

“M. E. A. (XXX) CON C. P. S.A. (ZZZ)”

ÁRBITRO ARBITRADOR: SR. EUGENIO SILVA BEZANILLA

25 DE JULIO DE 1997
Rol 13-95

SUMARIO: Arrendamiento de servicios para ejecución de obras materiales. Término anticipado. Consecuencias - daño emergente - perjuicio indirecto - lucro cesante. Determinación.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Don M. E. A. (XXX), presentó demanda en contra de C. P. S.A. (ZZZ), señalando que ZZZ habría puesto término intempestivamente y sin fundamento a dos contratos celebrados entre las partes; y a que no le habría pagado el valor de algunos trabajos ejecutados en cumplimiento de tales contratos. Dice que el 24.02.93 celebró con ZZZ el contrato 26/93 relativo a “Trabajos de Mantenimiento” y de Reparaciones, varias en Planta Cal y que el 25.10.93 las partes convinieron en el contrato N° 288/93 relativo a “Trabajos de Mantenimiento y Reparaciones de todos los Captadores de Polvo de la Planta”.

Con motivo de estos incumplimientos, XXX solicita que se ordene a ZZZ que pague las facturas que se encuentra impagas y que indemnice los perjuicios que le ha producido la terminación anticipada de la vigencia de los contratos.

Por su parte, ZZZ presentó demanda reconventional en contra de XXX, en la que expresa que con motivo de la auditoría interna realizada a los contratos 26/93 y 288/93 se detectó que el señor XXX: a) ha cobrado a ZZZ y éste le pagó un exceso injustificado en todos los precios por trabajos ejecutados, que no se referían a los descritos en el contrato 26/93; b) debe restituir el precio facturado y pagado por ZZZ, por la ejecución del trabajo de reparación de una que el actor no ejecutó; c) debe indemnizar a ZZZ los perjuicios que le causó el hecho de haber abandonado en forma intempestiva la ejecución de los trabajos del Contrato 288/93; y d) debe devolver a ZZZ el valor correspondiente a ventas que el actor hizo a ZZZ de equipos, máquinas y herramientas que, además de no ser aptos, el señor XXX no ha entregado a ZZZ.

DOCTRINA: Es, pues, un derecho inherente al arrendador de servicios para la ejecución de obras materiales, el de poder poner término anticipado al contrato celebrado con el arrendatario —artífice o contratista— al solo arbitrio del primero. Esta facultad se fundamenta en que a tal contrato le pertenecen características del mandato, que es siempre revocable, y a que es un contrato que se celebra en consideración a la persona del contratista: es personalísimo.

Pero tal atribución, si se ejerce, obliga al arrendador a indemnizar al arrendatario en la forma que señala la citada norma del artículo 1999 del Código Civil.

No obstante, si el derecho de poner término anticipado a la vigencia de un contrato de esta naturaleza, se ejerce a causa o como consecuencia de un acto u omisión culpable o dolosa, imputable al arrendatario, se sigue, por aplicación de las reglas generales de los contratos, que al arrendatario no le asistirá el derecho a ser indemnizado de los eventuales perjuicios que la terminación anticipada le hubiere podido causar.

Nadie puede beneficiarse de su propio dolo o de su propia culpa.

SENTENCIA ARBITRAL:**VISTOS:**

PRIMERO.- En relación con la demanda de XXX en contra de ZZZ:

Por instrumento privado suscrito el 24.02.93 (fs. 147) ZZZ encomendó a XXX —el contratista—, quien aceptó, la ejecución de los trabajos básicos relacionados con la Mantenición y Reparaciones varias en Planta de Cal de ZZZ, contrato al que se le asignó el número 26/93.

Las partes convinieron que todas sus obligaciones y derechos se rigieran por lo pactado en dicho contrato; por las normas y documentos de las Bases Administrativas Especiales, en adelante B.A.E., que rolan de fs. 9 a fs. 14; por las Bases Técnicas (B.T.) (fs. 15 a 28) y sus anexos: # 1 Formulario de Itemizado de Valores Cotizados (fs. 29 a 34); # 2 Especificaciones Técnicas Especiales (fs. 35 a 49) y el Formulario de Cotización del Contratista (fs. 50 a fs. 54).

Las B.A.E. establecen, en lo que aquí interesa, normas sobre la vigencia del contrato que se fija en 3 años; en que ZZZ podrá ponerle término de acuerdo con el Punto 2.22 de las Bases Administrativas Generales para contratos, cuyo texto rola de fs. 123 a 142; en que el pago se hará contra facturaciones mensuales mediante Estados de Pago correspondientes a los trabajos encomendados bajo el sistema de emisión de Órdenes de Trabajo a Contratistas (O.T.C.); y en que los valores de precios unitarios cotizados comprenden principalmente los costos, por mano de obra, de materiales cuando corresponda, de transporte, utilidades y cualquier otro gasto del Contratista.

Según las B.T. el objeto del contrato fue asignar al Contratista la ejecución de trabajos que se señalan en el Itemizado de fs. 29 a 34 y que se le encomienden por ZZZ mediante el formulario de O.T.C., cuyo mecanismo de emisión depende de la iniciativa de ZZZ.

Ante la eventualidad de realizar un trabajo que no esté especificado en el Anexo # 1, se establece un mecanismo de cotización independiente.

Se obliga al contratista a mantener destinado, como mínimo en la Planta, al personal calificado de un supervisor, y un experto en prevención de riesgos; y que dispongan, como mínimo, de dos mecánicos calificados, de un soldador al arco, cuatro auxiliares o ayudantes, todos ellos durante los turnos de 08:00 a 16:00 horas de lunes a sábado, pudiendo prolongarse de acuerdo a las necesidades operacionales.

Si existieren trabajos para ser realizados fuera de horarios, el contratista a solicitud de ZZZ, deberá disponer del personal para el trabajo y turno requeridos.

Para la realización del servicio, se sugiere que el Contratista disponga como mínimo de: 1 camioneta de 1.000 kg. doble cabina año 90 en adelante, para poder transportar los materiales desde la bodega o taller hasta el lugar de trabajo; Equipo Oxicorte, llaves, juego de dados de diversos tipos y varias herramientas que se detallan. El Contratista entregó la descripción de los equipos, maquinarias e instalación de faenas en documento que rola a fs. 273.

El Contratista quedó obligado a tener una instalación de faenas permanente; su personal quedó impedido de usar los servicios higiénicos, duchas, comedores y lugares de cambio destinados al personal de ZZZ.

Quedó obligado a tener un Libro de Obras y de asistencia diaria para comunicar por escrito sobre los trabajos que se están ejecutando.

Por último, se obligó a proporcionar todos los elementos y ropa de seguridad para su personal, con nombre y logotipo de la empresa.

ZZZ quedó obligado a: Aportar una grúa de pluma con operador; Elaborar las O.T.C.; Controlar la información registrada en el Libro de Obra, a través del Supervisor Coordinador; Controlar, coordinar y recepcionar los trabajos encarados en cada O.T.C.; Aportar la energía y el agua fría necesarias; Entregar los materiales y los repuestos que cada trabajo requiera y que sean señalados en la respectiva O.T.C.

SEGUNDO.- Por instrumento privado suscrito el 25 de octubre de 1993 (fs. 146) ZZZ encomendó a XXX — el Contratista— quien aceptó, la ejecución de los trabajos relacionados con la Mantenimiento y/o Reparación de todos los Captadores de Polvo de la Planta, Contrato al que se le asignó el N° 288/93.

Las partes convinieron en que todas sus obligaciones y derechos se rigieran por lo pactado en dicho contrato; por las normas de las Especificaciones Técnicas (E.T.) (fs.97 a 105) y sus Anexos del 1 al 6 (fs. 106 a fs. 121); y por las Bases Administrativas para Contratos de Ejecución de Obras Materiales, preparadas por ZZZ (fs. 158 a fs. 181).

Las E.T. establecen, en lo que aquí interesa, que el objeto del contrato es asignar al Contratista la ejecución de las obras necesarias para la mantención y/o la reparación de los Captadores de Polvo instalados en P., así como proporcionar los antecedentes técnicos que permitan evaluar el trabajo solicitado; que el contrato es por precios Unitarios por un período máximo de dos años pero, en la cláusula 5ª del Contrato se pactó una vigencia de tres años a contar del 2 de noviembre de 1993; se estimó que la carga de trabajo durante la vigencia del Contrato será la que se señala en el Formulario de Cotización (Anexo # 1); se describieron los trabajos a ejecutar en el Anexo # 6; se obligó al Contratista disponer, como mínimo, de un Ingeniero Civil mecánico, de un Ingeniero Supervisor, con especialidad, también, en Prevención de Riesgos; de un Proyectista Mecánico, de un Capataz Mecánico Estructurero, de Mecánicos Especializados, de soldadores especializados, de ayudantes u oficiales mecánicos; el contratista deberá disponer de un "Container" para utilizarlo como lugar de trabajo para su personal; entregar un informe diario de los trabajos efectuados y un informe mensual; y entregar informes técnicos orientados a mejorar su gestión de mantención.

ZZZ se obligó a entregar un lugar para instalar el Container y todos los materiales y repuestos necesarios para la ejecución de los trabajos de mantención y/o de reparación de los Captadores de Polvo; y a pagar mensualmente los trabajos realizados y aprobados los que se presentarían en Estados de Pago, de acuerdo al Anexo # 5, según los precios unitarios cotizados que comprenderán la mano de obra como también los gastos indirectos del Contratista tales como gastos generales, utilidad, equipos, etc.

TERCERO.- Según consta del documento acompañado a fs. 379, con cargo al contrato N° 26/93 se ejecutaron obras de acuerdo con O.T.C. emitidas entre el 13.05.93 y el 05.09.94 para labores descritas y cotizadas en los precios unitarios de dicho contrato, que suman \$ 40.445.489.- netos, sin IVA, que considerados en Unidades de Fomento según el valor correspondiente a cada factura, representan 3.902,25 U.F.; y consta del mismo documento de fs. 379 a 384, que desde que se suscribió el mencionado contrato 26/93 el 24 de febrero de 1993, hasta el 30 de enero de 1994, o sea, durante 709 días, ZZZ emitió O.T.C. que contenían encargos al Contratista para la ejecución de obras de la más disímil naturaleza, no consideradas en dicho contrato 26/93,

pero que se estimaron como comprendidos dentro de las estipulaciones del Contrato 26/93, que sumaron \$ 119.250.383.- Este monto total considerado en la equivalencia de cada uno de los montos parciales mensuales representa 18.022,59 U.F.

Consta del listado que rola de fs. 528 a fs. 521 que durante 574 días de cumplimiento del contrato 288/93, ZZZ emitió O.T.C. que contenían el encargo al Contratista de la ejecución de trabajos cuyos montos sumaron, en moneda histórica, \$ 150.172.826. Este monto total, considerado en la equivalencia de cada uno de los montos parciales facturados, representan 13.792,99 U.F.

CUARTO.- De las estipulaciones recordadas y resumidas en los considerandos 1º y 2º y de los hechos establecidos en el precedente, se desprende:

- 4.a Que la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales de las partes corresponde a la del arrendamiento de servicios para la ejecución de obras materiales, en que la materia principal (repuestos, materiales) para tal ejecución, es proporcionada por quien encarga la obra, en este caso, por ZZZ; y, por ello, tales relaciones se encuentran regidas por las normas de los Artículos 1996 y siguientes del Código Civil;
- 4.b Que así, aparece que las partes han convenido en que ZZZ iba a encargar al Contratista, mediante la emisión de O.T.C., la ejecución de determinadas obras materiales que quedaron previa y específicamente detalladas y con precios unitarios establecidos y pactados; o que se detallarían, especificarían y avaluarían en la correspondiente O.T.C. por una labor que no estuviere previa y específicamente individualizada y valorizada, pero que ZZZ incluiría como dentro del marco de un contrato celebrado y vigente;
- 4.c Que el contratista, para la ejecución de tales obras, quedó obligado, por tres años, a mantener, a su costo, a disposición de ZZZ, una organización de profesionales y de operarios especializados, durante todos los días hábiles de las semanas de vigencia de cada contrato, entre las 08:00 y las 16:00 horas; conjuntamente con instalaciones de faenas, vehículos de transporte, maquinarias y herramientas;
- 4.d Que ZZZ, por el cumplimiento de tales obligaciones del Contratista, no quedó obligado a pagarle remuneración o renta alguna;
- 4.e Que la única retribución o renta a que el Contratista tenía derecho por el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en la letra c) y por la ejecución efectiva de los trabajos de cada O.T.C., era el diferencial o utilidad que podía ganar como consecuencia de tener costos inferiores al precio o valor que ZZZ debía pagarle por la ejecución de trabajos que le encargara mediante O.T.C. a los precios unitarios previamente convenidos; o mediante O.T.C. relativas a trabajos que se asimilarían a algún contrato vigente;
- 4.f Que, en consecuencia, no es aceptable la pretensión de ZZZ en orden a estimar que el contrato 26/93 era por labores y por un monto determinados, toda vez que, por una parte, la aplicación práctica que las partes le dieron contradice tal acerto: en efecto, del listado de fs. 379, aparece que ZZZ emitió, entre el mes de mayo de 1993 y febrero de 1995, aproximadamente 1.000 O.T.C., cuyas obras respectivas fueron ejecutadas por el Contratista.

