

Fernando Samaniego Sangroniz
Árbitro Arbitrador
Fecha Sentencia: 18 de agosto de 2011
ROL 1257-2010

MATERIAS: Contrato de suministro de mano de obra – incumplimiento de contrato y resolución del mismo – pago de saldo de precio e indemnización de perjuicios – pacto comisorio simple y calificado – autonomía de la voluntad – abuso e ilegalidad de las cláusulas contractuales – fuerza obligatoria del contrato – condición resolutoria tácita, elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral – nulidad de cláusula contractual por ilicitud del objeto, obligación contraída bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga – interpretación de los contratos – teoría de los actos propios – obligación de no hacer.

RESUMEN DE LOS HECHOS: El señor XX interpuso una demanda contra la sociedad ZZ, en virtud de la cual se persigue que se declare la resolución del contrato “Suministro de Mano de Obra Etapa Gruesa en Obra Construcción Galpón y Edificio Corporativo TR1 S.A.” y que se condene a la demandada a pagar al actor una determinada suma por concepto de daños y perjuicios producto del incumplimiento. El demandante funda su acción en el hecho de que la sociedad demandada habría incumplido el contrato de autos al darle término unilateralmente, sin fundamento y sin cumplir con ninguno de los requerimientos contractuales y legales para ello. ZZ contestó la demanda y dedujo demanda reconvenzional. Se tuvo por no contestada la demanda en rebeldía de ZZ y no se dio lugar a la demanda reconvenzional, atendido que no fueron presentadas en la sede del Tribunal dentro de plazo. En virtud de lo anterior, ZZ dedujo reposición y el actor evacuó el traslado conferido. El Tribunal resolvió no dar lugar a la reposición, sin costas.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 1, 10, 22 y siguientes.

Código de Procedimiento Civil: Artículo 170.

Código Civil: Artículos 1.478 inciso 1º, 1.489, 1.546, 1.562, 1.564 inciso 1º, 1.698, 1.702.

DOCTRINA: A juicio de este Árbitro, la cláusula antes transcrita no permite una doble lectura. Lo único que se pactó en la cláusula undécima es que frente al incumplimiento de XX, ZZ tiene la facultad de dar término al contrato *ipso facto*. En este sentido, es importante tener presente que nada impide que las partes puedan pactar que frente al incumplimiento, nazca el derecho de una de ellas para poner término a un contrato *ipso facto*, es decir, sin necesidad de un juicio que declare su resolución (Considerando ochenta y tres).

Lo anterior encuentra fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, que en palabras concretas, significa que las partes pueden regular libremente sus relaciones jurídicas, sin intervención del legislador; es un poder de creación, modificación o extinción de estas relaciones y que sólo tiene como límites que no puedan ser contrarias a la ley, la moral y el orden público (Considerando ochenta y cuatro).

De este modo, queda claro que la intención de las partes fue que frente al incumplimiento por parte de XX de las obligaciones que impone el contrato, ZZ podía dar término *ipso facto* al mismo. Es evidente que las partes establecieron que no es necesaria una intervención judicial. Por tanto nos encontramos ante una cláusula que estipula que frente al incumplimiento del demandante, la demandada podía dar término *ipso facto* al contrato de marras sin necesidad de que una sentencia judicial así lo declare (Considerando ochenta y cinco).

Pues bien, de la prueba aportada y analizada en los considerandos previos, ha quedado acreditado que XX incumplió con la obligación de completar las horas semanales de sus trabajadores a que se obligó en virtud de la cláusula décima del contrato, referida al horario de trabajo, cuestión que necesariamente implica que el actor no dio cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones que el contrato le imponía. Además se probó que se verificaron más de tres días sin prestar los servicios contratados y que también los trabajadores se ausentaron los tres primeros días de marzo. A mayor abundamiento, a juicio de este Tribunal, ha quedado demostrado que XX tampoco cumplió con su obligación de aportar todos los elementos de protección personal que requerían sus trabajadores (cláusula segunda del contrato) (Considerando ciento cincuenta y tres).

Lo anterior significa que ZZ al dar término *ipso facto* al contrato no incurrió en el incumplimiento que alega el demandante, sino que ejerció la facultad que la cláusula undécima le otorgaba y que, a mayor abundamiento, fue pactada libremente y de común acuerdo por las partes contratantes. De este modo, este sentenciador no puede acoger

la demanda en cuanto solicita que se declare en esta sede la resolución del contrato, pues ésta operó cuando la demandada ejerció su derecho de terminar el contrato *ipso facto*, en virtud de los incumplimientos del actor, que como se viera, se encuentran acreditados en autos y son ratificados a través de esta sentencia. Así las cosas, corresponde a este Tribunal, únicamente declarar que el contrato de autos se encuentra terminado con fecha 3 de marzo de 2010, fecha en que ZZ envió un correo electrónico informando al actor del término del contrato (Considerando ciento cincuenta y cuatro).

DECISIÓN: Se rechaza la demanda en todas sus partes. No se condena en costas a la demandante por haber tenido motivo plausible para litigar.

Santiago, 18 de agosto de 2011

VISTOS:

Antecedentes

1. En Santiago, con fecha 27 de julio de 2010, se levantó el Acta de Designación de Árbitro en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Comparecieron, don XX, asistido por sus abogados señores AB1 y AB2, y doña AB3, licenciada en derecho, por ZZ. Asistió además, el abogado del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago don AB. En dicha acta, fue solicitada la designación de este abogado como Árbitro Arbitrador a fin de solucionar las dificultades surgidas entre las partes, en relación al Contrato de Suministro de Mano de Obra Etapa Obra Gruesa en Obra “Construcción Galpón y Edificio Corporativo TR1 S.A.” de fecha 11 de enero de 2010. Se notificó la designación el 2 de agosto de 2010. El Árbitro aceptó el cargo en dicho acto y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible. Por resolución de 10 de agosto de 2010 se citó a las partes a un comparendo de fijación de normas de procedimiento para el día 16 de agosto de 2010. El comparendo tuvo lugar en la fecha indicada y se convinieron las reglas que rolan a fs. 22 y siguientes.

Demanda de XX

2. A fs. 39, conforme a las reglas de procedimiento, comparece don XX, en lo sucesivo indistintamente “señor XX” o “el demandante”, domiciliado para estos efectos en DML, comuna de San Miguel, Santiago y expone: que deduce demanda en contra de ZZ Ltda., en adelante también “ZZ” o “la Constructora”, sociedad del giro de su denominación, Rol Único Tributario N° 0000, representada legalmente por don R.V., ambos con domicilio en DML, comuna y ciudad de Rancagua, solicitando: (a) la resolución del contrato denominado “Suministro de Mano de Obra Etapa Obra Gruesa en Obra: Construcción Galpón y Edificio Corporativo TR1 S.A.”, en lo sucesivo indistintamente “el Contrato”, por los incumplimientos al contrato por parte de ZZ, al ponerle término anticipado y unilateral al referido contrato de plazo fijo que los une; (b) que se ordene a ZZ pagar la indemnización de todos los perjuicios que dicho incumplimiento le ha ocasionado y demás cantidades que solicita en su demanda, con más los reajustes e intereses correspondientes; y (c) que se condene a ZZ al pago de las costas procesales y personales.

3. Adelanta que la demanda tiene dos partes. La primera parte describe el contrato y sus cláusulas e incumplimientos y la segunda se refiere al derecho que se estima infringido por parte de la demandada y a los perjuicios ocasionados.

