

“I. Y C. FCO. J. L. Y CIA. LTDA. (XXX) CON M. Y C. LTDA. (ZZZ)”

ÁRBITRO ARBITRADOR: SR. MANUEL GUZMÁN VIAL

14 DE ENERO DE 1998

Rol 10-95

SUMARIO: Tacha. Interés directo - acta de reconocimiento. Facultades del arbitrador.

RESUMEN DE LOS HECHOS: A fs. 79 XXX formula demanda en contra de ZZZ, expresando que con fecha 4 de enero de 1994 celebró un subcontrato de construcción con la sociedad ZZZ, por el cual se obligó a construir las obras que se describen en la cláusula primera de dicho subcontrato. Precisa que la denominación de subcontratar se funda en que ZZZ, contrató directamente con la sociedad I. S.A. las obras que constituyen el proyecto I. S.A. ubicado en los terrenos de su propiedad de la calle S.E.H. N° 1175. Encontrándose las obras en su etapa de terminación, agrega la demandante, recibió el 11 de abril de 1994 una carta firmada por don F.J.M.P., en representación de la demandada, en la cual le comunica que había decidido declarar administrativamente resuelto el referido subcontrato porque a su juicio XXX había incurrido en incumplimiento y transgresión de las cláusulas primera, quinta, séptima, vigésima primera y vigésima tercera letras e) y d) del subcontrato. Agrega la demandante que a su juicio no se ha probado el fundamento de la demandada, la que a su vez ha incurrido en graves transgresiones a la convención de 4 de enero de 1994, produciéndose perjuicios materiales y daño moral que lesionaron el prestigio profesional del representante de la actora. Además expresa que varias de las obligaciones asumidas por ZZZ son actualmente exigibles y están incumplidas. En definitiva demanda en este juicio arbitral, se declare resuelto el subcontrato de 4 de enero de 1994, con indemnización de perjuicios y la consiguiente condena con costas.

**LEGISLACIÓN APLICADA:** Artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

**SENTENCIA ARBITRAL:** Santiago, catorce de enero de mil novecientos noventa y ocho.

VISTOS:

- 1º- La parte demandante ha formulado tacha en contra del testigo de la demandada don J.C.G., por estimar que no tiene la suficiente imparcialidad para declarar, dado que ha mantenido y mantiene relaciones profesionales con el Gerente de ZZZ y además por haberle propuesto que actuara como árbitro. El fallador resuelve negarle lugar a esa tacha, por estimar que las circunstancias invocadas no son de una entidad tal que le resten imparcialidad al testigo.
- 2º- La parte demandada tachó al testigo don J.Q.C., invocando el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, por tener interés directo en el resultado del pleito, ya que al haber el

demandante reclamado en su acción utilidades y tener el testigo según su propia declaración participación en ésta, le asiste un interés manifiesto en el resultado del pleito. El árbitro niega lugar a declarar inhábil al testigo, pues si bien ha reconocido éste tener un interés en la mayor utilidad de la obra, además de ser un beneficio de carácter eventual, no le parece al fallador que sea de tal gravedad, que autorice dar lugar a la tacha.

- 3º.- Según se ha indicado en la parte expositiva de este fallo, el presente litigio se originó con motivo de los recíprocos cargos que se hacen la demandante, XXX y la demandada, ZZZ en orden al incumplimiento que se atribuyen de un subcontrato de construcción pactado entre ambas, con fecha 4 de enero de 1994, por el cual la demandante se obligó a construir las obras que se describen en la cláusula primera de dicho subcontrato.
- 4º.- La primera materia que se plantea en esta controversia dice relación con la comunicación que le hizo llegar ZZZ a XXX el 11 de abril de 1994, expresando que había decidido declarar administrativamente resuelto el referido subcontrato, porque a su juicio XXX había incurrido en incumplimiento y transgresión de las cláusulas primera, quinta, séptima, vigésima primera y vigésima tercera, letras c) y d) del subcontrato.
- 5º.- La demandante ha impugnado la decisión de ZZZ, pues argumenta que no se encuentra probado que a la fecha de la comunicación, 11 de abril de 1994, XXX hubiera incurrido en infracciones contractuales, especialmente el atraso de las obras en más de un diez por ciento respecto del programa presentado e incumplimiento o desconocimiento de órdenes impartidas por el coordinador del mandante o por las indicaciones técnicas de ZZZ.
- 6º.- Además alega la demandante que la demandada infringió también la cláusula vigésima tercera del subcontrato, porque la cláusula vigésima cuarta exige para la terminación anticipada como condición previa, la práctica de la liquidación correspondiente que no se ha probado.
- 7º.- Debe resolverse en consecuencia si ZZZ actuó o no conforme a derecho al declarar unilateralmente resuelta administrativamente el subcontrato.
- 8º.- Si se examina el texto de la cláusula vigésima tercera, en sus letras c) y d) aparece que al mandante ZZZ le asiste el derecho de “declarar resuelto administrativamente el subcontrato, sin forma de juicio...”. por atraso de las obras en más de un 10% respecto de los programas presentados (letra c) y “por incumplimiento o desconocimiento por parte del contratista de órdenes impartidas por el coordinador del mandante o por las indicaciones impartidas por la Inspección Técnica del cliente” (letra d).
- 9º.- El derecho unilateral del mandante —ZZZ— a declarar resuelto administrativamente el subcontrato, sólo está limitada por la ocurrencia de cualquiera de las causas que consultan la cláusula vigésima tercera. Basta que alternativamente se configure una de las situaciones ahí descritas, para que el mandante pueda ejercer ese derecho.