Por otra parte, no es posible que, con un ingreso bruto estimado en \$ 36.000.000.- durante tres años, o sea, con \$ 1.000.000.- mensuales, el Contratista iba a poder mantener una organización de, por lo menos, dos profesionales y seis operarios especializados, ejecutar las obras y, todavía, percibir la justa retribución o renta a que tiene legítimo derecho. Y, por último, aparece de la propia declaración de ZZZ que, al celebrar el contrato 26/93, tuvo muy presente que las obras relativas al mantenimiento y reparaciones de la Planta de Cal iban

a ser de corto tiempo y, sin embargo, la vigencia del contrato la estableció en tres años. Así se desprende de los que se lee en fs. 375: "La limitación o precio del contrato (del 26/93) se apoyó en la estimación que hizo la Compañía de la envergadura y cantidad de trabajos que se realizarían, considerando que a la fecha de la suscripción existían políticas concretas que tendían en definitiva a paralizar absolutamente la producción en la Planta de Cal, por cuanto este producto se empezó a importar de Argentina".

De este modo, ZZZ sabía que el monto total de las reparaciones y del mantenimiento iba a alcanzar una cifra aproximada a los \$ 32.000.000.- y que ellas iban a tener que cumplirse en un corto período, lo que ocurrió ya que, según se ha recordado por el testigo don F.J.S. (339) el monto estimativo del contrato se había completado según ese testigo, en abril de 1994 y según consta del documento de fs. 379, la última factura se pagó el 05.09.94. No obstante, ZZZ fijó en las Bases y en el contrato las partes convinieron un plazo de vigencia de tres años.

Esta aparente contradicción sólo se puede armonizar si se tiene presente la intención que tuvo ZZZ al momento de celebrar el contrato, manifestada en el párrafo recién transcrito y en la aplicación práctica que ambas partes le dieron, en orden a usar este contrato y a sus estipulaciones como un marco regulatorio de las obligaciones y derechos que para ellas emanaron de cada una de las, aproximadamente, 1.000 O.T.C. que se emitieron por trabajos de reparación o de mantención de equipos o de maquinarias de ZZZ instaladas o en operación en cualquiera de sus dependencias y no sólo en la Planta de Cal.

QUINTO.- Que el actor ha estimado, por los fundamentos de su demanda que se recordaron en el Punto 1 de la parte expositiva, que ZZZ puso término intempestivo y anticipado a los plazos de tres años convenidos en los contratos; que ello le causó los daños que especificó; y pidió que el Tribunal ordenara a ZZZ a que se los indemnizara y que, además, le pagara el monto de tres facturas correspondientes a trabajos ejecutados que se encontraban impagas.

SEXTO.- Que la parte de ZZZ contestó la demanda y pidió se la rechazara, en atención a que esa terminación anticipada se debió a causas imputables al actor, que justificaron su proceder y que se resumieron en el Punto 6 de la parte expositiva de esta sentencia.

SÉPTIMO.- Que de acuerdo con la norma del Artículo 1999 del Código Civil, aplicable a los contratos 26/93 y 288/93 por los motivos consignados en el Considerando Cuarto: "... el que encargó a la obra ... podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra".

Es, pues, un derecho inherente al arrendador de servicios para la ejecución de obras materiales, el de poder poner término anticipado al contrato celebrado con el arrendatario —artífice o contratista— al solo arbitrio del primero. Esta facultad se fundamenta en que a tal contrato le pertenecen características del mandato, que es siempre revocable, y a que es un contrato que se celebra en consideración a la persona del contratista: es personalísimo.

Pero tal atribución, si se ejerce, obliga al arrendador a indemnizar al arrendatario en la forma que señala la citada norma del artículo 1999 del Código Civil.

No obstante, si el derecho de poner término anticipado a la vigencia de un contrato de esta naturaleza, se ejerce a causa o como consecuencia de un acto u omisión culpable o dolosa, imputable al arrendatario, se sigue, por aplicación de las reglas generales de los contratos, que al arrendatario no le asistirá el derecho a ser indemnizado de los eventuales perjuicios que la terminación anticipada le hubiere podido causar.

Nadie puede beneficiarse de su propio dolo o de su propia culpa.

OCTAVO.- Que por lo dicho en los tres considerandos precedentes, se hace necesario, en consecuencia, analizar y ponderar la efectiva existencia, la magnitud y la importancia de cada uno de los motivos o causas en que ZZZ fundamentó su decisión, análisis que se hará en los considerandos que siguen, referidos a los señalados en el escrito de contestación de la demanda, que se resumieron en el Punto 6 de la parte expositiva de esta sentencia.

NOVENO.- Que, antes de hacer tal análisis, es preciso dejar testimonio que en autos han quedado acreditados los siguientes hechos:

- 9.a Que para que el Contratista quede obligado a ejecutar una obra cualquiera en los contratos a precios unitarios, no sólo es necesaria la existencia de un “contrato-marco” (como lo son los contratos 26/93 y 288/93) sino que también es necesario que exista una O.T.C. emitida por ZZZ (punto 2.2. de las Bases Técnicas, fs. 16, Punto 7 de las Especificaciones Técnicas fs. 104, Anexo 5, formulario de fs. 115, Punto 21 de las Bases Administrativas Generales, fs. 173); y que esa O.T.C. emitida por un Jefe de área sea motivo de una Cotización del Contratista; que ésta se apruebe por el Jefe de área; que la O.T.C. y la cotización sean aprobadas por el Jefe del Departamento o por el Subgerente o por el Gerente de la Planta o por el Gerente Corporativo —según sea el monto del trabajo—; que, así aprobados, vuelva al Jefe de área para que active la orden de trabajo que, una vez ejecutado, es recepcionado por el Jefe de área y por el Jefe del Departamento, lo que permite al Contratista facturar el valor cotizado (Ver también Flujoograma de una O.T.C. en fs. 89) y declaración del testigo don A.V., (fs. 326 y 327);
- 9.b Que las labores que se comprenden en una O.T.C. pueden ser las que previamente quedaron especificadas y valoradas en el “Contrato Marco”, o bien, pueden también ser obras no especificadas ni valoradas en dicho contrato, que se encargan al contratista para “aprovechar la relación de trabajo ya existente” (contestación de la demanda, fs. 227), todo de acuerdo con lo pactado en el Punto 2.2. de las Bases Técnicas (fs. 16) y en el Punto 21 de las Bases Administrativas Generales (fs. 174);
- 9.c Que, además de las obras que se encargan ejecutar a un Contratista mediante las O.T.C., la obligación de él puede generarse, también, mediante un “Pedido de Materiales”, en la forma que explica el testigo don A.V. a fs. 331, quien fue Jefe del Departamento de Mantenimiento Mecánica de ZZZ desde 1988 y, como tal, de él dependían las relaciones con los Contratistas de Mantenimiento de las distintas áreas. El señor A.V. dice que: “Hay casos que por su “urgencia de realización de la labor se originan “mediante pedido de materiales”, que es firmado por “algún Jefe que tenga la facultad de ordenar la “ejecución de un trabajo urgente, de fijar y/o “convenir el precio de ejecución, aún cuando la labor “no signifique realmente la adquisición de ningún “material. Este “pedido de materiales” generalmente “va acompañado de una cotización lo que no significa “que el trabajo deba esperar para su ejecución a que “se apruebe la cotización, ya que tal cotización puede “haberse hecho posteriormente a la ejecución del “trabajo. La petición de materiales es firmada por el “jefe que tenga la facultad de contratar adquisiciones “o ejecuciones de obra; ella va al Departamento de “Abastecimiento para confeccionar la Orden de Compra, “la que se entrega al Contratista quien sobre la base “de la orden de compra confecciona la factura, la que “previamente a su pago debe ser aprobada por el mismo “jefe que emitió el “pedido de materiales”;
- 9.d Que XXX ejecutó todos los trabajos que le fueron encomendados mediante los sistemas recién descritos, los que fueron aprobados, recibidos, facturados y pagados;
- 9.e Que, según lo declara el testigo don F.J.S. (fs. 338 y siguientes), el Gerente de ZZZ pidió al señor F.J.S. —quien es Jefe del Departamento de Auditoría interna— a fines de 1994, que investigara determinados procedimientos en que tenía participación don L.M. que entonces era Subgerente de Mantenimiento de

la Planta, los que habían sido encontrados poco claros; que de esas investigaciones emitió un informe, en el que se incluía también la investigación que él habría hecho relativa a la inexistencia de unos trabajos de reparación de la Grúa Clinker, facturados y cobrados por XXX; que el aludido informe se mantuvo secreto y fue conocido solamente por los ejecutivos que tenían poder de decisión; que amplió sus investigaciones y entregó un nuevo informe a fines de febrero de 1995; que tal ampliación de las investigaciones se hizo en forma abierta por lo que el testigo supone que ellas —no el informe— fueron conocidas por los contratistas;

- 9.f Que, con motivo de tales investigaciones, el señor A.V. en su calidad de Jefe del Departamento de Mantenición Mecánica, el día 01.02.95, envió al señor F.P. un memorándum mediante el cual le informaba que se había “suspendido la generación de O.T.C. cargada al Contrato 26/93 de modo tal que este contrato queda definitivamente fuera de uso, como debiera ser”.

De este modo, en ese día, ZZZ puso término al contrato 26/93, ya que decidió no emitir nuevas O.T.C. El cumplimiento de tal decisión queda acreditado con el análisis del documento de fs. 379 a fs. 384 en el que, al final, figuran cuatro facturas con fecha 6 y 9 de febrero de 1995 y ocho, al término, todas con fecha 25.05.95, que corresponden a O.T.C. emitidas con anterioridad al 01.02.95. Por lo demás, XXX declara, en la carta enviada el 12.07.95 al señor A. H. que en copia rola a fs. 12 del Tomo III de Documentos, que “sin mediar los plazos establecidos en las mismas Bases Administrativas de esa Empresa u otra causal, don A.V., en su calidad de Jefe del Departamento de Mantenición Mecánica, me informó en el mes de enero del año en curso, que se me exigía en forma inmediata el fin de las faenas correspondientes a este contrato (el 26/93)”;

- 9.g Que el Contratista durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 1995, siguió recibiendo O.T.C. emitidas para realizar trabajos contemplados en el contrato 288/93, lo que se acredita en los listados de fs. 433 y sgtes., acompañado por ZZZ y de fs. 518 y sgtes. acompañadas por XXX;
- 9.h Que XXX, según se lee en la carta del 12.07.95, afirma que el 30.05.95 el señor A.V., “sin mediar causal alguna ... me comunica de la resolución de finalización de faenas (del contrato 288/93) y me envía a conversar con el señor R.S. quien actúa como portavoz de la Empresa para estos efectos. En conversación sostenida con el señor R.S. en presencia del señor G.R. me confirmó la información proporcionada por el señor A.V.”;
- 9.i Que el señor A.V., a fs. 328, niega al haber dado tal orden a XXX en mayo de 1995;
- 9.j Que el día 18.07.95 XXX ingresó en la Corte de Apelaciones de Santiago, para su distribución, una petición para proceder a la designación de un árbitro que conociera de las dificultades surgidas relacionadas con los contratos 26/93 y 288/93;
- 9.k Que don A. H., en carta fechada el 27.07.95, dirigida a XXX (fs. 17 del Tomo II) le comunicó:

“La presente tiene por finalidad formalizar nuestra decisión de poner término a los contratos de Mantenición y Reparación signados 26/93, de fecha 24 de febrero de 1993 y 288/93 de fecha 23 de octubre de 1993, cuyas faenas ustedes han suspendido de hecho, por aplicación de las causales previstas en las letras c, d y e del numeral 23 de la Bases Administrativas Generales para Contratos de Ejecución de Obras y de las causales 5.6, 5.7 y 5.8 en las Especificaciones Técnicas de la Licitación “Mantenición y/o Reparación de Captadores de Polvo”, entre otras.