4. Refiriéndose a los hechos y al contrato celebrado con la Constructora, indica que su relación comercial con ZZ para el proyecto TR1, se remonta al mes de enero de 2010, cuando R.V., lo invita a participar del proyecto TR1 a fin de proveer del servicio de mano de obra del contrato de obra signado por las partes como “Construcción Galpón y Edificio Corporativo TR1 S.A.”, según se puede leer en la cláusula primera del contrato denominada “Antecedentes”.

5. Indica que el lugar de ejecución de las obras encomendadas por ZZ corresponde al lote ubicado en DML, de la comuna de Colina y que el contrato suscrito por las partes, de fecha 11 de enero de 2010, especifica un plazo fijo de tres meses y que por tanto, este debía terminar naturalmente por la llegada de su plazo, es decir, el día 11 de abril de 2010. Señala que a este respecto, la cláusula tercera del contrato señala: Plazo para realizar los servicios: “El presente contrato considera la contratación de los servicios de mano de obra por tres meses, a partir de la fecha de firma del presente documento”.

6. Agrega el demandante que el precio acordado por la demandada como contraprestación de los servicios contratados se componía de tres pagos iguales, mensuales y sucesivos de \$ 5.933.999 netos, en base a once trabajadores a partir de la fecha de suscripción del contrato y estado de avance de la obra, según se desprende de la cláusula cuarta del contrato y que a esa suma, debía agregarse el Impuesto al Valor Agregado.

7. Que según la cláusula cuarta del contrato y a la Orden de Compra que le extendió la demandada con fecha 9 de diciembre de 2009, el precio unitario neto a pagar es \$ 17.800.000, más el Impuesto al Valor Agregado que ascendía a la suma de \$ 3.382.000, que debía retener y enterar en arcas fiscales. En suma, continúa el señor XX, el valor total del contrato que tiene derecho a percibir por parte de la Constructora, asciende a \$ 21.182.000.

8. Agrega que existe un contrato legalmente celebrado por las partes; un plazo fijo para ejecutar las obras de tres meses, el que se cumplía indefectiblemente por su llegada el día 11 de abril de 2010, y un precio a pagar por la demandada, amén de otros deberes fiduciarios que no fueron respetados por la Constructora, como ocurre con una obligación de no hacer, consistente en no contratar a sus trabajadores, pendiente el plazo de ejecución del contrato e incluso después de un tiempo razonable contado desde su terminación, deber fiduciario que se sigue de la regla de la buena fe contractual, como contenido implícito e inherente a toda relación o *iter* contractual, y al cual se referirá más adelante. Asimismo, señala que las cláusulas contractuales fueron redactadas por la demandada, en especial las relativas a exención de daños y perjuicios (cláusula séptima); responsabilidad laboral del proveedor (cláusula octava); terminación anticipada del contrato (cláusula undécima) y de solución de controversias (cláusula duodécima).

9. El señor XX precisa que, un comentario merece la cláusula undécima relativa al término anticipado del contrato de trabajo y que la demandada aplicó de manera unilateral e ilegal, para no cumplir con las obligaciones que el contrato le imponía respecto de su parte. A continuación transcribe la cláusula que es del siguiente tenor: “Undécimo: Término Anticipado del Contrato. “En la eventualidad que el proveedor no diere cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones que le impone el presente instrumento, con la rapidez, diligencia y competencia requeridos, o no prestare o paralizare la entrega del servicio de mano de obra justificado por más de tres días, corridos o acumulados durante un mes, la empresa podrá dar término “*ipso facto*” al presente contrato, sin tener el proveedor derecho a solicitar indemnización alguna”.

10. En cuanto a los hechos, continúa señalando que con fecha 3 de marzo de 2010 el señor P.G., administrador del contrato de la demandada, le envió un correo electrónico con copia a don R.V., representante legal de la demandada, en el que le comunica sin formalidad alguna ni aviso previo, la terminación unilateral del contrato, sin cumplir con ninguno de los requerimientos contractuales y legales para dar término legal al mismo.

11. Que como consecuencia del término anticipado y unilateral del contrato, la demandada le adeuda por concepto de lucro cesante el precio equivalente a lo que el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno del contrato le reportaría como contratante diligente y que ha dejado de percibir como consecuencia de ese hecho ilícito y antijurídico.

12. A continuación, hace una transcripción del correo electrónico de fecha 3 de marzo de 2010 a que hace referencia: “Don XX: Se ha decidido poner término a la prestación de servicios por parte de tu empresa a este proyecto, debido a los constantes problemas de atrasos, poca preocupación sobre las condiciones de tu personal (elementos de protección personal, movilización irregular y peligrosa) así como el nulo control por parte de tu empresa de estos problemas, haciéndote presente en obra casi exclusivamente para los pagos. Por tanto y desde el 1 de marzo de 2010 se termina la prestación de servicios en esta obra. Atte. P.G.”.

13. Postula que durante la ejecución del contrato, el señor P.G. señaló a su jefe de obra, don M.M., al menos en tres oportunidades, su intención de contratarlo directamente y también a su personal. Que, en esa época fue cuando don P.G. comenzó a descontar de los estados de pago, sin fundamento alguno, varios millones de pesos, argumentando de forma muy básica que su personal no cumplía con sus horarios de trabajo y llegaba tarde a efectos de prestar los servicios contratados.

14. Expone a continuación dos ejemplos respecto a los descuentos que alega. En el estado de pago N° 1, la demandada le descontó por concepto de HH (horas-hombre) la suma de \$ 1.975.023 correspondientes a 659 horas-hombre. Indica que nunca se le justificó la inasistencia de alguno de sus trabajadores y que se le expresó que de no aceptar el descuento, no recibiría su dinero por el primer estado de pago, por lo que no le quedó otra alternativa que recibir lo que se le ofreció unilateralmente, menor a lo que le correspondía por contrato, equivalente al hito 1 de \$

5.933.999. Que en consecuencia, sólo recibió del primer estado de pago la suma de \$ 4.734.192, incluido el Impuesto al Valor Agregado. Dice que las horas extraordinarias de sus trabajadores se debían pagar en forma adicional, como consta del recibo de dinero, firmado por las partes. Respecto al segundo ejemplo señala que la demandada, sin justificación ni acreditación de los atrasos que se le imputaban por parte de sus trabajadores, se le vuelve a descontar 435 horas-hombre, lo que equivale a la suma de \$ 1.303.695 y que recibió del estado de pago número dos, la suma de \$ 5.457.461 incluido el Impuesto al Valor Agregado. Finaliza mencionando que ambos descuentos, que estima como ilegales y sin fundamento jurídico, por concepto de horas-hombre “supuestamente no ejecutadas por parte de mis trabajadores”, suman \$ 3.278.718.

15. Hace presente el señor XX que, cualquier contratante diligente a quien su mandataria no cumple lo prometido, que es precisamente el objeto del contrato, esto es, la realización de las obras en los plazos y en la forma estipulada, habría tomado al primer mes, la decisión de terminar el contrato y por petición expresa de la mandante principal, TR1.

16. Seguidamente, recalca que la pregunta que debe hacerse, es ¿por qué la demandada no terminó el contrato por los supuestos atrasos al primer mes si sus trabajadores eran tan incumplidores de sus obligaciones, llegaban tarde a realizar sus labores, etc.? Contestando el demandante a continuación que, se debe a que la demandada no lo terminó en esa época, porque no existen los supuestos atrasos que se le imputan. A este respecto, comenta que don B.L., mandante y dueño de la obra, nunca le manifestó, en forma verbal ni escrita, en todo el tiempo que prestó los servicios, un supuesto retraso de las obras o que las obras se encontrarían mal realizadas, lo que es otra prueba del incumplimiento del contrato por su contraparte, al terminar el contrato sin fundamento alguno.