- 10º.- No es atendible la alegación de XXX al invocar la cláusula vigésima cuarta, en que se exige como trámite previo que el mandante practique la liquidación que corresponda.
- 11º.- Hay en la especie dos sistemas diferentes para dar por terminado administrativamente el subcontrato. La modalidad de la cláusula vigésima tercera, consulta cinco casos en que no hay otra exigencia que las circunstancias de hecho que ahí se establecen. Por el contrario, la cláusula vigésima cuarta está concebida para una situación diferente, pues en tal caso el mandante puede "en cualquier momento" proceder a dar término al subcontrato, siempre que practique la liquidación. No hay en esta eventualidad causales para proceder en esa forma.
- 12º.- De esta suerte, en el caso que nos ocupa si concurrieran las causales c) o d) de la cláusula vigésimotercera, ZZZ estaba en su derecho para declarar resuelto el subcontrato.
- 13º.- Como una de las causales invocadas por ZZZ para proceder en esa forma, fue según la comunicación de fecha 11 de abril de 1994, cuya copia está acompañada a fs. 24, la existencia de atraso en las obras en más de un 10% respecto del programa presentado, resulta de importancia establecer si se dio ese grado de retardo para concluir que la determinación de ZZZ se ajustó a derecho.
- 14º.- La prueba testimonial no arroja elementos muy determinantes sobre el hecho si medió o no atraso de las obras en más de un diez por ciento. Este punto aparece considerado bajo el numerando 1.10.- del auto de prueba. El único testigo, que declara explícitamente sobre el mismo, es J.Q., a fs. 265, quien derechamente expresa que no hubo atraso. El otro testigo que alude al tema pero de una manera dubitativa, es M.V. a fs. 320.
- 15º.- Otro elemento que proporciona un antecedente probatorio, es la carta Gantt entregada por I.C.L. (Cuaderno documentos Nº 1) relacionada con el estado de pago Nº 5 en que se indica el grado de avance que debían de tener las obras al 29 de marzo de 1994, fecha de ese estado de pago.
- 16º.- El flujo de caja acumulado, muestra el último estado de pago Nº 5 presentado por I.C.L. y aceptado por el propietario debiera haber sido del orden de \$ 34.000.000.- (Punto 1.2.- del peritaje). Ahora bien, el estado de pago presentado por XXX y aceptado por el propietario, quedó en \$ 27.846.115.-
- 17º.- Concluye en esta parte el peritaje (1.3.) que representa un 18,1% del atraso respecto al avance estimado por XXX.
- 18º.- A su vez de la carta Gantt corregida de fecha 29 de marzo de 1994, presentada por XXX, se desprende que había un atraso de 17 días en la partida "Enmaderación de Techumbre" y que forma parte de la trayectoria crítica de ejecución de la obra (1.4.- del peritaje).