Con motivo de proceder a realizar los ajustes y liquidaciones por termino de contrato, le solicito contactarse con el señor R.S.B.

9.1 Que en las letras a), b) y c) del numeral 23, titulado "Término Anticipado del Contrato" de las Bases Administrativas Generales se lee:

- "c) Paralización injustificada de las obras por más de 7 días corridos.
- "d) Cualquier incumplimiento total o parcial por parte del Contratista de las obligaciones que ha contraído en virtud de los Documentos del Contrato.
- "e) Por incumplimientos reiterados del Contratista de instrucciones impartidas por el administrador, relacionadas con la ejecución de los trabajos contratados".

Y en las Especificaciones Técnicas del Contrato 288/93 se lee:

"5.6. Deberá entregar un informe diario de trabajos de mantención, según formulario descrito en Anexo N° 4.

Este informe deberá ser entregado al coordinador del contrato a las 08:00 horas de cada día.

"5.7. Deberá entregar un informe mensual de trabajos relevantes con gastos asociados al mes, según formulario descrito en Anexo N° 3.

Este informe deberá ser entregado el último día hábil de cada mes.

"5.8. Deberá entregar informes técnicos, orientados a mejorar su gestión de mantención".

DÉCIMO.- Que, de este modo, se hace necesario analizar las causales específicas en que ZZZ fundamentó su decisión de poner término a los contratos, las que constan, documentalmente, en el escrito de contestación de la demanda, que se presentó el día 4 de marzo de 1996, que se notificó a XXX el día 12 de ese mes y año; y apreciar si ellas pueden considerarse comprendidas en alguna de las causales genéricas contractuales transcritas en el Considerando precedente.

Primeramente se analizarán las causales que son comunes a ambos contratos y, enseguida, las que son propias a cada uno de ellos.

DÉCIMO PRIMERO.- CAUSALES COMUNES A LOS CONTRATOS 26/93 Y 288/93.

11.A.- FALTA DE LIBRO DE OBRAS (FS. 228 Y FS. 230 ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA):

11.A.1.- El Punto 5.15 de las B.T. del contrato 26/93 ordena (fs. 23): "El contratista deberá tener un libro de obras y asistencia diaria, para comunicar diariamente por escrito sobre los trabajos que

se estén ejecutando en cada sección el cual presentará cada mañana al Coordinador de ZZZ”;

- 11.A.2.- En el Punto 3.7. de las Especificaciones Técnicas del Contrato 288/93 (fs. 100) se lee: “... quedando esto (los errores o rechazos de trabajos defectuosos) anotado en el Libro de Obra que tendrá el Contratista en sus instalaciones”;
- 11.A.3.- En el Punto 20 de la B.A. Generales (fs. 172) se lee: “... el Contratista llevará un Libro de Obras foliado en triplicado, de libre acceso, destinado a estampar en él comunicaciones, órdenes, resoluciones, reclamos, consultas, observaciones, aumentos de obras, etc.”;
- 11.A.4.- La parte de ZZZ afirma que tal Libro no fue llevado por el Contratista; con lo que el contratista incumplió estas normas contractuales.
- 11.A.5.- En consecuencia, tal incumplimiento puede considerarse incluido en la norma de la letra d) del numeral 23 de las Bases Generales y, por consiguiente, tal incumplimiento habría autorizado a ZZZ a poner término a los contratos, sin que de tal terminación pudiera derivarse el derecho del contratista a solicitar la indemnización de los perjuicios que le hubiere podido causar la aludida terminación anticipada;
- 11.A.6.- La parte de XXX expresa que en el principio de las relaciones contractuales con ZZZ, se llevó un Libro de Obras; y que él se abandonó en atención a que existían reuniones diarias, en las que se entregaban los informes diarios. Tal afirmación la acreditó con los dichos de los testigos F.A., a fs. 286 quien afirma: “... también existían reuniones diarias ...”; R.L., a fs. 294 quien expone que: “... en los informes diarios de los trabajos que XXX hacía y que se entregaba en la mañana siguiente al Jefe de Mantenimiento don A.V. Los informes contenían una descripción de los trabajos realizados en el día anterior y de los que se iban a ejecutar durante el mismo día en que se entregaba el informe, lo que se hacía generalmente a las 08:00 horas. La información respecto de los trabajos por realizar recogía los acuerdos de las reuniones diarias de coordinación que se llevaban a efecto a las 14:30 horas”. A fs. 298 agrega que, “...se llevaba un Libro el que nunca fue ocupado por ZZZ”.

Por su parte, el señor A.V. a fs. 332 declara que: “... nunca formuló reclamaciones por escrito formales para que XXX entregara el Libro de Obras ni los Informes Técnicos. Tampoco solicitó que aplicaran sanciones por la omisión de entrega de estos antecedentes. Recuerda que las peticiones verbales las hizo directamente a XXX y a sus empleados”.

- 11.A.7.- El Tribunal estima que la terminación de los contratos no pudo, legítimamente, fundarse en la falta del Libro de Obras, porque:
- 11.A.7.a. El Contratista ejecutó, durante todo el tiempo de vigencia de los contratos, más de 2.500 obras diferentes, cada una de las cuales fue motivo de una cotización, de una recepción y de un pago, sin que exista en autos ninguna constancia de que, a causa de la omisión de este Libro, se hubiere seguido un daño a ZZZ;
- 11.A.7.b. Que la parte de ZZZ asumió, entre sus obligaciones, la de “Controlar la información registrada en el Libro de Obras, a través del Supervisor”, obligación que no cumplió, tal como lo atestigua el propio Jefe del Departamento de Mantenimiento de ZZZ, don A.V.;

- 11.A.7.c. Que el sistema de comunicaciones escogido por las partes fue fluido y, por el constante y diario contacto, la existencia del Libro de Obras era superflua y prácticamente innecesaria; y,
- 11.A.7.d. Que la primera oportunidad en que, documentalmente, aparece el requerimiento por ZZZ del Libro de Obras, es en el escrito de contestación de la demanda, lo que el Tribunal estima ser un requerimiento extemporáneo.
- 11.A.8.- Por los motivos expuestos, el Tribunal estima que la omisión del Libro de Obras no pudo ser una causal que pudiera haber provocado la decisión de terminación anticipada de los Contratos;
- 11.B.- HABER EJECUTADO O.T.C. EN FORMA ABUSIVA, FUERA DEL OBJETO DEL CONTRATO 26/93 O POR COBRAR Y PERCIBIR VALORES EN EXCESIVOS POR TRABAJOS GLOBALES COBRADOS GENÉRICAMENTE.
- 11.B.1.- La parte de ZZZ hace consistir estas causales en que se habría ejecutado una labor de digitación de datos de movimientos de la bodega de ZZZ mediante un alumno en práctica y no por un supervisor; que la O.T.C. N° 3979 se cobró y facturó un total de \$ 722.000.- por unas obras de revisión y reparación de un equipo ventilador, en circunstancias que el trabajo se limitó al cambio de 4 pernos y a 4 pinchazos de soldadura; y que la O.T.C. N° 4232 referida a reparaciones de moldes del quemador del Horno # 1, por las que cobró \$ 790.400.- sólo significó desmontar y limpiar los moldes, por lo que sólo pudo haber cobrado no más de \$ 250.000.-
- 11.B.2.- Al respecto, las únicas pruebas que constan en autos son las declaraciones del testigo Sr. F.A. (fs. 287) que se refieren a la efectiva realización del trabajo de digitación que ocupó tres meses, que las horas hombre cotizadas se asimilaron a las de un supervisor; del testigo G.R. (fs. 303) quien hace un relato pormenorizado del origen y de la ejecución de esta labor, señalando que el código para distinguir si el valor cotizado se refería a H.H. de una u otra especialidad (ingeniero, supervisor, capataz, mecánico, soldador, ayudante) era puesto por ZZZ y no por XXX; y del testigo don G.A.M.P. (fs. 333) quien declara: "... el resultado de esa auditoría informó que había existido el cobro respecto de un trabajo de reparación de la Grúa Clinker, trabajo que efectivamente no se había realizado. Con motivo de esta comprobación también se ejecutó un trabajo de auditoría respecto de una gran cantidad de los trabajos más relevantes ejecutados con cargo a los contratos celebrados con XXX y no se encontró ninguna irregularidad, excepción hecha de una labor referente a la digitación para el ingreso de datos a un sistema computacional de la bodega de ZZZ. Esta labor fue efectivamente realizada y quien la ejecutó por cuenta de XXX fue un estudiante en práctica y se facturó las horas de trabajo de él asimilándolas al valor hora de supervisor".
- 11.B.3. Las declaraciones recién recordadas inducen a dar por establecido que los trabajos cuestionados en la contestación de la demanda, fueron ordenados por ZZZ mediante O.T.C., se ejecutaron, fueron recibidos y fueron pagados según los valores cotizados, los que fueron aprobados por ejecutivos de ZZZ con facultades suficientes. No hay en el expediente indicio alguno de la existencia de error, fuerza o dolo que hubiere viciado el consentimiento en el acuerdo de ejecución, aprobación y pago de estos trabajos.
- 11.B.4.- En consecuencia, el Tribunal declara que la terminación anticipada de los contratos no pudo fundarse en la causal enunciada en este Párrafo B), cuya existencia no ha sido acreditada.

DÉCIMO SEGUNDO.- CAUSALES ESPECÍFICAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO 26/93.

12.A.- ESTE CONTRATO FUE PACTADO POR UN MONTO DETERMINADO DE \$ 32.033.898.- MÁS I.V.A., EL QUE SE ABSORBIÓ EN EXCESO.

12.A.1.- El análisis de esta materia ya se hizo en los cinco primeros considerandos, en los que se concluyó que este contrato 26/93 fue celebrado y ejecutado para servir como “contrato-marco” para regular las contrataciones misceláneas de servicios varios que XXX prestaba a ZZZ;

12.A.2.- La interrogante que debe ser respondida, en relación con esta causal que ZZZ ha esgrimido en el escrito de contestación de la demanda —sin que la hubiera mencionado en enero de 1995 cuando el Sr. A.V. comunicó la decisión de terminar la vigencia del contrato mediante el memorándum transcrito en la letra f) del Considerando Noveno; como tampoco lo hizo presente a XXX en esa misma época consiste en determinar si el plazo de vigencia del contrato, que estaba pactado, a no dudarlo, en tres años, pudiera terminar antes de completarse dicho plazo, en el momento en que se hubieren emitido O.T.C. por obras cuyo monto total, según el valor sumado de los precios contractualmente pactados, hubiere igualado la cantidad de \$ 32.033.898.- que en él figura.

12.A.3.- La respuesta es que, aún cuando se hubiere completado, con la ejecución de obras itemizadas en el Anexo N° 1 (fs. 29 y sgtes.) y descritas en el Anexo N° 2 del contrato (fs. 35 y sgtes.), el valor de \$ 32.033.898.-, no pudo existir la causal de terminación que ZZZ considerado, porque:

12.A.3.a. En el encabezamiento del Anexo N° 1 del contrato se lee: “La lista de partidas y cubicaciones presentados en este formato son, salvo que se indique expresamente lo contrario, obligatorios para la presentación de presupuestos-oferta de los Contratistas proponentes y tienen por objeto un padrón comparativo de análisis por precio unitario y total global de ellos por parte de ZZZ, por tanto tienen sólo un carácter estimativo”.