17. El demandante pasa a exponer que, con las imputaciones carentes de fundamento de supuestos atrasos y que tiempo después con la terminación anticipada del contrato, la demandada en una actitud de evidente mala fe, estaba maquinando y preparando el camino para terminar el contrato de marras. Que son falsas y desmiente tajantemente las imputaciones de atrasos y condiciones de seguridad no óptimas de sus ex trabajadores. Dice que cuenta con fotografías donde consta fehacientemente que sus ex trabajadores ingresaban diariamente a las obras con todos sus implementos de seguridad y que de otro modo la propia demandada o mandante principal no los dejaría ingresar a la obra sin sus implementos mínimos de seguridad, pues la demandada tenía como misión fiscalizar la seguridad de los trabajadores.

18. Que si la imputación de la demandada fuera cierta, los propios trabajadores lo habrían demandado por incumplimiento de contrato de trabajo al poner en peligro sus vidas e integridad física a través de una demanda de tutela laboral o eventualmente se habrían autodespedido o, como mínimo, lo habrían denunciado ante la Inspección del Trabajo respectiva para que se realizara una fiscalización de las condiciones de trabajo en la obra, lo que habría acarreado la aplicación de altas multas en dinero por las contravenciones a las normas de seguridad en una obra de construcción y más importante aún, por haber puesto en riesgo la salud y la integridad física de sus trabajadores. Que, nada de eso ocurrió, precisamente porque ellos contaban con los implementos de seguridad adecuados a la prestación que realizaban.

19. Que es tan básica y carente de justificación la terminación al contrato que, acto seguido de haber tenido que finiquitar por razones de fuerza mayor a sus ex trabajadores por no tener contrato que ejecutar con fecha 3 de marzo de 2010, dos días después de la terminación del contrato, la demandada procedió a contratar a todos sus trabajadores, los que actualmente se siguen desempeñando en el proyecto TR1 y contrató, además, a otros trabajadores recomendados por su ex jefe de obra, don M.M. Que “¿Si mis ex trabajadores incurrieran en innumerables atrasos al no cumplir con su horario de trabajo; si, además, no usaban sus equipos de seguridad y no trabajaban como debían, cómo explicará la demandada que mis ex trabajadores le presten servicios a ella en virtud de un contrato de trabajo? “ Indica que precisamente porque cumplió en tiempo y forma cada una de las obligaciones que le imponía el contrato y sus ex trabajadores eran diligentes en la prestación de los servicios para los cuales habían sido contratados.

20. Expone que fue demandado por un ex trabajador, don B.P., ante el Segundo Juzgado Laboral de Santiago, en causa Rit de 2010, por las prestaciones laborales que supuestamente le adeudaba como consecuencia del despido injustificado que realizó el señor P.G., con fecha 31 de enero de 2010, es decir, un tercero en esa relación bajo subordinación y dependencia, cuando llevaba solamente 21 días trabajando para él. Que dicho trabajador demandó los siguientes conceptos: aviso previo, remuneraciones, feriado proporcional y cumplimiento íntegro y exacto del contrato hasta su terminación natural, a título de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del mismo, puesto que al igual que en su caso, fijó con su ex trabajador un plazo fijo a su contrato de trabajo de 60 días, el cual terminaba el día 11 de marzo de 2010.

21. El señor XX enseguida se refiere a que la audiencia preparatoria fue fijada para el día 23 de junio de 2010. Hace presente que, en dicha audiencia, tanto el abogado de la demandada y AB2, abogado en su representación, decidieron de común acuerdo pagarle al trabajador la suma única y total de \$ 400.000, en partes iguales, acuerdo que ya fue cumplido en su totalidad. Destaca el señor XX que, el mismo trabajador según reconoce en el texto de su demanda, quien lo despidió no fue él, sino el señor P.G. Concluye indicando que esa es otra muestra del daño patrimonial que le ha irrogado la terminación del contrato y solicita que le sea indemnizado, por ser un daño cierto, determinado, directo y previsible.
22. Una segunda parte de la demanda se dedica a lo que el señor XX denomina “El derecho”.
23. Adelanta el demandante que la terminación del contrato por parte de la demandada es de suyo abusiva, además de la absurda argumentación para poner término al mismo, y que la cláusula en la cual se ampara, la décimo primera, es ilegal, puesto que vulnera la fuerza obligatoria del contrato según el cual un contrato legalmente celebrado, es decir, que cumple con todos los requisitos de existencia y validez para su celebración, no puede ser dejado sin efecto en forma unilateral, por la voluntad unilateral y discrecional de una de las partes. Que, de esta forma, la demandada infringió el Artículo 1.545 del Código Civil, en cuanto establece el principio de la intangibilidad del contrato, según el cual el contrato es obligatorio no sólo para las partes, sino para el juez a quien corresponda administrar justicia y deba interpretarlo, sino también para el legislador, todos para quienes el contrato se torna intangible e inmodificable y a quienes sólo cabe cumplirlo y respetarlo en su integridad.
24. El demandante se refiere a que existiendo acuerdo de voluntades, el contrato se entiende perfecto y genera derechos y obligaciones recíprocos cuya terminación no puede quedar al arbitrio de una de ellas.
25. Que cada parte ha depositado su confianza en que la otra también respetará su palabra empeñada, tomando en cuenta que ha dado su consentimiento y manifestado externamente su voluntad en forma seria y que ha cumplido con todos los requisitos legales. Indica que, en el caso que nos ocupa, tenía plena fe en que el contrato terminaría en forma natural con la llegada del plazo, el cual vencía el día 11 de abril de 2010, dado que por su parte se estaba desarrollando en cumplimiento a las cláusulas que en él se habían acordado.
26. Hace presente el demandante que el contrato que celebró con ZZ tiene carácter bilateral, lo que implica que impone derechos y obligaciones recíprocas para las partes, por lo que lógico resulta ser que en caso de un incumplimiento y acreditado que sea éste en sede judicial (puesto que el contrato así lo expresa en su cláusula décimo primera), puede operar su resolución, declarada que ella sea por sentencia judicial.
27. Seguidamente, se refiere al caso de la condición resolutoria, que es la establecida a propósito de la cláusula décimo primera, con ciertas particularidades, según indica.
28. Que es importante determinar su naturaleza jurídica para establecer de qué manera la demandada podía desligarse jurídicamente de la obligación que le imponía, producto de la celebración del contrato.
29. Expone los casos de condición resolutoria que se pueden presentar a propósito de lo establecido por la cláusula décimo primera.
30. La primera hipótesis es la condición resolutoria tácita establecida en el Artículo 1.489 del Código Civil para todo contrato bilateral, que la ley, como elemento de la naturaleza, debe dar por establecida para el caso que una de las partes no cumpla sus obligaciones en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo.
31. Que, otra alternativa es que por acuerdo expreso de las partes, opere un pacto comisorio simple o calificado, establecido en los Artículo 1.877 y 1.879 del mismo código, es decir, para el evento de un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que el contrato impone, ya sean de la esencia, de la naturaleza o accidentales, a fin de que opere la resolución o el cumplimiento del contrato, a elección del contratante diligente y que ello operará, según sea el caso, mediante sentencia judicial. Que, este es el caso del pacto comisorio simple, dado que no se trata más que de la condición resolutoria tácita que las partes estipulan en su contrato, o que opere de pleno derecho, es decir, sin necesidad de una sentencia judicial ni juicio previo, lo que en doctrina se conoce como pacto comisorio calificado.