- 19º.- Con respecto a las anotaciones en los libros de obra, en la parte referente a los atrasos, el propietario de la obra en folio N° 12 hace presente que el día 5 de marzo de 1994 hay atraso. A su vez el coordinador en el folio 38 el día 4 de marzo manifiesta su preocupación por el excesivo atraso, indicando las partidas respectivas. El propio contratista reconoce el día 9 de marzo, folio N° 43, el atraso en ciertas partidas, expresando que no alterarían según él el plazo (Peritaje N° 1.5.).
- 20º.- Como conclusión final sobre este punto, se determina en el peritaje 1.7.- que en la ejecución de las obras había un atraso de 17 días respecto del plazo total de 150 días, lo que importó un 11,33%.
- 21º.- De lo anterior cabe afirmar que medió un atraso superior al 10%, y que atendiendo a lo dicho en los considerandos 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º precedentes, hay que concluir que ZZZ, actuó de acuerdo a los términos del subcontrato de 4 de enero de 1994 en su decisión de declarar administrativamente resuelto dicho convenio. No obsta a esta conclusión, la alegación de XXX en orden a que se había visto alterado el plazo de la ejecución de las obras de 150 días, por incumplimiento de ZZZ, pues tal alegación no aparece acreditada.
- 22º.- Otro punto de importancia en este litigio, es la controversia que se ha producido sobre la circunstancia de haberse o no alterado los niveles de la construcción, dejándose los cimientos más bajos en 25 centímetros que los señalados en el plano (Punto 1.2.- del auto de prueba).
- 23º.- Este hecho está analizado en el peritaje de fs. 488 en el punto 2, que se desarrolla de la siguiente manera:

“Para las obras de construcción del galpón y oficinas de I. S.A.; se tomó como referencia la cota 100,26 que aparece definida en el levantamiento taquimétrico elaborado por los cartógrafos señores R.F. y A.G. como cota de solera. Esta definición fue tomada el día 8 de enero de 1994, según folio N° 3 del libro de obra por el arquitecto señor C.H., entendiéndose como cota de solera la obtenida en la parte superior de la misma

Al tomar “como punto de referencia la solera mencionada se definió como nivel de partida 0.0 la cota 100.18” (2.1.- Peritaje).

Con respecto a las cotas de obra gruesa, el peritaje determina que éstas “se obtienen del plano 1 de 5, elaborado por el ingeniero civil, señor J.C., donde aparecen expresadas las diferencias de nivel respecto al nivel de partida 00.00”. “De acuerdo a lo anterior, en el plano de fundaciones aparece que el nivel de piso es más 0,36, es decir, su cota es 100,18 más 0,36 igual 100,54; la diferencia de nivel respecto a la solera es, por lo tanto: 100,54 menos 100,26 igual, 28 mts” (2.2. Peritaje).

Para dilucidar a que cotas fueron construidas las obras es necesario verificar en terreno las diferencias de niveles respecto al punto de referencia, la solera con cota 100.26”.

“En visita efectuada a terreno con fecha 9 de enero de 1996, se procedió a realizar un trabajo de nivelación a cargo del ingeniero señor G.C., a objeto de determinar a que cota fue construido el galpón de I. S.A.”. “Tomando como cota de referencia la solera frente al muro medianero, se constató que el radier del galpón de I. S.A. estaba construido 8,7 cmts. Más alto que la solera y, además, el que el piso de las oficinas estaba al mismo nivel del piso del galpón, debiendo estar según planos 28 cmts. más alto que el piso del galpón”. “Como el pavimento del galpón fue construido por ZZZ, según se desprende de toda la documentación tenida a la vista, luego de efectuar rellenos adicionales, es evidente que la obra fue construida por XXX a una menor cota que la proyectada” (2.3.- Peritaje).

A título de conclusión, el perito en el párrafo 2.4.- de su informe, determina que “en la ejecución de las obras no se respetó la cota del piso del galpón señalado por el arquitecto y tampoco se dejó una grada de 18 cmts. Entre los pavimentos del galpón y oficina”. “Como consecuencia de este error fue necesario efectuar una serie de trabajos adicionales para regresar la cota de la obra a la situación proyectada”. “Como acotación acerca de la cota de referencia, en el folio N° 32 de fecha 15 de febrero de 1994, el representante del contratista manifiesta que se recibieron cotas y niveles detectándose el error mencionado en el folio 30” (2.4.- Peritaje).