En consecuencia, el monto total de los valores o precios unitarios consultados en el itemizado del contrato, corresponde a una estimación de las cantidades de obras consultadas en dicho Anexo N° 1 y no a un valor definitivo y único;

12.A.3.b. El contrato obliga al Contratista a ejecutar, dentro del plazo de tres años, no sólo las labores que se le ordenaran con O.T.C. cursadas para trabajos valorizados, consultados y definidos en los Anexos 1 y 2, sino también debía ejecutar aquellos que no se encontraran especificados en dichos Anexos, según se lee en el Punto 2.2. de las Bases Técnicas (fs. 16) y en el Punto 21 de las Bases Administrativas Generales (fs. 174);

12.A.3.c. Sobre la base de las estipulaciones contractuales recién recordadas, es que ZZZ encomendó y el Contratista ejecutó las obras comprendidas en más de 1.000 O.T.C., según se desprende del listado de fs. 379 a fs. 384; y,

12.A.3.d. El monto de las obras relativas a la Planta Cal se completó en abril de 1994 y la determinación de ZZZ de poner término a este contrato se materializó a fines de enero de 1995, o sea, nueve meses después, lo que, de paso, demuestra que, en lo que respecta

a este contrato, no existió el abandono de hecho de las faenas que ZZZ imputó a XXX en la carta del 27.07.95, transcrita en la letra k) del Considerando Noveno;

12.A.4.- Por estos razonamientos, el Tribunal no puede considerar que tuvo existencia contractual la causal que ZZZ ha esgrimido, en el escrito de contestación de la demanda, como justificante de su decisión de terminación anticipada de este contrato.

12.B.- EL CONTRATISTA COBRÓ PRECIOS EXCESIVOS POR TRABAJOS DISTINTOS DE LA PLANTA DE CAL.

12.B.1.- En fs. 229 vta., la parte de ZZZ fundamenta la existencia de esta causal así: "Por averiguaciones realizadas por auditoría interna mi representada ha podido establecer que el contratista cobró en exceso en un monto no inferior al 20%, todos los trabajos que se le asignaron con cargo a este ítem, que no estaban contemplados en la Oferta y Cotización, cuyo monto total ascendió a \$ 181.698.155.-";

12.B.2.- Este valor de \$ 181.698.155.- corresponde, a no dudarlo, a la suma de \$ 199.250.383.- que se informó en el Documento de fs. 379 a 384, en el que se detallan todas las facturas cobradas por más de 1.000 trabajos ejecutados en cumplimiento del contrato 26/93;

12.B.3.- ZZZ no ha rendido prueba alguna en que pudiera fundarse una decisión del Tribunal que acogiera la efectividad de la existencia de esta causal, con excepción de la sola declaración del testigo don F.J.S. (fs. 344): "... el testigo hizo un estudio con dos ingenieros de ZZZ en que analizaron solamente todas las O.T.C. o contratos imputados a este contrato 026 pero que no se relacionaban con las labores de reparación o de mantención de la Planta de Cal específicamente contratados en el contrato 026. De este estudio resultó que, comparando el valor real de mercado de las labores contenidas en cada O.T.C. con el valor cobrado efectivamente por ellas, éste último mostró una sobre valorización de entre 20 y 23% en promedio";

12.B.4.- A estos autos no se han acompañado los informes a que alude el testigo.

12.B.5.- El testigo don J.L., a fs. 293 expresa: "En relación a la apreciación de los auditores de que los precios de XXX eran caros la explica el testigo haciendo presente que se referían los auditores a labores no relacionadas con el contrato 026 sino que a trabajos que ZZZ le encomendó y que para facilidad interna de manejo administrativo, financiero y contable los cargaba como de la competencia de la órbita del contrato 026. Efectivamente, estos eran trabajos no relacionados con los ítem del contrato 026 y que se ejecutaban después de que ZZZ pedía cotizaciones por la misma obra a XXX y a otros contratistas. El testigo declara que respectos de estos trabajos puede haber existido cotizaciones de contratistas de montos inferiores a los cotizados por XXX, sin embargo de lo cual ZZZ los adjudicó a XXX. Explica que el mayor valor de ejecución que tiene XXX en relación con esos otros contratistas se debía a que la infraestructura técnica y administrativa de XXX era evidentemente más costosa que la de algunos de esos otros contratistas o proponentes.

12.B.6.- El Tribunal ha examinado una gran cantidad de las descripciones de los trabajos contenidas en las cotizaciones y en las O.T.C. que se indican en el listado de fs. 379 a 384. Tales descripciones son tan genéricas que harían imposible que alguien pudiera, razonablemente, estimar cuál sería el "valor real de mercado" que correspondería a la ejecución de los trabajos o labores cotizadas,

ordenadas ejecutar, recibidas, facturadas y pagadas a que se refirió cada O.T.C. y su correspondiente factura. En ninguna de ellas se hace presente, por ejemplo, el número de trabajadores que debían intervenir, la cantidad de horas ocupadas, si los trabajos se ordenó ejecutar en días laborales o festivos o dentro del horario normal o fuera de él, etc.;

12.B.7.- Cada O.T.C., su cotización, su aceptación y su pago, muestra la celebración y el cumplimiento de un contrato autónomo de arrendamiento de servicios, que quedó sujeto a las normas generales contenidas en el Contrato 26/93. En consecuencia, para que pudiera aceptarse la existencia de esta causal, habría sido necesario que ZZZ hubiera demandado la nulidad de cada uno de los contratos en que hubieren existido los sobreprecios que se han mencionado, por haberle afectado algún vicio del consentimiento de error, fuerza o dolo, imputable al Contratista; y, consecuentemente, hubiere debido demandar su rescisión y la consiguiente indemnización de perjuicios. Si no se ha demandado ni declarado tal nulidad, no puede existir la obligación de XXX de indemnizar los perjuicios que tal nulidad hubiere causado a ZZZ, equivalente al monto del sobreprecio que se hubiere cobrado en exceso, como consecuencia del error, fuerza o dolo imputable a la parte de XXX.

Tal demanda debió y pudo ser deducida a partir del mes de enero de 1995, fecha en que, según el testigo señor F.S., se habría comprobado la existencia de los aludidos sobreprecios en la auditoría que él hizo;

12.B.8.- En consecuencia, por los motivos anteriores, el Tribunal declara que no puede aceptarse esta causal de los eventuales sobreprecios, como justificante de la decisión de poner término al Contrato 26/93.

DÉCIMO TERCERO.- CAUSALES PROPIAS DEL CONTRATO 288/93.

13.A.- NO HABER CONFECCIONADO NI ENTREGADO INFORMES TÉCNICOS ORIENTADOS A MEJORAR SU GESTIÓN DE MANTENCIÓN HACIENDO SUGERENCIAS PARA MEJORAR LOS SISTEMAS DE CAPTACIÓN DE POLVO.

13.A.1.- ZZZ hace notar que esta obligación quedó establecida en los Puntos 5.6, 5.7 y 5.8. de las Especificaciones Técnicas del Contrato, las que se transcribieron en la letra l) del Considerando Noveno de esta sentencia y en el Punto 2.4. de esas E.T.; y que fueron mencionados por ZZZ como fundamento de su decisión de terminación de este contrato en la carta enviada a XXX el 27.07.95, que se transcribió en la letra k) del mismo Considerando Noveno.

13.A.2.- La parte de XXX ha argumentado que, si bien los aludidos informes no se hicieron, afirma que, en sustitución se hicieron sugerencias, en muchas oportunidades, en las reuniones diarias, relativas a las orientaciones que debían contener tales informes.

13.A.3.- ZZZ, a fs. 256, precisó que el incumplimiento del Contratista no se refiere a los informes diarios o mensuales —aludidos en los Puntos 5.6 y 5.7 de las B.T.— sino solamente a los informes técnicos mencionados en el Punto 5.8 de la B.T.

13.A.4.- En el Punto 4.2 de las B.T. se impone la obligación al Contratista de hacer “sugerencias para llevar a cabo mejoras en los sistemas de Captación de Polvo”; y, en el Punto 5.8., se le impone la de “entregar informes técnicos, orientados a mejorar su gestión de mantención”.

Es evidente que las mejoras de los sistemas las debe hacer ZZZ; que las sugerencias las debe hacer el Contratista, pero no se dice en la B.T. la periodicidad y forma en que deben formularse; y que la gestión de la mantención la hace el Contratista, de tal modo que no se ve con claridad la necesidad de que el Contratista emita informes para mejorar su gestión, no la de ZZZ.

13.A.5.- Aún en el caso que se interpretara —con la redacción que tiene el Punto 5.8— que el Contratista

debió emitir tales informes y entregarlos a ZZZ, en el entendido que tales informes debieran incluir las “sugerencias” a que se aluden en el Punto 2.4 de la mismas B.T., no es posible dar por establecido que en la omisión de tales informes pueda configurarse una infracción al contrato si se tiene muy en cuenta que: a) ni en las B.T. ni en ningún documento del Contrato se establece periodicidad u oportunidad en que se debieron emitir tales informes; y, b) no existe en autos ninguna prueba relativa a si en alguna oportunidad se haya pedido al Contratista la confección y entrega de tales informes.

13.A.6.- En consecuencia, el Tribunal declara que la determinación de ZZZ de terminar anticipadamente el contrato no pudo haberse fundado en el no cumplimiento, por el Contratista, de una obligación que no le fue nunca requerida y que debe considerarse inexistente por la falta de precisión con la que está concebida en las B.T.

13.B.- HABER FACTURADO Y COBRADO UN TRABAJO DE REPARACIÓN DE LA GRÚA CLINKER, QUE NO SE REALIZÓ, USANDO PARA EFECTUAR LA FACTURACIÓN UN PROCEDIMIENTO CONTRARIO AL ESTABLECIDO EN EL CONTRATO.

13.B.1.- La Parte de ZZZ, a fs. 230 vta. de su escrito de contestación de la demanda, expresa que otro motivo para poner término al contrato 288/93 consistió en que, usando de un sistema no establecido en el contrato para generar un trabajo distinto de las ya mencionadas O.T.C., el Contratista habría facturado y cobrado \$ 3.500.000.-, simulando mediante los documentos contemplados en este indebido sistema, haber ejecutado trabajos en la Grúa Clinker, que no ejecutó.

Dice que el Contratista emitió la factura N° 862 el 16.11.94 aludiendo en ella al “Pedido de Materiales” (P.M.) 2395/94 y expresando que se refería a “trabajos de emergencia”. Agrega que en el P.M. se expresó que el trabajo se realizó el 01.11.94, es decir, 10 días antes de la emisión del mismo “P.M.”; y que no pudo referirse a un “trabajo de emergencia” ya que los trabajos que se describieron en ese “P.M.”, “se refieren a trabajos programados que deben activarse con una O.T.C. previa, según el procedimiento convenido”.

Manifiesta que mediante una auditoría interna, en la que se analizó el procedimiento empleado y los antecedentes del caso, se concluyó que el trabajo facturado y cobrado en la factura 866, no se ejecutó.

En efecto, tal demostración ZZZ la dedujo de los siguientes hechos:

13.B.1.a) No aparece la ejecución de estos trabajos en el Informe Diario de los trabajos de Mantenimiento que entregaba XXX, correspondiente a ese día 01.11.94; y

13.B.1.b) No aparece ninguna mención de su realización en los Libros de Novedades de los tres turnos de ese día en el Libro del Área Eléctrica, ya que, de haberse realizado los trabajos, debió haberse considerado la suspensión total de la energía eléctrica; ni en el Libro de Área Mecánica; ni en el Libro de la Unidad de Control de Operaciones de ZZZ (C.O.P.), recalcando que “el control que se realiza a través de esta unidad centralizadora es absolutamente fidedigno por cuanto procesa información por circuito audiovisual, computacional y por registro de datos de supervisores, manejando todo el flujo productivo de la Planta”.

Finalmente, hizo presente que ZZZ imputa al Contratista esta grave conducta de no haber mantenido el procedimiento contractual y haberse beneficiado con el cobro de una factura emitida por trabajos no ejecutados.

13.B.2.- La parte de XXX, a fs. 244 vta. califica de calumniosa la imputación que se le hace, con la relación por ZZZ de los hechos mencionados en el punto precedente.

Señala, en lo que respecta al procedimiento, que la subgerencia de mantención mecánica generó un P.M. y si luego se cambió por una Orden de Compra, no es una cuestión que sea imputable y de responsabilidad del Contratista.

Dice que esta reparación fue de emergencia, por los motivos que se señalaron en el informe que XXX emitió con motivo de este trabajo, y que ella se realizó en cuatro días.

Expresa que los informes diarios sólo se refieren a los trabajos normales comprendidos en el contrato a largo plazo; y no a los trabajos de Contratos de Obra o a los generados por órdenes de Compra puntuales, por los que se evacua un informe final.

Afirma que, por último, no era necesaria ni se requirió la intervención de las distintas Áreas en los trabajos, los que fueron ejecutados directamente por personal del Contratista.