32. Que el contrato no pudo ser desahuciado unilateralmente por la demandada, siendo, en consecuencia, el contrato provisionalmente válido – generador de derechos y obligaciones – mientras un Tribunal independiente e imparcial no lo declare resuelto, por sentencia definitiva que tenga el carácter de ejecutoriada.

33. Que lo anterior se desprende de los Artículos 1.489 y 1.545 del Código Civil, puesto que, producido el incumplimiento por una de las partes, el acreedor diligente puede solicitar a su arbitrio la resolución del contrato o el cumplimiento y, en ambos casos, la correspondiente indemnización de perjuicios, que tiene su fundamento en el citado incumplimiento contractual.

34. Que el pacto comisorio calificado es la hipótesis que la demandada utilizó para terminar el contrato en forma anticipada y unilateral, sin sentencia que declare que operó su resolución y sin tener fundamento contractual ni legal para hacerlo. Que éste es perfectamente lícito, sólo si las partes lo establecen como derecho recíproco y sin ambigüedades en el texto del contrato, pues si el ordenamiento jurídico permite a las partes pactar cualquier condición resolutoria ordinaria, no se ve impedimento para que las partes, en uso de su libertad contractual, las pacten libremente, como contenido del contrato.

35. Continúa el demandante con que la solución y postura más adecuada, para el caso del pacto comisorio calificado, para casos distintos a la compraventa y obligaciones distintas que no sean la de pagar el precio, es que dicho pacto es permitido por ley, pues ello deriva de la libertad contractual y no de lo que estipula el Artículo 1.879 del Código Civil, que es restrictivo de la libertad de las partes y que en consecuencia sólo se aplica para el caso previsto en la ley (compraventa y obligación del comprador de pagar el precio).

36. Estima el señor XX que de una lectura acuciosa de las cláusulas undécima y duodécima relativas a la solución de controversias, la solución que más se ajusta a los términos y espíritu del contrato es la que sigue.

37. En parte alguna del texto del contrato se estableció un pacto comisorio calificado –que es la postura adoptada por la parte demandada al terminar el contrato sin forma de juicio, unilateralmente, mediante la autotutela– puesto que del lenguaje y espíritu del contrato no se indicó fehacientemente el deseo de las partes de terminar el contrato de pleno derecho, ipso facto, sin forma de juicio, al estilo de una condición resolutoria ordinaria.

38. En cambio, sí dispusieron las partes en la cláusula duodécima que: “para dirimir cualquier dificultad que surgiera entre las partes y que encuentre su origen en la aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, las partes se comprometen a hacer sus mejores esfuerzos para solucionar amistosamente la controversia, para lo cual negociarán libremente durante un plazo que no excederá de 30 días corridos”. (Inciso primero de la cláusula duodécima). Que en la eventualidad que las partes no logren un acuerdo en la etapa de negociación señalada anteriormente, la controversia será resuelta por un Árbitro Arbitrador (cláusula duodécima, inciso segundo). Que asimismo, las partes renunciaron a los recursos legales, salvo al recurso de queja.

39. Que como consecuencia lógica de lo declarado por las partes, se hace palpable que siempre será necesario, para poner término válido al contrato, solicitar su resolución ante este Tribunal y no en forma unilateral como ocurrió en el presente caso, con lo que el incumplimiento de la contraria se hace más evidente.

40. Hace presente además que, ZZ no hizo ningún esfuerzo por solucionar amistosamente la controversia ni ha tenido una actitud colaborativa en el plazo de 30 días de iniciada la controversia, como dispone la letra y espíritu del contrato y esta actitud se ha mantenido hasta la fecha.

41. Adicionalmente, indica que la cláusula undécima, además de ilegal, es abusiva, pues la condición resolutoria o pacto comisorio calificado está establecida exclusivamente para la Constructora, puesto que no ha renunciado en forma expresa y en parte alguna a ejercer la titularidad de la acción de cumplimiento o de resolución del contrato, tal cual lo disponen los Artículos 1.489, 1.877 y 1.879 del Código Civil. Que el contrato no señala que de existir un incumplimiento, el contrato va a terminar en forma automática, de pleno derecho, ipso facto o utilizando frases que reflejen de manera inequívoca la voluntad de las partes en ese sentido.

42. Agrega que, con ZZ, excluyeron del contrato el pacto comisorio calificado (cláusulas undécima y duodécima). Dice que a mayor abundamiento, el mismo texto señala que la demandada “podrá dar término ipso facto al contrato” y que eso refleja que, desde el punto de vista de nuestra legislación, lo que existe es una condición resolutoria expresa o pacto

comisorio simple que siempre requerirá del pronunciamiento judicial y no ser declarada sin un proceso legal previo, justo y racional.

43. Que ZZ además infringió el Artículo 73 de la Constitución Política de la República, que entrega en forma exclusiva y excluyente a los Tribunales de Justicia de la República, la facultad de conocer de las causas civiles, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, sea a través de un tribunal ordinario, especial o arbitral. Que por tanto, en este caso, este Tribunal Arbitral es el que tiene competencia para conocer y resolver la ineficacia extrínseca del contrato y no ZZ, quien por no ser subjetivamente independiente e imparcial, no está habilitada por la Constitución ni por la ley para dar por resuelto el contrato. Lo contrario sería sostener que la demandada ejerce atribuciones jurisdiccionales y toma el papel de juez con poder para decidir acerca de la validez última del contrato.

44. Que ZZ además pretendió vulnerar el principio de la imparcialidad de la judicatura. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

45. Volviendo sobre sus dichos, reitera que en consecuencia la demandada terminó el contrato, unilateralmente y sin forma de juicio vulnerando el Artículo 1.545 del Código Civil; que incumplió otra obligación, al pasar por alto el mecanismo de solución de controversias establecida en la cláusula duodécima, al terminar el contrato sin forma de juicio.

46. Que como consecuencia de lo anterior, el contrato se encuentra vigente y provisionalmente válido hasta que una sentencia judicial no declare su resolución y que ello no ha ocurrido a la fecha. Que en virtud de lo anterior, se le ha infringido una garantía constitucional fundamental por afectar su derecho de crédito sobre el contrato, sobre el cual tiene un “derecho de propiedad inmaterial”, puesto que la demandada, pasando por alto al órgano jurisdiccional en la declaración de la resolución del contrato, ha vulnerado su derecho de propiedad constituido por el precio del contrato.

47. Reitera que la Constructora infringió su obligación de no hacer, derivada de los deberes fiduciarios implícitos a todo contrato, de comportarse de buena fe a lo largo de todo el iter contractual. Señala que existe doctrina en este sentido. Agrega también que esta situación le ha producido un enorme perjuicio patrimonial porque le ha impedido postular y desarrollar otros proyectos al no contar con mano de obra calificada.

48. El demandante invoca el Artículo 1.478 del Código Civil, para seguidamente hacer presente que estamos en presencia de un contrato bilateral, donde ambas partes tienen la calidad de acreedores y deudores de manera recíproca y, por tanto, ZZ es deudora suya en cuanto a su obligación de pagarle el precio del contrato. En tal sentido, al dejar a su solo arbitrio la vigencia de las obligaciones que emanan del contrato, dicha cláusula permite ser calificada de nula, por ilicitud del objeto.