24º.- Al examinar los dichos del testigo, arquitecto C.H.L., se observa entera coincidencia con el dictamen pericial. Así lo demuestran los datos y apreciaciones que hace a fs. 376, en que después de declarar que “no se respetó el objeto del contrato”, precisa que se “modificó la ejecución de la obra con respecto a los planos”. Se refiere a una reunión que se hizo en la obra el 7 u 8 de enero de 1994, con asistencia del Sr. F.L., el Sr. M., el propietario y el declarante oportunidad en que se definió el PR. 0,0 o sea el punto de referencia. En el curso de su declaración, deja constancia de los siguientes hechos: que se levantó un acta de la reunión antes aludida, dejándose constancia en el Libro de Obras, el 8 de enero de 1994, señalándose como punto fácil de ubicar en el terreno, pintándose “el punto el cual fue en la solera, en la parte superior, que estaba señalada en el plano topográfico como la cota 100,26 y el punto 0,0 se identificó como la cota 100.26 menos 0.08, lo que eran 8 centímetros más bajo, quedando identificado el 0.0 como 100.18”; en “la parte de las oficinas, estaba señalado en los planos de arquitectura como el nivel más 36, desde el punto 0.0.”; quedaba señalado “como cota topográfica en el 100.54 lo que significa que quedó el nivel de las oficinas 28 cmts. sobre el nivel superior de la solera; agrega que “por lo que yo tengo entendido la empresa XXX había tomado como punto de referencia, el encuentro entre la calzada y la solera, o sea la solera en la parte inferior, lo que implicaba un gran riesgo para los efectos aguas-lluvias en la obra, pues esa esquina estaba permanentemente inundada cuando llovía”.

25º.- Para valorar la significación que tiene en esta causa la declaración del testigo C.H., se debe tener presente la función que desempeñó en el diseño como arquitecto de la obra y además la circunstanciada declaración que presta y su coincidencia con el peritaje.

26º.- A fs. 320 declara otro testigo de ZZZ, M.V.G., Director Gerente de Operaciones de C. que pese a reconocer que no ha visitado las obras y que el informe de C. fue hecho por el Jefe de la División Constructor Civil, califica “el primer gran error consignado en el informe en referencia, tiene que ver con las cotas que se fijaron para la ejecución de las fundaciones de

la máquina, las fundaciones del edificio de la planta industrial y la loza de las oficinas, todas las cuales resultaron 28 cmts. más bajo que lo indicado en los planos”.

- 27º.- A fs. 314 declara el testigo presentado por ZZZ, R.B.M., representante legal de I. S.A., dueño de la obra, quien expresa ser efectivo que “la altura del galpón quedó disminuida, la altura interior, porque hubo que aumentar los rellenos estabilizados, al constatar que el nivel del piso era más bajo de lo establecido en el plano original. Esto también obligó a demoler y reconstruir la fundación ya hecha donde se instalaría la máquina de plástico”.
- 28º.- A fs. 428 declara el testigo N.S.L., presentado por ZZZ, quien relata que a “la fundación hubo que agregarle una sola altura; quedó más baja que el nivel que debía tener, porque el radier estaba más alto, es lo que yo recuerdo. Hubo que suplir la fundación con una armadura adicional y el hormigón correspondiente”.
- 29º.- A fs. 255, declara J.Q.C., presentado por XXX. quien expresa que se respetó el objeto del contrato, adecuándose a los planos de arquitectura e ingeniería del galpón de la planta industrial y de las oficinas. Respondiendo al punto 1.2.- del auto de prueba, dice que no se alteraron los niveles de la construcción, poniéndose de acuerdo al punto de referencia que indicó el arquitecto, juntos con el propietario, con ZZZ y F.L.
- 30º.- A fs. 277 declara el testigo J.C.A. Jefe de Obra de la construcción presentado por XXX. Interrogado al tenor del punto 1.2.- del auto de prueba vale decir, si se alteraron los niveles de la construcción dejándose los cimientos más bajos en 25 cmts. que los señalados en el plano responde “que no se alteraron, porque los niveles estaban marcados en la parte inferior de la solera, en el pavimento mismo había un clavo y era el punto de referencia que teníamos nosotros para revisar todo”.
- 31º.- Ponderadas las declaraciones de testigos referidas en los considerandos 22, 23, 24, 25, 26 y 27 y relacionando las mismas con el peritaje de fs. 488 el árbitro concluye en el punto 1.2. del auto de prueba, que no se respetaron por XXX los niveles de construcción, dejándose más bajos que los señalados el plano, en una distancia aproximada de 25 cmts.
- 32º.- En los puntos 1.3 y 1.4 del auto de prueba, se fijaron como hechos la realización de rellenos estabilizados y la demolición y reconstrucción de la fundación donde se instalaría la máquina procesadora de plástico, además de establecerse si la confección de los radiers fue adecuada o deficiente, El peritaje de fs. 488 trata esta materia, en los puntos 3; 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 4.5.
- 33º.- En resumen ahí se describen las especificaciones de los rellenos bajo pisos, tanto interiores, como exteriores y asimismo los pavimentos, para concluir que tanto los rellenos, como el radier ejecutados por XXX están de acuerdo a lo ofrecido en su presupuesto (3.4) Respecto de la demolición de radiers se concluye que “aún aceptando que los radiers fueron construidos a una cota menor que la proyectada, no era necesario demoler estos radiers, sino construir el definitivo sobre éstos. Técnicamente no se justificaba demoler”. A una conclusión semejante