13.B.3.- A fs. 256, la parte de ZZZ insiste en que para haber sido posible realizar los trabajos que se describen en el "Pedido de Materiales", era ineludible paralizar en forma total la Grúa y, por ende, paralizar toda la Planta. Señala que esta Grúa es el paso obligado de todo el material que se procesa en los cuatro hornos; no puede sugerirse la idea de que su paralización pasó inadvertida para los demás trabajadores que no dependían del Contratista ni menos para el Área Eléctrica y la Unidad de Control ya que requería el corte de la energía eléctrica. Y termina afirmando que "la última reparación de esta envergadura se registró el año 1993 y la realizó el mismo Contratista, paralizando la Grúa por cuatro días".

13.B.4.- Las partes, en lo que interesa a esta materia, han rendido las siguientes pruebas documentales:

13.B.4.1. Pedido de Materiales 2395/94 del 11.11.94, junto con la Orden de Compra 45.976 del 12.12.94; con la Cotización del 29.11.94, con la factura 862; y con el informe técnico de la reparación efectuada.

La parte de ZZZ ha afirmado que este informe no le llegó.

Todos estos documentos están referidos al trabajo cuestionado y rolan de fs. 50 a fs. 56 del Tomo III de Documentos;

13.B.4.2. Orden de Compra N° 37.573 de 21.10.93 junto con Cotización N° 12/93 de 15.08.93; con factura 562 del 01.10.93; y con informe técnico.

Todos estos documentos están los referidos a los trabajos de reparación de la Grúa hechos por el Contratista, en 1993, que rolan a fs. 39 a fs. 49 del aludido Tomo III;

13.B.4.3. Contrato N° 306/92 del 26.10.92 junto con anexo; con cotización del 26.10.92; con factura N° 455 del 06.10.92; y con informe técnico.

Todos éstos referidos a trabajos de reparación de la Grúa hechos por el Contratista en 1992, que rolan de fs. 26 a fs. 38 del mismo Tomo III;

13.B.4.4. Fotocopia de las hojas de los tres Turnos de todos los días del mes de noviembre de 1994 de los Libros del Área Eléctrica, del Área Mecánica y del C.O.P. que sólo muestran referencia en el día 05.11.94 relativas a un trabajo en una rueda de la Grúa;

13.B.4.5. Un set de 10 fotografías de la Grúa; y,

13.B.4.6. A petición del Tribunal, como medida para mejor resolver, fotocopias del Libro del Área Eléctrica de los tres Turnos de los días 27.11.92; 20.12.92; 23.12.92; y de los días 11.08.93, 12.08.93, 13.08.93 y 14.08.93.

13.B.5.- La parte de ZZZ ha rendido la prueba testimonial de las siguientes personas, que en lo que se refiere a las materias del presente Párrafo 13.B, han declarado:

13.B.5.1. Don F.V., a fs. 311: "Que él sabe porque se le informó cree que en el mes de abril pasado que la razón por la cual se puso término se debió a que XXX formuló un cobro por una reparación de la Grúa Clinker que él dijo se había ejecutado en el mes de noviembre de 1994. De acuerdo con el cobro y la individualización de la reparación que se dice que se efectuó, ella constituye una reparación mayor que dada la experiencia y los conocimientos del testigo, no pudo haber sido ejecutada en tres o cuatro días como tampoco pudo haberse ejecutado sin haberse paralizado las labores de producción de la Planta, toda vez que para efectuar tal reparación habría sido indispensable suspender el suministro de energía eléctrica a la grúa, con lo cual se habrían detenido todos los procesos de producción, ya que éstos están íntimamente ligados al necesario e indispensable funcionamiento permanente

de dicha grúa. Así, el testigo declara que de haber ocurrido esa reparación y esa detención, la habría conocido de todas maneras y naturalmente la habría debido anotar en el Libro de Novedades diarias a su cargo en el Área de Producción, lo que no hizo ni existe en tal libro”.

13.B.5.2. Don R.G., a fs. 316: “que el contratista tenía a su cargo la ejecución de trabajo de mantenimiento y reparaciones de equipos y maquinarias de la Planta, cada vez que se le emitía la correspondiente O.T.C.; que sabe que a ese contrato se le puso término y, que cree que fue aproximadamente en el mes de julio de 1994; sabe que se le puso término al contrato por un motivo que se acreditó como resultado de una auditoría que hizo ZZZ, que consistió en que se detectó un cobro de un trabajo correspondiente a la reparación de la Grúa Clinker, que se habría efectuado un día 1º de noviembre, que el testigo sabe que no se efectuó. Esto lo supo en una reunión de Jefes de Áreas y de supervisores de la Planta en que se comentó esta circunstancia a raíz de la cual ZZZ despidió a algunas personas que eran empleados de ZZZ. Según se dijo en esa reunión el motivo de haber echado a estas personas consistía en que ellas habían cometido sinvergüenzuras relacionadas con esta cuestión del arreglo de la Grúa Clinker y de otras obras del mismo XXX, que no recuerda cuáles fueron; y por otras actividades no claras de estos mismos ex funcionarios que no tenían relación con XXX”.

13.B.5.3. Don A.V., a fs. 329: “que si que al final ZZZ declaró la terminación anticipada, lo que hizo el 17 de julio de 1995. Sabe que esa determinación de ZZZ se debió a que se constató que el contratista no llevaba el Libro de Obra, porque hizo abandono de la faena y por otros hechos graves, fundamentalmente el hecho de haber cobrado la ejecución de un trabajo relacionado con la reparación de la Grúa Clinker, el que se demostró que no se había hecho, trabajo que habría consistido en el cambio de la rueda motriz, en el alineamiento de las ruedas y soldaduras para la reparación de las estructuras de soporte de los rieles. Sabe esto porque cuando se hizo la auditoría por personal interno de ZZZ, éste preguntó al testigo acerca de la realización de dicho trabajo en la grúa. Ante esa pregunta el testigo manifestó que si se hubiera hecho esa reparación debería estar ella anotada en los Libros de Novedades de los Jefes de Turnos mecánicos, eléctricos y de la Central de Operaciones Programadas (C.O.P.)”.

13.B.5.4. Don F.S. a fs. 342: “que efectivamente en su informe de auditoría que se entregó a fines de enero se incluía también, entre otras conclusiones, aparecía como cierto que se había efectuado la labor de reparación de la Grúa Clinker; que el informe se mantuvo en secreto y fue conocido solamente por los ejecutivos que tenían poder de decisión, quienes recomendaron continuar las investigaciones para establecer con toda claridad otras responsabilidades respecto de cualquier otro hecho que se pudiera detectar. El testigo continuó con esas investigaciones y entregó otro informe, recuerda que a fines de febrero”; y a fs. 343: “Sabe que la terminación se debió ..., porque a pesar de que a través del ingeniero de ZZZ don C.M. quien solicitó la información a Eterson a través de don V.A., nunca pudo aclarar la confusa situación de la reparación de la Grúa Clinker y de varias sobrefacturaciones que se habían notado respecto de diversas labores.

13.B.6.- La parte de XXX ha rendido la prueba testimonial de don J.L. quien, en lo que se refiere a la materia de esta Párrafo declara: a fs. 293: “Repreguntado para que diga si XXX hizo o no la reparación de la Grúa Clinker y, en el evento positivo qué trabajos y cuándo los realizó. El testigo declara que él supo de dos reparaciones que XXX había hecho a esta grúa en los meses de noviembre y diciembre de 1992 época en la que el testigo no trabajaba para XXX pero que las conoció a través de los informes que tuvo que consultar cuando se efectuó por XXX una segunda reparación en el mes de agosto de 1993 en la cual el testigo intervino. Recuerda que esas reparaciones se relacionaron con soportes, porta-rodamientos y alineamiento de las ruedas. La última reparación que XXX hizo fue la que se realizó en los últimos cuatro o cinco días del mes de octubre de 1994 en que realizó una reparación de emergencia que se refirió también a los diámetros de las ruedas, a los descansos de los rodamientos y a la reparación o alineamiento de los ejes motrices. Recuerda que estas

labores de reparación debían realizarse sólo en las horas de cambio de turno o de colación de los operadores lo que permitía trabajos de sólo unas cuatro horas diarias. Recuerda también que el valor de facturación de estos trabajos correspondió aproximadamente al valor que XXX antes había cobrado a ZZZ con motivo de las recordadas reparaciones hechas en los años 1992 y 1993. Contra-interrogado respecto de la existencia de los trabajos en la Grúa Clinker pide que aclare el testigo la contradicción que se advierte entre las tareas que dice haberseles realizado a la Grúa Clinker a fines de octubre y principios de noviembre de 1994 con la cotización entregada por el contratista en la que indica que los trabajos realizados a la Grúa Clinker estaban referidos a la instalación de equipos y accesorios, mejoramiento de soporte de cabinas con protección estructural, cambio de ruedas, nivelación de árbol de transmisión, alineamiento y nivelación de ruedas, refuerzo estructural de rieles y nivelación topográfica y puesta en marcha, que emitidas con fecha 11 de noviembre de 1994 dice haber realizado el día 1 de noviembre de 1994, es decir, con diez días de anticipación a la fecha de la cotización, responde: Respecto de los equipos y accesorios afirma que no se instalaron; respecto a los soportes de cabina, tampoco se intervino en ellas; cambio de ruedas, se hizo el cambio de una rueda motriz; la nivelación del árbol de transmisión, efectivamente se hizo conjuntamente con la nivelación de los ejes de las ruedas; el alineamiento y la nivelación, también se hicieron; en cuanto a los refuerzos de los rieles, no se hicieron; tampoco se realizó trabajo alguno a la nivelación; y por último en cuanto a la puesta en marcha puede ser una labor que se puede considerar efectuada, si después de cada reparación se hizo una entrega especial. En lo que respecta a la circunstancia de que la cotización se haya hecho 10 días después del día en que se habría realizado la labor, el testigo explica que eso se debe a que como fue una labor de emergencia derivada de una casi certeza del colapso de la correa transportadora no hubo tiempo para efectuar previamente una cotización, la que se vino hacer con posterioridad. En cuanto al valor cobrado por estos trabajos recuerda que fue un monto aproximado de \$ 3.500.000.- y que correspondía, también aproximadamente a los valores cobrados por XXX con anterioridad por labores similares realizadas en las reparaciones del año 1992 y de agosto de 1993. Para que diga si es posible que estas labores de reparación hayan pasado inadvertida en los siguientes niveles de información y comunicación de ZZZ: a) Del Informe Diario de XXX; b) Del Libro de Novedades del Área Eléctrica, porque de haberse realizado estas labores debió haberse paralizado el suministro eléctrico en forma total durante a lo menos 4 días; c) Del Libro del Área Mecánica; y, d) De la Unidad de Control de Operaciones de la Planta que funciona computacionalmente y procesa información por sistema audiovisual, que sin embargo consigna como novedad sólo el día 5 de noviembre que la rueda motriz lado mina de la grúa está trancada; documentos todos que no señalan la existencia de las reparaciones que el testigo dice que se hicieron. El testigo responde: en lo que refiere a la letra a) explica que los informes diarios sólo se referían a las labores relacionadas directamente con los ítems de los contratos 026 y 288. Cuando existían trabajos no relacionados no se informaba diariamente de su ejecución; en lo que se refiere a la letra b) el testigo declara que todas las reparaciones de la grúa se refirieron a las partes mecánicas de ellas y no a los motores u otros elementos conectados al sistema eléctrico de la Planta, de modo que no hubo necesidad de solicitar la desconexión de la electricidad; c) en cuanto al Libro del Área Mecánica el testigo desconoce la razón por la cual no se haya incluido la información de estas reparaciones en el Libro de esa área. Recuerda que la orden de trabajo de esta reparación de emergencia llegó de la subgerencia de mantención firmada por el señor L.M. Agrega que los trabajos de esta reparación de urgencia se ejecutaban antes de las 8 de la mañana que es la hora en que llegan los supervisores y/o durante las horas de colación en las que tampoco están; En cuanto a la letra d) el hecho de no existir una anotación en esa área se puede deber a que ella se alimenta de los informes que dan diariamente los supervisores de ZZZ. Desconozco porque ellos hayan omitido esta información que debieron haber dado. El testigo agrega que, de los informes de la reparación efectuada en noviembre o diciembre de 1992 se desprende que en esa oportunidad se hizo en cambio de rieles de la grúa, trabajo que en concepto del testigo es de mucha mayor envergadura que los que se realizaron en octubre de 1994; y que en la

ejecución de esas labores duró 6 horas y fue la única vez que una reparación de esta grúa hecha por XXX fue informada a la Unidad de Control de Operaciones de P. (C.O.P.). Contrainterrogado para que explique la aparente contradicción que existe de que en la reparación hecha el 1 de noviembre se cambió la rueda del lado mina de la grúa y en los Libros del Área Eléctrica, del Área Mecánica y del COP se consigna que el día 5 de noviembre de 1994 la rueda lado mina se encontraba trancada lo que obligó a un corte de energía por un tiempo determinado hasta el cambio de la rueda, declara: que, en este momento acaba de conocer la circunstancia de que esa rueda se haya trancado ese día, lo que debería haber sido informado a XXX por el área correspondiente de ZZZ”.