49. El quedar al arbitrio de la Constructora la terminación del contrato, carece de valor la cláusula undécima del mismo, puesto que la “condición que depende de la sola voluntad del deudor es nula, es decir, se tiene por no escrita”. Pone de manifiesto el señor XX que tal cláusula no ingresa al ordenamiento jurídico, no es imperativa y no obliga jurídicamente, lo que ocurre desde el momento mismo de la celebración del contrato, puesto que de acuerdo a la ley, la cláusula se tiene por no escrita desde que se inserta en el contrato.

50. El demandante se refiere a que nuestra legislación no ampara el abuso del derecho y por tanto, este principio es un standard genérico que se aplica a los contratos. Cita doctrina en este sentido.

51. Que precisamente, el legislador acude a la solución intermedia adoptada por el Artículo 1.489 del Código Civil, en cuanto libera, a solicitud del acreedor diligente, al deudor del incumplimiento efectivo de la obligación y contempla el interés del acreedor y ha establecido al efecto, que la obligación subsiste, pero varía de objeto y que la prestación primitiva es reemplazada por otra subsidiaria, generalmente dinero, cuyo pago sucede a la ejecución efectiva de la obligación. Que tal es en síntesis, el cumplimiento por equivalencia de la obligación, así llamado precisamente porque representa el beneficio que le hubiera reportado de haber sido satisfecha la obligación en forma íntegra, efectiva y oportuna.

52. Que el anterior cumplimiento por equivalencia constituye la indemnización de perjuicios que se le concede como acreedor para resarcirse de los perjuicios que le ocasiona la inejecución del contrato.

53. En subsidio, agrega el demandante, y para el caso que este Tribunal estime que la cláusula undécima del contrato no es nula y sí válida, alega que la demandada para ajustar su conducta a derecho estaba facultada únicamente para invocar, como causa legal de terminación del contrato, la cláusula undécima, previa acreditación de o los incumplimiento (s) imputable (s) a su persona en sede jurisdiccional, puesto que del tenor de aquella cláusula, la resolución no opera de pleno derecho.

54. Procede a citar la cláusula undécima, que sería decidora al respecto: “la empresa podrá dar término ipso facto al presente contrato”. Señala que si la Constructora puede requerir su terminación es porque la resolución no ha operado y siempre debe ser solicitada a un tercero ajeno, independiente y subjetivamente imparcial.

55. Que de acuerdo al Artículo 1.547, inciso 3. del Código Civil, el incumplimiento del deudor se presume culpable y la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. En consecuencia, tiene en su favor la presunción legal de que el contrato ha terminado por el incumplimiento culpable de la demandada. Así las cosas, tocará en consecuencia a ZZ probar que ha procedido como un buen padre de familia en el cumplimiento de sus deberes contractuales.

56. A continuación expone algunos títulos en relación a los daños, nexos causal y la constitución en mora de la demandada.

57. Bajo el título “Daños y perjuicios ciertos y determinados, previsibles y directos”, el señor XX Indica que, el daño o perjuicio causado por la demandada, al incumplir el contrato de que se trata, reúne los requisitos legales para ser indemnizado, en consecuencia son directos, ciertos y previsibles.

58. Que el daño es directo cuando existe un nexo causal entre el incumplimiento y el daño y previsible cuando era posible prever al momento de celebrarse el contrato.

59. Que estos dos requisitos se cumplen para el contrato de prestación de servicios de mano de obra que celebró con la Constructora, ya que su conducta lo ha privado de parte de su patrimonio, sin justa causa, consistente en dejar de pagar parte del contrato a que tenía derecho, producto del término del mismo. Dice que a lo anterior debe agregar aquellas cantidades descontadas ilegalmente en los dos hitos de pago a que ya hizo referencia.

60. Que además, dice el demandante, el daño es previsible porque era posible de prever para la demandada en forma anticipada qué daños le causaría con la terminación del contrato. Que dicho daño está avaluado en la letra misma del contrato –cláusula cuarta, relativa al precio de los servicios encomendados-, puesto que sus expectativas eran cumplir la totalidad del contrato y recibir, en consecuencia, la totalidad del precio acordado. Con la terminación, el daño se hizo cierto e inevitable.

61. Bajo el título “Daño Material”, señala el actor que los daños materiales permiten distinguirse en dos especies: a) daño emergente y b) lucro cesante. Que el primero consiste en el menoscabo efectivo ocasionado por el incumplimiento del contrato y el segundo, el menoscabo consiste en lo que se dejó de percibir por la inexecución del contrato. Agrega que el lucro cesante que le ha ocasionado la terminación anticipada del contrato, ha consistido en el hito de pago que no se le ha pagado en tiempo y forma por parte de la demandada, más los descuentos realizados por la misma, sin fundamento alguno, de los estados de pago, por concepto de supuestos e inexistentes atrasos de sus trabajadores expresados en horas-hombre (HH) todo ello, según consta del contrato y de los estados de pago.

62. Bajo el acápite “Nexo Causal”, señala que en el caso sublite, existe nexo causal entre el incumplimiento y el daño que se le produjo, como lo exige el Artículo 1.558 del Código Civil, el cual es consecuencia directa e inmediata del término unilateral y abrupto del contrato de marras.

63. Bajo el título “Constitución en Mora”, explica que como el contrato aludido no contiene regla para constituir en mora a la demandada, debe entenderse ésta interpelada judicialmente, desde que ha sido reconvenida judicialmente ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, todo ello conforme lo prescribe el Artículo 1.551 regla 3ª del Código Civil, y por ende se sigue como consecuencia que desde esa fecha deberán calcularse los reajustes e intereses por concepto de las indemnizaciones solicitadas en la parte petitoria de la demanda, hasta su entero y cumplido pago.

64. El señor XX concluye su demanda formulando las siguientes peticiones, declarando u ordenando, en su caso:
- a) La resolución del contrato de prestación de servicios de mano de obra celebrado por él y ZZ, de fecha 11 de enero de 2010, a partir de la fecha en que se dicte sentencia favorable y ésta se encuentre ejecutoriada;
 - b) Que se condene a la demandada a pagarle como consecuencia de la resolución del contrato, a título de daños y perjuicios las siguientes cantidades:
 - El saldo de precio adeudado por la demandada a esta fecha como consecuencia de la terminación extemporánea del contrato que los une y que asciende a la cantidad de \$ 5.933.999. Esta suma corresponde al hito III del contrato de prestación de servicios de mano de obra que se le encomendó.
 - Se declare la obligación de la demandada de hacerle devolución de los descuentos indebidos que realizó de los estados de pago números 1 y 2 por concepto de atrasos, que no existieron ni están justificados o acreditados, de sus ex trabajadores y que ascienden a \$ 3.278.718.
 - Se condene a la demandada, a indemnizarle por concepto de daño moral, según este Tribunal lo estime de derecho, ocasionado por el incumplimiento de los deberes fiduciarios y de buena fe establecidos en el contrato por parte de la demandada, por la contratación de todo su personal estando vigente el contrato, daño que valora en la suma de \$ 10.000.000.
 - Se condene a ZZ a pagar, a título de indemnización de perjuicios contractuales directos y previsibles, la cantidad de \$ 200.000, correspondiente al dinero que pagó a don B.P., para poner término al juicio laboral en el que fue demandado por un acto unilateral e injustificado del administrador del contrato por parte de la demandada (P.G.) -el despido del trabajador- según explicó en el cuerpo de la demanda, por las prestaciones laborales adeudadas y que fue consecuencia inevitable de la terminación del contrato por parte de la Constructora.
 - Que se condene a la Constructora a sufragar las costas de este juicio y que ha tenido que desembolsar para sufragar su defensa y que representan los honorarios de sus abogados, así como la tasa administrativa del CAM para poner en ejercicio sus derechos, al momento de interponer la solicitud de arbitraje.
 - Los reajustes e intereses de estas sumas, que se calcularán al momento de efectuarse la liquidación del crédito hasta su entero y cumplido pago.