llega el perito al referirse a la demolición y recuperación de la base de hormigón de la máquina principal, afirmando que “era factible recuperar las bases ya construidas y construir sobre éstas, con los procedimientos habituales de una buena construcción, la diferencia de estructuras de hormigón armado hasta alcanzar la cota definitiva”. Los testigos de la parte demandante Sr. J.Q.C. expresan que no procedía rellenar (fs. 256) y el Sr. J.C.A. declara (fs. 277) que el trabajo se hizo bien. Por su parte los testigos de ZZZ declaran que hubo necesidad de rellenar y demoler (C.H. fs. 389 y 390, R.B.M. fs. 314, y N.S.L. fs. 428). En definitiva sobre este punto el árbitro se remite al contenido del peritaje antes examinado y concluye que los rellenos y radieres se ejecutaron de acuerdo al presupuesto y que aunque fueron construidos a una cota menor, no era necesario demoler, aún en la base de hormigón de la máquina, pues era posible no demoler adecuándose al arte del buen construir y continuar la obra sobre la anterior.

34º.- En orden a los efectos patrimoniales de las nuevas obras en lo referente al costo de recuperación de la base de la máquina, la reparación de las fundaciones, a la zarpa perimetral, a los rellenos interiores y exteriores para suplir la cota, retiro de escombros, pavimentos, demoliciones el presente fallo acepta las reflexiones que se hacen en los puntos que en ellos se ocupa el peritaje, especialmente los Nos. 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11; 12; 13 y 14; haciéndose cargo de la incidencia económica más adelante.

35º.- La demandada ZZZ, en la contestación de la demanda (fs. 123) impugna la actuación de XXX al imputarle la transgresión de la cláusula séptima que dispone que en ningún caso podrá el contratista traspasar en forma alguna, parcial o totalmente el contrato sin autorización expresa y por escrito de ZZZ, correspondiendo la ejecución y la administración a otra u otras personas. En el primer otrosí de su escrito, demanda reconventional (fs. 137), ZZZ reitera este cargo y al efecto acompaña la planilla del mes de enero de 1994, en que aparecería como dueño de la obra y confeccionando toda la planilla de salarios e imposiciones don J.Q., no el Sr. F.L. XXX a fs. 151 rechaza el planteamiento anterior, pues expresa que el hecho que el Sr. J.Q. haya contratado la mano de obra y adquirido materiales no implica que haya efectuado traspaso del contrato. Invoca además las cláusulas décima quinta y décima séptima del contrato, de las que desprendería que podía subcontratar la compra de materiales y delegar la contratación del personal. El hecho aludido se encuentra consultado en el punto 1.7.- del auto de prueba.

A fs. 254 don J.Q. declarando como testigo de XXX, niega el traspaso de la obra, precisando que el Sr. F.L. estaba siempre frente a la misma.

36º.- A juicio del fallador el contrato de fs. 1, en su cláusula séptima contempla de manera absoluta la prohibición “de traspasar en forma alguna parcial ni totalmente el contrato, sin autorización expresa y por escrito del mandante”. Las referencias que contemplan las cláusulas décima quinta y décima séptima, a los subcontratos, hay que entenderlas armonizándolas con la cláusula séptima, vale decir, cuando haya una autorización expresa y por escrito.

No constando esta autorización hay que concluir que a XXX le estaba vedado traspasar aunque fuera parcialmente formas de ejecución o la administración del contrato. Además, el documento acompañado por ZZZ bajo el N° 1 del segundo otrosí, consta en la planilla del mes de enero

de 1994, lo que a juicio del árbitro es demostrativo de un traspaso, al menos parcial del contrato, lo cual importa una infracción a la cláusula séptima del mismo.

37º.- XXX demanda a fs. 79 la restitución del cheque de garantía por \$ 800.000 y pide se declare que la boleta de garantía por anticipo referida en la cláusula novena del subcontrato por la suma de \$ 12.500.000.- carece de causa al haber realizado XXX obras por una suma muy superior, por lo cual debe devolverse por la Oficina La Reina del Banco de Santiago. La parte de ZZZ, pide se rechace tal solicitud a fs. 130, invocando las cláusulas novena y décima del subcontrato.