13.B.7.- En la absolución de posiciones el Gerente de ZZZ don A. H., a fs. 364, declaró: “En lo que se refiere al contrato 288 explica: en el mes de diciembre de 1994 constatamos ciertas irregularidades en el Área de Mantenimiento de la Planta que me incentivó a pedir una auditoría interna del área. Surgieron de esta auditoría algunas irregularidades que nos llevaron a analizar profundamente los contratos vigentes en el Área de Mantenimiento. Nos dimos cuenta que había varias fallas en el manejo del Contrato 288, son básicamente 3 puntos:....; 2) Que se facturó en un caso específico una obra no ejecutada y cargada a este contrato, que relacionaba con una reparación de una grúa que maneja la Cancha de Clinker. Como consecuencia de éstas y otras anomalías, se cambió a algún personal de ZZZ y, se tomó mayor rigurosidad en el control de las labores del contratista XXX. Agrega que fuera de las fallas detectadas no existían otras de carácter técnico o de calidad del trabajo de la empresa de XXX que permitieran poner término al contrato vigente, además de que no es fácil reemplazar a un contratista en forma muy instantánea para ejecutar labores de ese tipo de mantenimiento”.

13.B.8.- A fs. 394 y siguientes rola el informe del perito don F.A.A. quien, sobre la base: a) del P.M. N° 2395/94, de la Cotización N° 24/93, de la Orden de Compra de ZZZ N° 45.976 del 12.12.94, de la factura N° 862 del 16.11.94; b) de que no encontró constancia en el Libro de Novedades de tal reparación, o en el Libro de Obras, o en una solicitud de corte de energía, o en una solicitud de salida de Materiales de bodega; o en la entrada de algún camión pluma o Grúa; ni testimonio alguno de algún personal de ZZZ; c) de una visita ocular efectuada al 29.08.98; d) de consultas hechas al señor A.V., de P.; y, e) de consultas a XXX que no las respondió, concluyó que: es imposible un cambio de rueda motriz de 500 kgs. sin la ayuda de una grúa o elemento de izaje apoyados desde el suelo, que en esos días no existió; que es imposible efectuar un cambio de ruedas sin corte de electricidad, pues el operador debe montarse sobre la viga de apoyo del riel y esta viga soporta los conductores eléctricos desnudos; que es imposible toda la operación descrita en la Cotización sin el conocimiento de supervisores y personal subalterno durante dos horas cada día durante los cuatro días señalados entre el 29.10.94 y 01.11.94, concluye que: “El trabajo descrito simplemente no se ejecutó”.

12.B.9.- Primeramente, se analizará la imputación que la parte de ZZZ hace a XXX relativa a que, en este caso, se notaron deficiencias relativas a que el trabajo se haya originado en un “P.M.” y no en una O.T.C. como es el procedimiento del contrato 288 para labores no itemizadas ni evaluadas en él; a que el “P.M.” 2395/94 se haya emitido el 11.11.94, o sea, 10 días después de ejecutado el trabajo; y a que la factura emitida el 16.11.94, se haya referido al “P.M.” y no a la Orden de Compra N° 45.976 que ZZZ emitió el día 12.12.94.

En esta materia, es necesario tener muy en cuenta que los trabajos se originaron para salvar una emergencia relativa a una correa transportadora y que en autos no existe ninguna alegación ni ninguna prueba que permita desvirtuar la existencia de aquella emergencia.

Enseguida, es preciso considerar que un trabajo de labores no consultados en el contrato-marco 288/93, puede tener su origen no sólo en una O.T.C., como se ha hecho valer por ZZZ a fs. 230 vta., sino que también puede ordenarse mediante un “P.M.” emitido por un Jefe que tenga facultades, tal como consta de la declaración de don A.V. de fs. 371, que se transcribió en el Punto 9.C., que aquí se tiene por reproducida.

Y, finalmente, que entre las mismas partes se celebró y cumplió un contrato de reparación de la misma Grúa, que se ejecutó los días 11, 12, 13 y 14 de agosto de 1993; que tal contrato se originó en una "Orden de Compra", que se emitió por ZZZ el 21.10.93, o sea, 70 días después de ejecutado el trabajo; y sobre la base de una Cotización del Contratista emitida el 15.08.93, o sea, después de efectuada la labor; siendo que la factura se emitió el 01.10.93, o sea, también con anterioridad a la emisión del la O. de C. El pago de dicha factura se hizo el 28.10.93, es decir, después que el Contratista regularizó el procedimiento administrativo de cobranza.

En autos no existe ningún antecedente que señale que la realización del trabajo de reparación de la Grúa de agosto de 1993, haya sido cuestionada por el aparente desorden e inconsecuencia de las fechas de emisión de los documentos particulares de este contrato.

Las mismas y similares inconsistencias formales administrativas recién relatadas, aparecen en el caso sub-lite.

En efecto: el P.M. N° 2395/94 fue emitido por ZZZ y firmado por los señores L.M. y F.P. el 11.11.94; los trabajos aparecen como ejecutados los días 29, 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre de 1994; la Cotización de XXX N° 24/93 se hizo por el Contratista el 29.10.94; la O. de C. N° 4597-6 se emitió por ZZZ el 12.12.94 y se refiere al P.M. N° 94/2395; la factura se emitió el 16.11.94, o sea, antes de la O. de C.; se presentó el 07.11.94 y se pagó el 15.12.94. La factura emitida el 16.11.94 tuvo necesariamente que referirse al "P.M.", porque él ya existía desde el 11.11.94 y no a la O. de C. que tuvo fecha posterior: 12.12.94.

Toda esta ruta procesal-administrativa tiene los mismos defectos y vicios que la seguida en el caso de la reparación del año 1993; tales defectos, que no conllevan daño ni perjuicio para ninguna de las partes, no pueden ser imputados como actos dolosos o maliciosos o culpables de ninguna de las partes ni de sus funcionarios; y, por último, tales defectos, aún existiendo, no permiten deducir que los trabajos a que se refieren tales documentos, no se hayan ejecutado.

- 13.B.10.- La parte de ZZZ ha hecho presente que, la no correspondencia exacta de la descripción de los trabajos realizados el año 1994 que existe en el "P.M" N° 2395/94 del 11.11.94 y la que existe en la O. de C. N° 45.976 del 12.12.84, sería una muestra más que acreditaría que los trabajos no fueron ejecutados.

Es efectivo que existe una desigual descripción de los trabajos en uno y en otro documento. Basta leerlos.

Sin embargo, esta desigual descripción también se observa en el caso de la Cotización de XXX N° 12/93 del 15.08.93 con la O. de C de N° 37.573 de P. del 21.10.93, ambas relativas a las reparaciones efectuadas en agosto de 1993.

Por ello, tal discrepancia, que existe, ni induce a dar por acreditado que no se ejecutaron los trabajos de reparación de 1994; ni constituye un indicio que permita suponer que tales trabajos no se ejecutaron.

- 13.B.11. Si hubiera existido una connivencia premeditada del señor XXX con los funcionarios de ZZZ para defraudar, todos ellos hubieran cuidado muy bien las formas y habrían producido la papelería administrativa sin ningún desorden y sin ninguna inconsecuencia, para evitar que tal desorden de la ruta administrativa de la falsa documentación pudiera provocar una sospecha y una investigación.

En el concepto del Tribunal, precisamente, el hecho de que hayan existido inconsecuencias de descripciones; "Pedido de Materiales", por el que, en realidad, no se hace ningún pedido; Cotización que, por lógica debe formularse antes y no después de la ejecución del trabajo; "Orden de Compra", en la que no figura una compra, sino que trabajos o labores, le induce a creer que el trabajo real y efectivamente se realizó.

- 13.B.12. En lo que respecta a la imputación que hace ZZZ en orden a que los trabajos de

reparación de la Grúa a que se refiere la factura Nº 862 no se ejecutaron, de modo que el Contratista lucró indebidamente al haber percibido \$ 3.500.000.-, más I.V.A., el Tribunal, luego de analizar muy profundamente todas pruebas que constan en autos aludidas en los Puntos 4 a 8, ambos inclusive, de la Letra B) de este considerando Décimo Tercero, ha llegado a la conclusión de que tal imputación no aparece como verosímil, ni ella ha sido promovida en forma cuidada y, además, lo ha sido en oportunidad no debida, porque:

- 13.B.12.1 Ha quedado acreditado que la auditoría interna efectuada a fines de diciembre de 1994 y principio de enero de 1995, se originó por problemas que afectaban a algunos funcionarios del Departamento de Mantención, específicamente, al señor L.M. quien era subgerente de dicho Departamento; “por actividades no claras de estos ex funcionarios que no tenían relación (las actividades) con el señor XXX” (declaración de don R.G., fs. 317).

Con motivo del examen de todas las actuaciones del señor L.M. con los Contratistas, los investigadores también analizaron los documentos referidos de la reparación de la Grúa de octubre/noviembre de 1994 en que se notaron las inconsecuencias de fechas y de descripciones ya recordadas en los Puntos 9 y 10 precedentes.

Ello los llevó, dicen, a investigar si de la realización de estos trabajos se había dejado testimonio en los Libros de Novedades diarias por cada Turno A, B y C, que se lleva en el Área Eléctrica, en el Área Mecánica y en el Centro de Operaciones de ZZZ correspondientes a los días 29, 30 y 31 de octubre y 1º de noviembre, ya que según los documentos que se generaron y con los que se efectuó el cobro de los \$ 3.500.000.-, tales trabajos se habrían ejecutados en esos días. Y del análisis de tales documentos —fotocopias de los cuales se acompañaron en autos— resultó que en esos Libros no existía ninguna anotación en esos días que se refiera a esa reparación de la Grúa.

La parte de ZZZ dice que los trabajos descritos en el “P.M.” y en la “O. de C.” fueron similares a los efectuados en 1993 en que se paralizó la Grúa por cuatro días (Ver. Punto 3 de la letra B) de este Considerando 13); y que, para efectuarlos, ZZZ asegura que, debió, necesariamente, haberse cortado la energía eléctrica de la Grúa, corte que debió haberse anotado en el Libro de Novedades del Área Eléctrica.

Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por las declaraciones del testigo F.V. (5.1.) y por lo informado por el Perito don F.A. (8).

- 13.B.13.2 Sin embargo, estas afirmaciones y declaraciones quedan desvirtuadas por las declaraciones del testigo don J.L. (6) y por los siguientes antecedentes y consideraciones:

13.B.12.2.a. De la comparación de las descripciones de los trabajos que se hacen en los documentos relacionados con las reparaciones de 1993 (4.2.) y de 1992 (4.3), por una parte; y, por la otra, la descripción correspondiente a la de 1994, queda acreditado su total similitud y hasta igualdad en varias de las labores puntuales, específicamente, en las de desmontar y montar las ruedas que, según el Perito, pesan 500 kgs.

En los respectivos informes que se hicieron con motivo de cada una de estas reparaciones, queda suficientemente demostrado que la ejecución de los trabajos se hacía en forma discontinuada, en períodos de hasta dos horas, aprovechando los cambios de turno en que normalmente se paraliza la actividad productiva de la Grúa.

13.B.13.2.b. El Tribunal, como medida para mejor resolver, a fs. 449 ordenó que se acompañaran fotocopias de las hojas del Libro de Novedades de las Áreas Eléctrica, Mecánica y del C.O.P. correspondientes a los 3 Turnos de los días 27 de noviembre y 20 y 23 de diciembre de 1992 y 11, 12, 13 y 14 de agosto de 1993, que corresponden a los días en que se realizaron las similares reparaciones a la Grúa en esos dos años anteriores a 1994.

La parte de ZZZ manifestó que los Libros del Área Mecánica y del C.O.P. de esos años estaban extraviados.