65. A fs. 141 de autos, la demandada ZZ contestó la demanda y dedujo demanda reconvenzional. A fs. 183, se tuvo por no contestada la demanda en rebeldía de ZZ y no se dio lugar a la demanda reconvenzional, atendido que no fueron presentadas en la sede de este Tribunal dentro de plazo. A fs. 185, ZZ dedujo reposición de la resolución de fs. 183 y a fs. 190 el actor evacuó el traslado. El Tribunal a fs. 191 resolvió no dar lugar a la reposición de fs. 185, sin costas.

Prueba

66. Por resolución de fecha 14 de diciembre de 2010, escrita a fs. 197, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los que figuran en su texto.

67. La prueba documental presentada por el demandante consistió en:

- a) Fotocopia simple del contrato suscrito por las partes de fecha 11 de enero de 2010.
- b) Copia simple de Orden de Compra de fecha 9 de diciembre de 2009, por la suma de \$ 21.182.000, correspondiente al "Servicio de Mano de Obra Proyecto Bodegas TR1".
- c) Copia simple de dos correos electrónicos entre don XX y don R.V., de fecha 2 de diciembre de 2009.
- d) Copia simple de correo electrónico entre don XX y R.V. de fecha 6 de enero de 2010.
- e) Copia simple de tres correos electrónicos entre don XX y don P.G., de fechas 1, 2 y 3 de marzo de 2010.
- f) Fotocopia de Orden de Compra, extendida por TR1, a don XX, de fecha 8 de enero de 2010, por el concepto de mano de obra Proyecto TR1, de Colina por un total de \$ 21.184.376, IVA incluido.
- g) Estados de pago N° 1 y N° 2, emitidos por ZZ a don XX.
- h) Correos electrónicos enviados entre las partes de fechas 1 de diciembre de 2009 y 7 de enero de 2010.
- i) Contratos de trabajo a plazo fijo celebrados entre don XX en calidad de empleador y sus trabajadores, de fecha 11 de enero de 2010. Contrato de trabajo celebrado entre don XX y el señor G.V., de fecha 12 de enero de 2010.
- j) Diez finiquitos celebrados entre don XX y sus trabajadores, de fechas 3 y 4 de marzo de 2010, según el caso.

- k) Diecisiete liquidaciones de remuneraciones correspondientes a los meses de enero y febrero de 2010 de los trabajadores de don XX.
- l) Demanda de despido injustificado interpuesta por don B.P., en causa RIT – 2010, ante el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago.
- m) Resolución de fecha 25 de mayo de 2010, emanada del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en causa RIT - 2010.
- n) Acta de Audiencia Única de Conciliación y Prueba de Procedimiento Reclamo Monitorio, de fecha 23 de junio de 2010, ante el Segundo Juzgado de Santiago, en causa RIT – 2010.
- o) Facturas N° 1768884; 1768237; 1768835 y 1768832, extendidas por TR2 a don XX, de fechas 11 de enero de 2010.
- p) Facturas N° 1767983; 1770742 y 1776881, extendidas por TR2 a don XX, de fechas 12, 20 y 29 de enero de 2010
- q) Set de ocho fotografías.

68. La parte demandada rindió la siguiente prueba documental:

- a) Correspondencia electrónica existente entre don XX, P.G. y don R.V., entre las fechas 2 de diciembre de 2009 y 24 de febrero de 2010.
- b) Informe técnico elaborado por don P.G. de fecha 1 de abril de 2010.
- c) Copia autorizada ante Notario del libro de obras del Proyecto TR1.
- d) Copia de registro interno de asistencia llevado por ZZ.
- e) Fotocopia de Contrato de Construcción por Administración entre ZZ y TR1, de fecha 15 de diciembre de 2009.
- f) Constancia ante Carabineros de Chile, en enero de 2010.
- g) Copias simples de facturas emitidas por TR2, correspondientes a los N° 1789646, de fecha 24 de febrero de 2010 y 1791511, de fecha 8 de marzo de 2010.
- h) Copia simple de carta enviada por don W.L., en representación de TR1, en que informa a ZZ de los incumplimientos constatados.
- i) Respuesta enviada a la empresa TR1, por ZZ a la correspondencia anteriormente señalada.
- j) Fotocopias de dos fotografías.
- k) Contrato de trabajo y finiquito de los trabajadores: don D.A., don M.M., don C.P., don G.A.
- l) Finiquito del trabajador don R.V.
- m) Contrato de trabajo y finiquito del trabajador don A.S. y de don R.L.

69. Por regla general, el Tribunal atribuyó valor probatorio de plena prueba a los instrumentos no objetados, con respecto de quienes aparecen emitiéndolos o suscribiéndolos. Los documentos que no se mencionan en la parte considerativa de esta sentencia, resultaron a juicio del Árbitro, de menor significación o bien, irrelevantes para la resolución del asunto.

70. Se rindió prueba testimonial. Declararon por el señor XX, doña N.C. a fs. 322 y M.P. a fs. 333. Por ZZ lo hicieron don M.M. a fs. 340, don O.F. a fs. 349 y P.G. a fs. 367. No se formularon tachas a los testigos.

71. Se rindió prueba confesional. A fs. 363 compareció don R.V., debidamente juramentado e interrogado en forma legal, al tenor del pliego de posiciones abierto en dicha audiencia.

72. Por resolución de fecha 17 de mayo de 2011, escrita a fs. 466, se confirió traslado a las partes, por el término de ocho días, para formular observaciones a la prueba. Las partes lo hicieron en sus escritos de fs. 468 la demandante y 476 la demandada.

73. Por resolución de fecha 1 de agosto, a fs. 481, el Árbitro citó a las partes para oír sentencia.

EN CUANTO AL FONDO

74. Que la demanda de autos, en su petición principal, persigue que se declare la resolución del contrato Suministro de Mano de Obra Etapa Obra Gruesa en Obra: Construcción Galpón y Edificio Corporativo TR1, celebrado entre las partes de este litigio y que se condene a la demandada, ZZ, a pagar al actor, XX, la suma de \$ 19.412.717, con costas, por concepto de daños y perjuicios producto del incumplimiento.

75. El demandante funda su acción de resolución en el hecho de que ZZ habría incumplido el contrato al darle término unilateralmente, sin fundamento y sin cumplir con ninguno de los requerimientos contractuales y legales para dar ello.

76. Previo a analizar la petición principal del señor XX, tendiente a que se resuelva el contrato más indemnización de perjuicios, cabe tener presente que, en los hechos, es irrefutable la existencia del contrato de autos de fecha 11 de enero de 2010 y del aviso del término del mismo enviado por ZZ al demandante con fecha 3 de marzo de 2010.

77. En efecto, tanto el contrato como el aviso de término antes referido, fueron acompañados por el señor XX en su demanda de fs. 39, no siendo objetados ni observados en forma alguna por la demandada.

78. De este modo, sólo queda a este Árbitro Arbitrador determinar el alcance y sentido de los referidos instrumentos. Para ello nos ceñiremos a la letra de los mismos y a lo expresado por las partes en el presente pleito.