En resumen ZZZ observa al respecto:

- a) De acuerdo a la cláusula décima del subcontrato, el mandante entrega a XXX un anticipo por \$ 17.000.000.
- b) Para garantizar tal anticipo, XXX entrega a su vez boleta de garantía por \$ 12.500.000.- y cheque por \$ 4.500.000.-
- c) El anticipo de \$ 17.000.000 representó el 21,86% del total de la obra contratada, ascendente a \$ 77.738.080 más IVA.
- d) La referida suma de \$ 17.000.000, constituye el valor rebajado a XXX por ZZZ, para pagarse ésta del anticipo en los respectivos estados de pago.
- e) Llegado el vencimiento de los primeros 60 días de la boleta, XXX amortizó \$ 3.904.357, pagando ZZZ el resto.
- f) De acuerdo a la constancia de fs. 19, se renovó la boleta reemplazándola por otra, por la misma suma y además por un cheque de \$ 800.000.- devolviéndose el anterior por \$ 4.500.000.-, reiterándose por ambas partes que la documentación constituía garantía por pago del anticipo,

38º.- A fs. 25 de estos autos la parte demandante solicitó como medida prejudicial precautoria la suspensión del pago de la boleta de garantía antes referida por \$ 12.500.000, medida que es acogida a fs. 29.

39º.- A fs. 73 en la incidencia sobre la mantención de la medida, XXX advierte que “ésta solo dispone la suspensión del pago de la boleta y no la improcedencia del pago que es otra cosa. Esto último le corresponderá al árbitro señor Manuel Guzmán Vial ya nombrado por las partes, según consta de autos, a quien se le ha atribuido la competencia para ello. Por consiguiente, la mantención de la medida decretada por V.S. no obsta su carácter provisional precisamente porque el Sr. Árbitro nombrado puede ordenar otra cosa conociendo del fondo”.

40º.- La cláusula novena del subcontrato se refiere a la boleta original de \$ 12.500.000., agregando que “el saldo del anticipo será caucionado por cheque, llenado por un monto de \$ 4.500.000”. En el inciso segundo de esa cláusula novena, se expresa que una vez efectuada la liquidación de la obra, el contratista entregará la garantía bancaria correspondiente al cinco por ciento del monto total de la obra por buena y oportuna ejecución de los trabajos. En dicho acto el mandante reintegrará la retención efectuada a cada uno de los E.P.Q. equivalente al 5%. Declaración semejante aparece en las Bases Administrativas Artículo 513 denominada garantía adicional (Cuaderno de documento N° 1).

41º.- A fs. 19 se agrega al expediente un documento en que las partes dejan constancia que con esa fecha —17 de marzo de 1994— se realizó el cambio de las garantías que caucionaron el anticipo otorgado a la empresa XXX por la ejecución del proyecto I. S.A., los cuales están de acuerdo con el contrato suscrito entre ZZZ y la Constructora.

En dicho documento se individualiza la boleta N° 7477 (fs. 18). Al final del documento se reitera que ambos “caucionaban la garantía al anticipo entregado a la Constructora XXX otorgado de acuerdo a contrato”.

Además la propia boleta aludida deja constancia “que ha sido tomada para garantizar el cumplimiento de anticipo proyecto I. S.A.”, (fs. 18).

42º.- De todo lo anterior, no cabe sino concluir que suspendido el pago de la boleta por obra de la medida prejudicial precautoria, corresponde ahora aplicarla al anticipo deduciendo la suma devuelta por XXX por la vía de retenciones, todo lo cual se especificará más adelante.

43º.- En cuanto a la incidencia patrimonial de los rubros referidos en el considerando 34, el fallador, como se dijo, acepta el informe pericial, y al efecto estima que XXX debe pagar a ZZZ, como indemnización por las obras defectuosas, y además por devolución de anticipo los siguientes valores, determinados en Unidades de Fomento:

- a) Demolición radier: 74,86
- b) Recuperación base máquina: 377,60
- c) Reparación fundaciones eje B.D.1: 256,71
- d) Zarpa perimetral: 27,70
- e) Rellenos interiores: 288,66

1994 - 2000

- f) Rellenos exteriores: 96,72
- g) Retiro de escombros: 12,83
- h) Multas por atraso: 146,88
- i) Devolución anticipo: 1.889,36

TOTAL 3.171,32

44º.- Siguiendo las conclusiones a que llega el peritaje, en cuanto a las peticiones formuladas por XXX cabe aceptar las siguientes partidas.