Se acompañó los correspondientes al Área Eléctrica y de su análisis resultó: Respecto de

la reparación hecha en los días 27.11, 20.12 y 23.12 de 1992, sólo figura una desconexión en el Turno B del día 27.11 y una en el Turno C del día 20.12.

Respecto de la reparación hecha en 1993, sólo aparece una desconexión “a pedido de mecánicos” dentro del Turno A del día 14.08.93.

13.B.13.2.c. De estos documentos se desprende que no es efectiva la afirmación de la parte de ZZZ, que por la reparación de 1993, se haya debido suspender por cuatro días el funcionamiento de la Grúa, si tan sólo hubo una desconexión dentro de un turno de un solo día, que por lo demás, puede o no haber coincidido con el momento de la reparación que en ese día ejecutó el Contratista.

13.B.13.2.d. El Perito sólo analizó los Libros de Novedades de las tres áreas durante los días de la reparación efectuada en 1994; pero omitió analizar las de los años 1992 y 1993. Ello, porque no se le informó de su existencia. No tuvo a la vista los documentos aludidos en 4.2. y 4.3.

13.B.13.2.e. De la inspección personal que el Tribunal hizo a la Grúa y del análisis de las fotocopias de ella (4.5.) el Tribunal estima que, para efectuar los trabajos descritos en los documentos de las 3 reparaciones, no era necesario desenergizar la Grúa. En efecto, la energía eléctrica se conduce por un cable desnudo que se encuentra instalado en el costado inferior de una de las vigas que soporta a uno de los dos rieles por donde se deslizan las ruedas del Puente-Grúa. Es similar a los del cable de un Trolley-Bus, y por él se deslizan también los toma corriente o contactos que entregan la energía a los motores de la grúa. Ese cable conduce sólo 380 volts., y no produce campo eléctrico.

Por ello, es una labor sencilla la de aislar el cable en el sector donde se deba trabajar y donde el o los trabajadores deban montarse en la viga para operar las labores de montaje y de desmontaje de las ruedas. También, naturalmente, los trabajadores deben contar con guantes, trajes y botas fabricados con elementos aislantes que son de uso habitual.

Las labores de levante para aflojar los pernos de las ruedas se hace con gatos o gatas que se apoyan en la misma viga; y las de izaje se efectúan con un teclé o trípode, que tiene roldana con cadenas, que se apoya en la tolva de un camión del contratista que se estaciona en el suelo, inmediatamente debajo del lugar de ubicación de la rueda.

13.B.13.2.f. Si la investigación interna de ZZZ, derivada de la auditoría a sus funcionarios hubiera sido acuciosa y sus conclusiones hubieran sido inequívocas, en orden a que el Contratista habría lucrado indebidamente en conveniencia con funcionarios de ZZZ, la administración de ZZZ, habría debido en enero de 1995 adoptar, respecto del Contratista, alguna actitud más severa que la de sólo tomar “mayor rigurosidad en el control de las labores del Contratista XXX”.

A lo menos, la investigación debió pasar por la interrogación a XXX o a alguno de sus funcionarios; lo que no se hizo.

O debió comunicar su resultado a XXX para que él, en ese momento, distante apenas dos meses de la ejecución del trabajo, en el que contaba con todos los elementos, hubiera podido defenderse de tal imputación; y, si no hubiere pedido desvirtuarla, ZZZ debió terminar de inmediato con las relaciones contractuales, iniciando las acciones judiciales pertinentes.

13.B.13.2.g Para que los resultados de la investigación hubieran podido empecer a XXX, habría sido necesario, en cumplimiento de normas elementales de justicia, haberle dado a conocer al afectado la duda que surgió al investigador de las ya recordadas inconsecuencias administrativas de los documentos relativos a la mentada reparación, haciéndole presente, en aquel momento, el fundamento técnico observado en orden a la omisión de las anotaciones en los tres Libros de Novedades y a la omisión del corte de la energía eléctrica.

En ese momento —enero de 1995— XXX habría podido defenderse de tal imputación aportando, de inmediato, las pruebas con las que, naturalmente, entonces tenía a la mano

y, sobre todo, habría podido demostrar, en el acto, y con hechos, de que era capaz de hacer las reparaciones mecánicas a la Grúa en lapsos de labor no superiores a dos horas y sin cortar el suministro eléctrico; y tal demostración la hubiera podido hacer a un costo razonable ya que contaba, en la misma Planta, con los mismos operarios y con los mismos elementos, herramientas y vehículos.

Tal demostración, que el Tribunal solicitó, como medida para mejor resolver, no se pudo ejecutar, entre otras causas, por el elevado actual costo de ejecución, derivado de la circunstancia de tener que juntar los medios, personas y elementos que están dispersos en distintos lugares del territorio nacional.

Y si, por el contrario, no hubiera podido efectuar la acción demostrativa, habría quedado inequívocamente acreditado el engaño que se le imputaba.

13.B.13.2.h. Sin embargo y sobre la base de una investigación incompleta, inoponible al señor M.E.A. y no comunicada a él, la Gerencia de ZZZ prefirió, según lo señala el propio Gerente don A. H. (fs. 364) relativa a que “no es fácil reemplazar a un Contratista en forma muy instantánea para ejecutar labores de ese tipo de mantenimiento”, mantener vigentes las relaciones del contrato 288. Así, es dable suponer que tal determinación de mantener las relaciones con XXX, pudo ser causada porque los resultados de la investigación relativa a las reparaciones de la Grúa no eran lo suficientemente convincentes; o porque, siéndolo, la Gerencia prefirió renunciar al ejercicio de sus derechos de terminar tales relaciones y de accionar judicialmente.

El Tribunal no puede considerar atendible este motivo que ha alegado la parte de ZZZ, si de él se informó al Contratista, recién, cuando se le notificó del escrito de contestación de la demanda, esto es, más de un año después que en ZZZ se hizo la auditoría que habría descubierto esta anómala situación;

13.B.13.2.i. Finalmente, es útil tener presente la importancia y los beneficios que conlleva el hecho de ser Contratista en una empresa de la categoría de ZZZ, que aparecen confirmados, en este caso, con el hecho de que el Contratista facturaba, mensualmente, un promedio de 1.350 U.F., lo que forzosamente ha de haberle producido un importante ingreso.

No parece cuerdo, lógico y creíble que un Contratista que tenía muchos profesionales y trabajadores que de él dependían, que tenían su fuente de trabajo y de remuneración permanentes, iba a arriesgar toda su posición y su renta, por simular la ejecución de trabajos, simulación que le iría a permitir un ingreso de sólo una parte de los \$ 3.500.000.- que cobraría ya que, tal simulación era necesario que contara con la participación de funcionarios de ZZZ, quienes deberían ser participados de esta “utilidad”.

13.B.13. De todo lo aquí expuesto, aparece que los trabajos a que se aluden en los documentos mencionados en el Punto 13.B.4.1. efectivamente fueron ordenados ejecutar por quienes tenían la representación de ZZZ, que se ejecutaron, que fueron recibidos por ZZZ; y que valor pactado por ellos se pagó.

No puede aceptarse, como causal de terminación, el cuestionamiento de estos hechos si, a pesar de haberlos conocido en enero de 1995, ZZZ continuó con las relaciones contractuales en forma normal; y sólo en marzo de 1996 vino recién a informar de su existencia a XXX el escrito de contestación de la demanda.

13.C.- HABER ABANDONADO LAS FAENAS SIN CAUSA JUSTIFICADA POR MÁS DE SIETE DÍAS.

13.C.1.- La parte de ZZZ dice que hasta el 30.05.95 el Contratista se mantuvo cumpliendo las O.T.C. y que, a partir de ese día, abandonó las faenas, sin que existiera justificación.

Estima que tal abandono habría sido una consecuencia del resultado de la investigación de enero de 1995, por el que “el Contratista podía presagiar fundadamente que tarde o temprano se le representarían las anomalías detectadas”.

13.C.2.- La parte de XXX dice que en ese día 30.05.95 el señor A.V., en su calidad de Jefe del Departamento de Mantenición Mecánica, le manifestó que ZZZ había decidido poner término al contrato, que retirara sus bienes y sus trabajadores y que fuera a conversar con el señor R.S., a Santiago, para convenir acerca de los términos de la liquidación del contrato. Dice XXX que, en compañía del señor G.R. (quien confirma tal afirmación a fs. 300) se reunió con el señor R.S. quien le manifestó, en esa reunión, que la terminación se debía a que el nuevo Gerente Corporativo don P.L. quería reestudiar los precios de las labores comprendidas en los contratos y que había pedido el cese de las labores del Contratista; y que ante la petición del señor M.E.A., el señor R.S. pidió a éste que presentara por escrito la solicitud de liquidación, lo que después de varias reuniones fracasadas, planteó en la carta que envió a ZZZ el 12.07.95 dirigida a don A. H., que en copia rola a fs. 13 del Tomo III de Documentos.

13.C.3.- El señor A.V., por su parte, a fs. 328, niega haber dado tal orden de terminación a XXX, que no sabe porqué habría abandonado la ejecución de trabajos correspondientes a las faenas de mantención de los captadores de polvo; y que no recuerda haber firmado alguna orden de autorización de retiro de los bienes del Contratista.

13.C.4.- La norma de la letra C) del Punto 23 de las Bases Administrativas Generales, autoriza a ZZZ a poner término al contrato anticipadamente si existe una "paralización injustificada de las obras por más de 7 días".

La norma del Punto 23 de las B.A.G. sólo es aplicable a la paralización, por más de 7 días, en la ejecución de alguna obra que, por el mismo contrato, hubiere sido directamente encargada al Contratista; o que hubiere sido encomendada mediante alguna O.T.C.

En autos, no existe alegación ni prueba alguna relativa a que el Contratista haya paralizado la ejecución de alguna obra que se le hubiere encargado; o que hubiere dejado sin ejecución alguna que se le hubiere encomendado.

13.C.5.- Por otra parte, la iniciativa para la ejecución de las obras reguladas por el contrato 288, correspondía a ZZZ y no al Contratista, de modo tal que, para acreditar el abandono del Contratista, que ZZZ le imputa, necesariamente debió haber acreditado la negativa del Contratista a ejecutar alguna O.T.C. que ZZZ hubiera emitido, lo que ni le ha imputado ni ha acreditado.

13.C.6.- La terminación anticipada del contrato 288, que al 30.05.95 se estaba ejecutando normalmente (los montos de contratación eran los habituales, según se muestra en el Cuadro que rola a fs. 438), no podía producir beneficios a XXX; pero sí muchos perjuicios.

Por ello, no es dable aceptar la suposición hecha por la parte de ZZZ relativa a que el señor M.E.A. se habría retirado a fin de mayo, como consecuencia de la investigación interna de ZZZ, que había sido hecha en enero de 1995.

Tal suposición no guarda concordancia con lo recién expresado, amén de que, según ya se dijo, ni la aludida investigación ni sus resultados fueron comunicados por ZZZ, en modo alguno, a XXX.

13.C.7.- En consecuencia, aparece en el expediente, sin lugar a dudas, que no existió ni paralización de las obras ni abandono de ellas por parte de XXX, en las que ZZZ podría haber justificado la determinación de terminar anticipadamente la vigencia de este contrato 288.

13.D.- HABER REVELADO INFORMACIONES DE ZZZ.

13.D.1.- La parte de ZZZ afirma que también justificó la terminación anticipada del contrato, por el hecho de haber infringido XXX la norma 27 de las B.A.G. que obliga al Contratista a no revelar ninguna información relacionada con las operaciones o negocios de ZZZ.

La infracción la hace consistir en el hecho de haber acompañado los documentos que rolan de fs. 92 a fs. 96, que consisten en un listado de los 12 contratos vigentes que a la sazón ZZZ tenía con distintos subcontratistas para trabajos de Reparaciones, Mantención, Reacondicionamiento y Fabricación de máquinas e instalaciones.

13.D.2.- Esta alegación no podrá ser aceptada como justificante de la terminación comunicada el

Sentencias Arbitrales

1994 - 2000

27.07.95, sólo si se considera que este incumplimiento —de ser tal— se habría producido al presentar la demanda, en el mes de diciembre de 1995.

DÉCIMO CUARTO.- EN RELACIÓN CON LA DEMANDA RECONVENCIONAL.

14.A.- Exceso de precio cobrado por obras asignadas con cargo al contrato 026/93, distintas a las consultadas respecto de la Planta de Cal.