79. Como se señaló en la parte expositiva de este fallo, el demandante solicita al suscrito declarar la resolución del contrato sublite más la correspondiente indemnización de perjuicios, basándose en el incumplimiento en que habría incurrido ZZ.

80. Dice el actor que dicho incumplimiento consistiría en el hecho de que la demandada puso fin al contrato de pleno derecho, cuando de la lectura del contrato sería evidente que para dar por resuelto el contrato sería necesaria una sentencia judicial que así lo declare. Como se viera, el actor indica que en el contrato nunca se estipuló un pacto comisorio calificado y que sin embargo lo que el contrato contempla es un pacto comisorio simple.

81. Cabe entonces referirse a qué se entiende por pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado. René Abeliuk es claro en ese sentido y señala que, *“el primero se limita a reproducir el Art. 1.489, y estipular, en consecuencia, que el contrato se resolverá en el caso de que alguna de las partes no cumpla lo pactado.*

*El pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución ipso facto se caracteriza por esto último, es decir, porque las partes han buscado alterar los efectos normales de la resolución, conviniendo que el contrato se resuelva de pleno derecho de inmediato por el solo incumplimiento”.*¹

82. Habiéndose aclarado la diferencia conceptual de cada una de las instituciones referidas, es preciso reproducir el inciso primero de la cláusula undécima del contrato, que es del siguiente tenor: En la eventualidad que el proveedor no diere cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones que le impone el presente instrumento, con la rapidez, diligencia y competencia requeridos, o no prestare o paralizare la entrega del servicio de mano de obra justificado por más de tres días, corridos o acumulados durante un mes, la empresa podrá dar término “ipso facto” al presente contrato, sin tener el proveedor derecho a solicitar indemnización alguna.

83. A juicio de este Árbitro, la cláusula antes transcrita no permite una doble lectura. Lo único que se pactó en la cláusula undécima es que frente al incumplimiento del señor XX, la Constructora tiene la facultad de dar término al contrato ipso facto. En este sentido, es importante tener presente que nada impide que las partes puedan pactar que frente al incumplimiento, nazca el derecho de una de ellas para poner término a un contrato ipso facto, es decir, sin necesidad de un juicio que declare su resolución.

84. Lo anterior encuentra fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, que en palabras concretas, significa que las partes pueden regular libremente sus relaciones jurídicas, sin intervención del legislador; es un poder de creación, modificación o extinción de estas relaciones y que sólo tiene como límites que no puedan ser contrarias a la ley, la moral y el orden público.

85. De este modo, queda claro que la intención de las partes fue que frente al incumplimiento por parte del señor XX de las obligaciones que impone el contrato, ZZ podía dar término ipso facto al mismo. Es evidente que las partes establecieron que no es necesaria una intervención judicial. Por tanto nos encontramos ante una cláusula que estipula que frente al incumplimiento del demandante, la demandada podía dar término ipso facto al contrato de marras sin necesidad de que una sentencia judicial así lo declare.

¹ABELIUK MANASEVICH, René; *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 4ª Edición, 2003, pp. 476

86. Antes de referirnos a si efectivamente se acreditaron o no los incumplimientos que podrían dar lugar a la aplicación de la cláusula undécima del contrato, es importante hacerse cargo de las demás alegaciones del actor en torno a la cláusula en comento.

87. Señala el demandante que la cláusula en la que se ampara la demandada para terminar el contrato es ilegal, pues vulnera la fuerza obligatoria del contrato, según la cual un contrato legalmente celebrado no puede ser dejado sin efecto en forma unilateral y discrecional de una de las partes. Asimismo, indica que es abusiva, pues se encuentra establecida exclusivamente a favor de la demandada.

88. Respecto a la ilegalidad alegada por el actor, es importante recordar que las cláusulas del contrato fueron pactadas libremente por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. El actor indica que las cláusulas fueron redactadas por ZZ, pero no rinde prueba alguna tendiente a acreditar esa alegación. En cualquier caso, ello podría incidir en la forma de interpretar las cláusulas del contrato, pero en ningún caso determina su ilegalidad o ilicitud. De la cláusula undécima sólo puede inferirse que las partes voluntariamente pactaron que frente al incumplimiento del proveedor, la empresa podrá dar término al contrato ipso facto y es imperativo que esa voluntad deba respetarse. Esa es la ley contractual a la que voluntariamente se sometieron las partes, de manera que en el evento de acreditarse el incumplimiento del señor XX, la terminación del contrato efectuada por ZZ, sería lícita.

89. Efectivamente la cláusula undécima está pactada para que ZZ pueda poner término al contrato frente a los incumplimientos del señor XX, que dicha cláusula establece. Lo anterior no es ilegal ni abusivo, puesto que los contratantes como dice Abeliuk, *“pueden estipular cualquier hecho posible y lícito como condición resolutoria, aún el más caprichoso, ¿por qué no podrían convenir que lo fuera el incumplimiento de una obligación?”*² Entonces, que la empresa pueda dar término al contrato ipso facto por un incumplimiento del proveedor, es perfectamente lícito y tampoco tiene el carácter de abusivo, puesto que las partes libremente y de común acuerdo estipularon que esa era su voluntad por lo que malamente puede ahora el demandante alegar la ilicitud y abuso invocado. A mayor abundamiento, no se vislumbra ningún tipo de ilicitud en lo pactado, tampoco que atente a la moral ni al orden público.

90. Asimismo, el señor XX alega que la cláusula es abusiva porque “está establecida exclusivamente para la demandada -ZZ-, puesto que no he renunciado en forma expresa y en parte alguna a ejercer la titularidad de la acción de cumplimiento o de resolución del contrato, tal cual lo disponen los Artículos 1.489, 1.877 y 1.879 del Código Civil”.

91. Frente a dicha alegación, sólo cabe hacer presente que la cláusula undécima, en ningún caso impide que el demandante pueda ejercer la titularidad de la acción de cumplimiento o de resolución del contrato, pues dichas acciones son de la naturaleza de todo contrato bilateral (Artículo 1.489 del Código Civil), y en autos no consta -tal como lo indica el actor- que se haya renunciado expresa o tácitamente a ellas.

92. Dicha cláusula se estableció en atención a los incumplimientos que podían devenir de la actuación del señor XX, de manera que, respecto de los incumplimientos en que podría incurrir la Constructora, el actor siempre conserva sus acciones de cumplimiento o de resolución que prescribe el Artículo 1.489 del Código Civil, puesto que son un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral y como se desprende del contrato y de la propia confesión del actor, éste nunca renunció a ellas. En todo caso, ZZ también pudo, en caso de optar por no resolver el contrato, exigir su cumplimiento, fundado en el mismo Artículo 1.489 del Código Civil.

93. Entonces, el hecho de que la cláusula undécima haya sido estipulada en los términos antes referidos, no implica que el actor haya renunciado a su derecho a ejercer las acciones que emanan del Artículo 1.489 del Código Civil.

94. Así las cosas, entiende el suscrito que la alegación del demandado en cuanto a que la cláusula undécima sería abusiva, es incorrecta, pues dicha estipulación no impide que el actor conserve las acciones de cumplimiento o resolución a que hace alusión.