- a) Retenciones practicadas por ZZZ en los estados de pagos de Nos. 1, 2, 3, 4, y 5, incluyendo IVA UF. 154,46.
- b) Falta de pago del estado de pago N° 5, U.F. 290,96;
- c) Reintegro del costo de la boleta de garantía tomada por XXX, U.F. 15,75.
- d) Abonos el anticipo, incluyendo IVA, 675,57

Estos rubros suman UF. 1.136,34, IVA incluido.

Se hace presente que atendiendo a lo expresado por el perito Sr. H.R., fs. 488, puntos I letras C) y D) se niega lugar, al pago de los estados de pago Nos. 6 y 7.

45º.- Atendiendo a los valores indicados anteriormente, a título de indemnización por obras defectuosas y devolución de anticipos, XXX debe pagar a ZZZ U.F. 3.171,32 (Considerando 43) y a su vez ZZZ debe a XXX. (Considerando 44) U.F. 1.136,34, correspondiendo en definitiva a XXX pagar a ZZZ la suma de U.F. 2.034,98.

46º.- Existen en el debate de este litigio otros rubros que se imputan recíprocamente las partes que serían constitutivos de infracción al subcontrato y a los cuales el árbitro no da lugar, por considerarlos sin fundamento suficiente o no haber sido probados. Tal es el caso en la demanda de XXX por incumplimiento o desconocimiento de las órdenes impartidas por el coordinador o indicaciones de la inspección técnica; falta de ZZZ a los programas de trabajo presentado por XXX; no designación por ZZZ del inspector técnico de la obra; pago de obras extraordinarias realizadas por XXX; no entrega de tres juegos de copias de planos; alteración del plazo de

ejecución de la obra por incumplimiento de ZZZ; incumplimiento de éstos del calendario de pagos; restitución de los estados de pagos Nos. 6 y 7 (puntos 1 letras C) y D) del peritaje) y pago por lucro cesante atendiendo en este último rubro a su improcedencia por los incumplimientos en que incurrió XXX.

A su vez en igual situación se encuentran los siguientes rubros invocados por ZZZ: Falta de acatamiento por parte de XXX de los documentos técnicos por los cuales debió regirse la demandante, salvo los que expresamente este fallo acepta; no cumplimiento de la obligación de entregar copias al mandante y mantener en la obra personal técnico y administrativo idóneo para la ejecución de los diferentes trabajos y dar cumplimiento a las leyes laborales.

47º.- En relación con lo dispuestos en los considerandos 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45, procede que se aplique por el Banco de Santiago, la boleta N° 7477 (fs. 18) para hacer efectiva la devolución del anticipo en una suma igual a la diferencia entre el anticipo original y la suma devuelta por XXX por la vía de las retenciones que según se ha dicho alcanza a UF. 1.889,36.

48º.- En cuanto al cheque por \$ 800.000.- en poder de ZZZ debe serle restituido a XXX por ser un documento inapto para constituirse en una garantía.

49º.- La parte de XXX ha objetado el informe del perito Sr. H.R., según lo que expresa en escrito que rola a fs. 512. Una de las objeciones que formula es no haber citado el perito a las partes al acto de reconocimiento previsto en el procedimiento pericial en los artículos 417, 418 y 419 del Código de Procedimiento Civil.

Efectivamente el perito no citó a las partes para practicar el reconocimiento, circunstancia que no fue reparada por el árbitro, atendiendo a que consideró innecesaria esa diligencia, pues con motivo de la asesoría pericial que dispuso el árbitro del perito Sr. H.R. en las actuaciones de conciliación, se constituyeron en S.E.H. N° 1175, el árbitro, los abogados Sres. H.P. y J.P.R., el perito don H.R., el ingeniero don G.C. y el representante de la demandante don F.L.

Las partes recorrieron el lugar y tuvieron la oportunidad de hacer las observaciones que le parecieran pertinentes, por lo cual resultaba innecesario volver a repetir la diligencia, de reconocimiento en los términos que se pretende.

Por lo demás, dado el carácter de árbitro arbitrador en el procedimiento que le asiste al árbitro, según convenio de que dan cuenta las diligencias de fs. 65, 91 vta. 115 y 116 y lo prescrito en el párrafo 2 del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, por tener ese carácter, el arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos otras reglas que las partes hayan acordado expresamente en el acto constitutivo del compromiso y por último dado las normas que consulta el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, ha entendido el árbitro que no procedía promover la gestión de

reconocimiento, ni el perito estaba obligado a citar a las partes para practicar esa diligencia.