14.A.1.- ZZZ afirma que: “por mera liberalidad le asignó (al Contratista) distintos trabajos ... por los que el Contratista cotizó y cobró dichos trabajos a montos que en promedio superan en un 20% los valores que a esa época se cobraba como precio promedio del mercado”.

14.A.2.- Esta materia ya se analizó en el 12.B. y allí se concluyó que era prácticamente imposible hacer la comparación entre los precios pactados por cada una de las más de 1.000 O.T.C. que corresponden a estos trabajos, y los “precios de mercado” —que en estas materias prácticamente no existen— sobre todo por la imprecisión de las descripciones de los trabajos que se contienen en las aludidas O.T.C.

Además ZZZ, en cada oportunidad en que contrató la ejecución de cada trabajo, pudo pedir cotizaciones cualquiera de los otros Contratistas que entonces tenía, que son los que se nombran en los documentos de fs. 92 a fs. 96. O sea, XXX no era un Contratista que tuviera un monopolio de ejecución de obras, por las que hubiera tenido la libertad de cobrar precios arbitrariamente, sin el legítimo control de la competencia.

14.A.3.- Tal como ya se dijo, esta petición reconvencional no puede prosperar aún cuando se demostrara que los precios cobrados y pagados en estos 1.000 casos son excesivos en dicho 20%, por la elemental razón de que previamente a solicitar devolución del exceso de los precios o rentas, habría debido demandarse, caso a caso, la rescisión o nulidad total o parcial del pacto respectivo, por haber existido a su respecto algún vicio del consentimiento de error, fuerza o dolo, petición que no se ha hecho.

14.A.4.- Por las consideraciones y por lo expresado en 12 B no puede darse lugar al mérito o causa generadora del cobro que se hace en esta parte de la demanda reconvencional.

14.B.- La restitución de \$ 3.500.000.- correspondiente al precio o renta pagada por la reparación de la Grúa Clinker.

Esta petición debe rechazarse como consecuencia y en armonía con la declaración contenida en 13.B.13, toda vez que todas las pruebas que existen en autos no permiten afirmar, con certeza, que los trabajos no se ejecutaron; pero si permiten asegurar que tales trabajos fueron efectivamente realizados.

14.C.- Perjuicios causados por abandono de faenas.

Esta petición también debe rechazarse, en armonía con la decisión contenida en el Punto 12.C.7. por la que se declaró que no existió paralización de ninguna obra ni abandono injustificado de faenas.

14.D.- Devolución de sumas pagadas por concepto de ventas de equipos, máquinas y herramientas que el Contratista hizo a ZZZ, que ni siquiera se pagaron a ZZZ.

Sobre este rubro, la parte de ZZZ no ha acompañado antecedente alguno que permita hacer lugar a esta petición que hizo en términos y con fundamentos imprecisos e indeterminados; lo que impide, también, hacer reserva alguna para discutir esta solicitud en la etapa posterior de cumplimiento de la sentencia, ya que la petición no consiste en una indemnización de perjuicios, sino que de una eventual restitución de precios de un contrato de compraventa, cuya resolución habría debido ser planteada, lo que no se hizo.

DÉCIMO QUINTO.- PETICIONES DE LA DEMANDA.- Como consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí, se dan los supuestos contemplados en el Art. 1.999 del C. Civil, en orden a que la terminación de los contratos 26/93 y 288/93, se produjo por la determinación discrecional y soberana de ZZZ; y, por ello, ZZZ quedó obligado a pagar al Contratista todo lo que valga el trabajo hecho en cumplimiento de dichos contratos y todo lo que habría podido ganar, de no mediar la terminación anticipada.

DÉCIMO SEXTO.- Facturas Impagas. La parte XXX demandó que, como consecuencia de la terminación, se le pagaran las facturas emitidas por trabajos encomendados por O.T.C. anteriores al 30.05.95 que correspondían a labores que ejecutó, por un monto total de \$ 2.272.611.-

La parte de ZZZ pagó esas facturas, por intermedio del Tribunal, el día 01.04.95, según consta en la resolución de fs. 258, quedando pendiente el pago de los intereses devengados desde la notificación de la demanda (12.01.96) y el día de su pago (01.04.96) sobre los aludidos \$ 2.272.611.- calculados con la tasa de interés corriente bancario, monto que se calculará en la etapa del cumplimiento de la sentencia.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Daño Emergente. El actor ha pedido que se obligue a ZZZ a indemnizarle los montos que en cada caso señala, por los motivos que enseguida se analizan:

17.A.- Indemnizaciones pagadas a los trabajadores por término de sus contratos de trabajo.

17.A.1.- El actor funda esta petición en el hecho de que, con motivo de la terminación anticipada del contrato 288/93, tuvo que poner término inmediato a los contratos de sus trabajadores y pagarles las indemnizaciones legales respectivas.

17.A.2.- El hecho en que el actor funda su petición es efectivo y ha quedado acreditado con las copias de los finiquitos de los contratos a sus trabajadores que rolan de fs. 64 a 103 del Tomo III de Documentos; del mismo modo que el monto de los pagos que por este motivo hizo XXX.

17.A.3.- No obstante, el pago hecho a los trabajadores por concepto de indemnización de años de servicio a XXX, corresponde al valor que, de todos modos, debió haberles pagado a ellos posteriormente, si los contratos hubieran terminado con el cumplimiento de sus propios plazos de vigencia.

Por ello, el cobro que aquí se formula, no puede acogerse, porque el gasto o pago hecho por XXX a sus trabajadores no constituye un daño directo a su patrimonio causado por la terminación anticipada de los 26/93 y 288/93, sino tan sólo significó adelantar un pago que, de todos modos, iba a tener que hacer.

17.B.- Pagos por contratos de leasing.

17.B.1.- El actor hace consistir este daño en los valores de las rentas de los contratos de arrendamiento con promesa de compra de vehículos y de maquinarias destinados por él al cumplimiento de las labores de los contratos, que no pudo pagar por haberse cortado el flujo de los contratos, con el que XXX contaba para pagarlos.

17.B.2.- Aún cuando por el hecho de la terminación anticipada de los contratos con ZZZ se hubiera producido la pérdida de los vehículos y de las maquinarias, como consecuencia de no haber contado XXX con los flujos que le producía la ejecución de los Contratos 26/93 y 288/93, esa pérdida constituiría, a no dudarlo, un perjuicio indirecto que ZZZ debería indemnizar sólo si se imputara y acreditara dolo específico (Art. 1558 del C. Civil).

Tal dolo es imposible que se pueda imputar a ZZZ, toda vez que estos perjuicios indirectos se habrían producido como consecuencia de la determinación discrecional de ZZZ a que la ley lo faculta.

17.B.3.- En consecuencia, no procede acoger, en esta parte, la demanda de indemnización de perjuicios de este daño indirecto.

17.C.-Adquisición de Inmueble.

17.C.1.- El actor pide se le indemnice el daño que dice haber sufrido por el hecho de haber tenido que gastar 1.050 U.F. en la adquisición de un inmueble ubicado cerca de la Planta de ZZZ, para instalar en él las dependencias, oficinas, talleres y estacionamiento de vehículos, necesario para cumplir con los Contratos 26/93 y 288/93.

Tal inmueble lo adquirió al señor R.C. por la escritura otorgada el 14.02.95 en la Notaría de Quillota, que en copia rola a fs. 110 del Tomo III de Documentos.

17.C.2.- Este inmueble, a no dudarlo, es un activo que pertenece a XXX, que lo adquirió para cumplir con la ejecución de contratos que tenían un plazo de vigencia, al término del cual XXX quedaba con la libertad de ocuparlo o destinarlo a cualquiera otra finalidad que deseara o enajenarlo, con lo que no puede producirse, por este concepto, daño alguno que sea indemnizable por ZZZ.

Tal indemnización sería procedente sólo si, tal como en el caso del leasing, se pudiera imputar y acreditar dolo específico de ZZZ, lo que es imposible, atendido el hecho de que la terminación de los contratos 26/93 y 288/93, fue la consecuencia del ejercicio de un derecho discrecional, que la ley le confiere, atendida la naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento de servicios para la ejecución de obras materiales.

17.C.3.- En consecuencia, no procede acoger tampoco esta parte de la demanda de XXX de indemnización de estos perjuicios indirectos.

DÉCIMO OCTAVO.- Indemnización del lucro cesante.

18.1.- Procede dar lugar a que ZZZ indemnice al actor con la cantidad que sirva para compensarle todo aquello que XXX pudo haber ganado durante todo el tiempo de la total vigencia de cada uno de los contratos, cantidad que se determinará en el cumplimiento de esta sentencia sobre las siguientes bases, respecto de cada uno de los contratos.

18.2.- Respecto del contrato 26/93:

18.2.1. Este contrato tenía una vigencia por 1.095 días hasta el día 24 de febrero de 1996 y se le puso término el 30.01.95.

En consecuencia, ZZZ adelantó el término de dicha vigencia en 386 días.

18.2.2. Consta del listado de fs. 379 a fs. 384, que durante los 709 días de su vigencia, el actor ejecutó obras por un total de 21.925,84 Unidades de Fomento, o sea, facturó, un promedio diario de 20,0227 Unidades de Fomento.

18.2.3. En consecuencia, durante los 386 días de vigencia que faltaron, razonablemente el actor pudo ejecutar obras por un total de $(386 \times 20,0227)$ 7.728,76 Unidades de Fomento.

18.2.4. El monto de la indemnización que ZZZ deberá pagar al actor será el porcentaje de utilidad neta que, en la etapa del cumplimiento de la sentencia, se acredite que el actor pudo ganar con la ejecución de obras de la naturaleza que realizó en cumplimiento del contrato 26/93 por un monto bruto de 7.728,76 U.F., todo según se determine en la sentencia del incidente correspondiente, que se dicte conforme al mérito de autos.

18.3.- Respecto del contrato 288/93:

18.3.1. Este contrato tenía una vigencia por 1.095 días hasta el día 2 de noviembre de 1996 y se le puso término el 30.05.95.

En consecuencia, ZZZ adelantó el término de dicha vigencia en 574 días.

18.3.2. Consta de los listados de fs. 433 a fs. 436 y de fs. 518 a 521 que durante los 574 días de su vigencia, el actor ejecutó obras por un total de 13.729,99 Unidades de Fomento, o sea, facturó un promedio diario de 24,0296 Unidades de Fomento.

18.3.3. En consecuencia, durante los 521 días de vigencia que faltaron, razonablemente, el actor pudo ejecutar obras por un total de $(521 \times 24,0296)$ 12.519,42 Unidades de Fomento.

18.3.4. El monto de la indemnización que ZZZ deberá pagar al actor será el porcentaje de utilidad neta que, en la etapa del cumplimiento de la sentencia, se acredite que el actor pudo ganar con la ejecución de las obras de la naturaleza que realizó en cumplimiento del Contrato 288/93 por un monto bruto de 12.519,42 Unidades de Fomento, todo según se determine en la sentencia del incidente correspondiente, que se dicte conforme al mérito de autos.

DECLARO Y RESUELVO:

UNO. Que se acoge la demanda de XXX, sólo en cuanto se condena a ZZZ al pago de la indemnización de los perjuicios del lucro cesante que se determinen en la etapa del cumplimiento de la sentencia, sobre la base de los supuestos de hecho que se contienen, respecto del contrato 26/93, en el Considerando 18.2.; y, respecto del Contrato 288/93, en el Considerando 18.3.;

DOS. Que ZZZ deberá pagar a XXX los intereses que se calculen de acuerdo con lo establecido en el Considerando Décimo Quinto;

TRES. Que se desecha, en lo demás, la demanda de XXX;

CUATRO. Que se rechaza en todas sus partes la demanda reconvencional deducida por la parte de ZZZ en contra de XXX; y

CINCO. Que, por no haber resultado totalmente vencida ninguna de las partes quienes, por los demás, tuvieron motivos plausibles para litigar, no se condena en costas a ninguna de ellas y se declara que cada una pagará las propias y, las comunes, por mitad.

Dense copias.

Devuélvanse a la respectiva parte los documentos acompañados, por cada una, desglosándose, para tal efecto, los que se encuentren agregados al cuaderno principal de este expediente.

Archívese en su oportunidad en el Archivero Judicial de Santiago.

Dictada por el arbitrador don Eugenio Silva Bezanilla.

Gabriela Ide del Pino

Actuaria