.000; 4 de enero de 1999 por \$ 664.000; 21 de enero de 1999 por \$ 640.000; 29 de enero de 1999 por \$ 787.000; 2 de febrero de 1999 por \$ 640.000 y 5 de enero de 2000 por \$ 30.181.

Lo anterior demuestra que, a la fecha en que ZZZ contrató al señor XXX —19 de abril de 1999—, éste registraba la casi totalidad de las morosidades y protestos que se han detallado en la letra anterior y que la única posterior a esa fecha es del 5 de enero de 2000, varios meses después del 14 de septiembre de 1999.

XXX realizó trabajos de construcción para ZZZ, con anterioridad al contrato materia de autos.

Los hechos reseñados demuestran que, a la fecha de celebración del contrato con ZZZ, la situación financiera de XXX era susceptible de ser conocida por cualquiera que quisiera saberla, mediante el simple y habitual procedimiento de requerirla de Dicom o del sistema bancario. Es más, en contratos de suma alzada de un monto similar al que es objeto del presente litigio, es práctica normal requerir los informes financieros de los contratantes. Luego, es dable concluir que a ZZZ no le preocupaba la situación financiera del subcontratista, lo que es explicable por haber trabajado con él en otras obras. Este último hecho demuestra, además, que ZZZ había tenido experiencias satisfactorias sobre el cumplimiento contractual del señor XXX, de lo contrario no sería explicable que hubiese celebrado el contrato materia de autos y se hubiese desentendido de la situación financiera de éste.

Luego, el daño moral reclamado por ZZZ, a juicio del árbitro, no existe y, de existir, éste sería de su exclusiva responsabilidad.

DÉCIMO SÉPTIMO.- La terminación anticipada de un subcontrato de construcción aduciendo incumplimiento de éste y, además, existencia de acreedores impagos del subcontratista, es un

hecho que no pasa desapercibido dentro del ámbito de los empresarios de la construcción. Mayor relieve adquiere este hecho, cuando la empresa que pone término al contrato es de un prestigio y seriedad reconocidas, lo que hace suponer la efectividad de la ocurrencia de las causales invocadas.

Tal hecho, a criterio del árbitro, no deja duda alguna en cuanto a que, además de las consecuencias patrimoniales, produce el efecto de afectar la imagen del subcontratista dentro de los empresarios del rubro, lo que obviamente causa un impacto desfavorable en sus actividades empresariales. Esta circunstancia, unida a las consecuencias económicas que tal hecho ha producido al subcontratista y sobre la cual han declarado los testigos don G.S.M., a fojas 129, y don A.SM.Z., a fojas 141, causan angustia, estrés, vergüenza, menor calidad de vida, dolor por la necesidad de vender bienes de su propiedad que le eran muy apreciados, afectación de la vida familiar; todo lo cual justifica la existencia del daño moral y la procedencia de una justa indemnización de perjuicios.

En base a las consideraciones anteriores, el árbitro estima prudente y equitativo fijar en la suma de mil setecientas Unidades de Fomento la indemnización por daño moral que ZZZ deberá pagar a XXX. Este valor deberá compensarse con las sumas que don XXX resulta adeudar a ZZZ, conforme a lo establecido en el considerando decimosegundo.

En mérito de los considerandos que anteceden,

RESUELVO:

I.- En cuanto a la objeción de documentos:

Se rechazan las objeciones planteadas por ambas partes.

II.- En cuanto al fondo:

A.- Se acoge la demanda interpuesta por don XXX a fojas 22, sólo en cuanto: se condena a ZZZ a pagarle la cantidad de mil trescientas ochenta y siete coma sesenta y tres Unidades de Fomento, que resulta de la compensación que se establece en el considerando décimo séptimo. El pago se hará en pesos, conforme a la equivalencia que tenga la Unidad de Fomento a la fecha del pago efectivo de la obligación.

La cantidad adeudada devengará un interés del 6% anual a contar del décimo día de notificada la sentencia y hasta la fecha de su pago efectivo.

Se declara que XXX tiene derecho a indemnización de perjuicios por lucro cesante, cuya especie y monto deberá acreditar en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

ZZZ deberá hacer entrega a XXX de las instalaciones de faenas, enseres, mobiliario, máquinas y herramientas a que se refiere el considerando décimo; retiro que éste deberá efectuar dentro de décimo día de notificado el presente fallo. De no hacerlo por hecho o causa propia, deberá pagar a ZZZ una indemnización de un cuarto de Unidad de Fomento por cada día de atraso. Trascurridos 30 días sin que proceda a hacer tal retiro, ZZZ quedará liberada de toda obligación de cuidado o conservación de tales bienes. En caso de faltar alguno de los bienes, ZZZ queda obligada a pagar su valor comercial conforme a la naturaleza del bien, su antigüedad, estado y condiciones de uso, al 14 de septiembre de 1999.

- B.- En lo no contemplado en los considerandos de este fallo, se rechaza en todas sus partes la demanda de ZZZ.
- C.- No se condena en costas a ninguna de las partes por estimar que han tenido motivo plausible para litigar. En consecuencia, cada parte deberá pagar las costas procesales y personales, por mitades. ZZZ queda autorizada para deducir, de la cantidad a pagar a XXX, la cantidad de quinientos mil pesos que corresponden al 50% de los honorarios del perito designado en autos, los que fueron en su totalidad solventados por la primera.
- D.- Cada parte, dentro de quinto día de notificado este fallo, deberá enterar al juez árbitro el saldo de los honorarios pactados y la tasa administrativa correspondiente al Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago.

Sentencia dictada por el árbitro don Miguel Otero Lathrop.

NOTA: Esta sentencia fue objeto de un recurso de queja ante la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago. El tribunal de alzada, por unanimidad, confirmó la sentencia del árbitro Sr. Otero.