50º.- Conviene precisar en este fallo la situación del perito don H.R.P., en cuanto a los honorarios percibidos y los que a juicio del árbitro, restan por pagar.

El Sr. H.R. a fs. 439 le dirigió al árbitro una comunicación de fecha 21 de junio de 1997, en que declara haber recibido por su gestión en la etapa de la conciliación la suma de \$ 300.000, cobrando por el total de ese trabajo previo la suma de \$ 660.000.

Además cobra por el informe definitivo la suma de \$ 1.000.000.

Las partes han pagado, según consta a fs. 481, 482, y 484, por el trabajo previo la suma pedida de \$ 660.000.

En cuanto al peritaje definitivo, y de acuerdo a la resolución del árbitro de fs. 468, se dispuso por el árbitro que las partes consignaran prudencialmente la suma de \$ 250.000 cada una, valor que enteraron ambas partes.

Resulta así que a título de honorarios por la etapa de conciliación el perito Sr. H.R. recibió \$ 660.000 y a título provisional por el informe definitivo \$ 500.000.

Resta determinar el valor total por este último informe, que el árbitro determina en \$ 1.000.000, por lo que cada parte debe consignar el saldo que falta por pagar ascendente a la suma de \$ 250.000 para cancelar así el total del honorario del perito don H.R.P.

En mérito de las consideraciones precedentes y de la prescrito en los artículos 19, 20, 1437, 1438, 1445, 1470, 1473, 1479, 1489, 1545, 1551, 1552, 1556, 1560, 1562, 1563, 1564, 1566, 1698 y 2116 del Código Civil, 628, 636, 637 y 640 del Código de Procedimiento Civil, 222, 223, 232, 234 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de Santiago, se resuelve:

- 1º.- Acoger parcialmente la demanda de XXX sólo en cuanto corresponde que ZZZ le pague las partidas indicadas en el considerando 44, que suman en pesos la cantidad equivalente a UF. 1.136,34.
- 2º.- Negar lugar al resto de las peticiones hechas por XXX, atendiendo a que esta parte infringió el subcontrato de construcción de fecha 4 de enero de 1994, especialmente en lo relativo a la ejecución de una obra que resultó defectuosa, en la forma dicha en este fallo, y al traspasar parcialmente el subcontrato a un tercero.

- 3º.- Dar lugar parcialmente a la reconvención de ZZZ accediendo a declarar resuelto el subcontrato de 4 de enero de 1994, con indemnización de perjuicios que deberá pagar XXX en el monto de UF 3.171.32, pero atendiendo a que ésta tiene derecho a percibir de ZZZ, la suma de UF 1.136,34, en definitiva, el valor que deberá pagar XXX a ZZZ que suman en pesos la cantidad equivalente a UF 2.034,98, más un interés anual del siete por ciento.
- 4º.- Según se ha dicho en el considerando 47 de este fallo, la boleta de garantía N° 7477, se aplicará por el Banco de Santiago para hacer efectiva la devolución del anticipo en una suma igual a la diferencia entre el anticipo original y las sumas devueltas por XXX por obra de las retenciones ya dichas, que el perito ha fijado en UF 1.889,36 y que el árbitro acepta.
- 5º.- ZZZ, deberá devolver a XXX el cheque por \$ 800.000.- que mantiene en su poder según lo dicho en el considerando 48.
- 6º.- Cada parte pagará sus propias costas por no haber sido ninguna de ellas totalmente vencidas en este litigio.
- 7º.- El árbitro fija el monto de su honorario como saldo pendiente en \$ 4.000.000, correspondiendo a cada parte la suma de \$ 2.000.000.
- 8º.- A su vez cada parte deberá pagar como saldo del honorario del perito don H.R.P., la suma de \$ 250.000, según lo expresado en el Considerando 49.
- 9º.- En cumplimiento de lo prescrito en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, cada parte deberá pagar por tasa de administración la suma de \$ 300.000.
- 10º.- Por último, también cada parte deberá pagar a la Sra. Actuaria doña Elia Osorio Guzmán la cantidad de \$ 360.000

Pronunciada la sentencia precedente por el árbitro don Manuel Guzmán Vial.

---

NOTA: Esta sentencia fue objeto de recurso de queja interpuesto para ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. La corte confirmó la sentencia arbitral de primer grado.