95. Adicionalmente, el señor XX indica en su demanda que la cláusula undécima es nula, en atención a lo dispuesto en el Artículo 1.478, inciso 1º del Código Civil que prescribe: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”. Agrega que en este sentido, al dejar al solo

² ABELIUK MANASEVICH, René; *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 4ª Edición, 2003, pp. 476

arbitrio de ZZ la vigencia de las obligaciones que emanan del contrato, dicha cláusula permite ser calificada de nula, por ilicitud del objeto y por tanto debe tenerse por no escrita.

96. Corresponde aclarar la alegación anterior en los siguientes términos. No nos encontramos en la situación descrita en el Artículo 1.478, inciso 1º del Código Civil, puesto que esta norma prescribe que “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” y en el caso de autos estamos frente a un derecho que puede nacer en caso de verificarse una condición potestativa y no frente al nacimiento de una obligación. Tampoco es correcto afirmar que la condición consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, puesto que el caso es completamente diferente. La cláusula dice que frente al incumplimiento del actor, nace el derecho de la demandada para poner término al contrato ipso facto. Es decir, no es la mera voluntad de ZZ lo que permitiría que naciera el derecho de ésta para resolver el contrato ipso facto sino que el acaecimiento de un hecho, el incumplimiento del señor XX.

97. En suma, a juicio de este Tribunal, la cláusula undécima no reviste caracteres de ilícita ni de abusiva. Como se viera, la cláusula en comento tampoco es nula.

98. En la demanda, el señor XX indica que en ninguna parte del contrato se estableció un pacto comisorio calificado, cuestión que se desprendería de una lectura acuciosa de las cláusulas undécima y duodécima relativas a la solución de controversias.

99. Cabe entonces referirse ahora a la cláusula duodécima del contrato. Dicha cláusula prescribe que “Para dirimir cualquier dificultad que surgiera entre las partes y que encuentre su causa u origen en la aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, y/o sus anexos, las partes se comprometen a hacer sus mejores esfuerzos para solucionar amistosamente la controversia, para lo cual negociarán libremente durante un plazo que no excederá de 30 días corridos”. El inciso segundo indica que “En la eventualidad que las partes no logren un acuerdo en la etapa de negociación señalada anteriormente, la controversia será resuelta por don Sergio Valenzuela Vera actuando como Árbitro Arbitrador. En caso de ausencia, impedimento o cualquier otro motivo, la controversia será resuelta en única instancia, por un Árbitro Arbitrador, designado de común acuerdo por las partes de entre los miembros del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, arbitraje que se regirá por el Reglamento Procesal de Arbitraje de dicha organización. En caso de no existir acuerdo en cuanto a la designación del Árbitro, las partes confieren poder especial e irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe un Árbitro Arbitrador de entre los abogados integrantes del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. Las partes renuncian en este acto a todos los recursos procesales que pudieran proceder en contra de la resolución del Juez Árbitro, excepto el recurso de queja”.

100. El actor señala que como consecuencia lógica de lo declarado por las partes -cláusulas undécima y duodécima- siempre será necesario, para poner término válido al contrato, solicitar su resolución a un juez y no de forma unilateral como lo habría hecho la demandada.

101. En la cláusula undécima se establece que en caso de verificarse algún incumplimiento del señor XX, que dicha cláusula establece, ZZ tendrá la facultad de dar término al contrato ipso facto y en la cláusula duodécima se establece la necesidad de concurrir a un Árbitro Arbitrador en caso de dificultades entre las partes en relación a la aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato y que no hayan logrado ser solucionadas amistosamente por las partes en un plazo de 30 días corridos, empleando sus mejores esfuerzos.

102. Pues bien, según este Tribunal, la alegación del demandante en cuanto a que ZZ habría incumplido el contrato por no cumplir con lo estipulado en dicha cláusula, en el sentido de que para darle término al contrato se requería la pronunciamiento de un Tribunal, no puede acogerse según se explicará en los siguientes considerandos.

103. Las normas sobre interpretación de los contratos serán útiles para zanjar la situación. El Artículo 1.564, inciso 1º del Código Civil prescribe que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

104. De la lectura de las cláusulas del contrato de autos, especialmente de las cláusulas, segunda (“Objeto del contrato”), tercera (“Plazo para realizar los servicios”), sexta (Retenciones), séptima (“Responsabilidad por daños y perjuicios”), octava (“Responsabilidad Laboral del Proveedor”) y décima (“Horario de Trabajo”), se desprende que las

partes regularon cuáles eran las obligaciones y las responsabilidades del señor XX en la prestación de los servicios encomendados.

105. Es decir, de un examen en conjunto de las cláusulas contractuales, se puede inferir que, como se dijo, las partes voluntariamente estipularon detalladamente cuáles eran las obligaciones, responsabilidades y deberes del señor XX.

106. Aplicando entonces la norma del Artículo 1.564, inciso 1º del Código Civil, conocida como la regla de la armonía de las cláusulas, este Árbitro considera que la cuestionada cláusula undécima es armónica con las demás cláusulas contractuales, especialmente las citadas en el considerando 104º anterior, pues ésta regula el nacimiento del derecho de ZZ para poner término al contrato ipso facto en caso que se verifiquen incumplimientos a las obligaciones detalladas en las cláusulas referidas.

107. Además, ayuda a esclarecer la situación, la disposición consagrada en el Artículo 1.562 del Código Civil que dice: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

108. Entonces, es elemental que si las partes estipularon que frente al incumplimiento de las obligaciones por parte del señor XX, la Constructora podía dar término al contrato ipso facto, esto pueda producir efectos, aún existiendo la cláusula duodécima.

109. El hecho de que las partes hayan pactado en la cláusula duodécima que si luego de la etapa de negociación amistosa, las partes deban someter las controversias a un Árbitro Arbitrador, no impide que la cláusula undécima tienda a producir efectos o que pudiera considerarse como contradictoria con la cláusula duodécima.

110. Lo anterior se explica de la siguiente forma. Si las partes no hubiesen pactado que las controversias se sometieran al conocimiento de un Árbitro Arbitrador, éstas se hubiesen resuelto a través de la justicia ordinaria, sin que se haya pactado expresamente, situación que no afectaría a lo estipulado en la cláusula undécima. Es decir, siempre, exista o no un pacto expreso en el contrato, las controversias se ventilan ante un juez, sea éste en calidad de Árbitro u ordinario, por lo que malamente puede la cláusula segunda restar fuerza o determinar la ilicitud de la undécima. En el fondo, la cláusula segunda lo que viene a establecer es que las controversias se someterán al conocimiento de un Árbitro Arbitrador en lugar de un juez ordinario, de manera que no afecta a lo pactado en la cláusula undécima, que estipula el derecho de ZZ para poner término ipso facto al contrato en caso de verificarse incumplimientos del actor.

111. En este sentido, la cláusula undécima es armónica con las demás cláusulas contractuales, entre ellas la duodécima, y de acuerdo a lo relacionado, ésta debe interpretarse en el sentido de que deba producir efectos, de manera que así será.

112. De este modo, habiéndose determinado el alcance y sentido de las cláusulas undécima y duodécima del contrato, es necesario determinar si la forma en que ZZ puso término al contrato de autos es o no un incumplimiento de su parte.

113. Como se viera en los considerandos anteriores, lo que se pactó en la cláusula undécima es que en la eventualidad de que el señor XX incurriera en determinados incumplimientos del contrato, ZZ tendrá el derecho de ponerle término ipso facto.

114. Ahora corresponde determinar si efectivamente existieron esos incumplimientos por parte del señor XX, que justificarían la terminación del contrato por parte de ZZ.

115. Señala el demandante que el señor P.G., comenzó a descontar de los estados de pago sin fundamento alguno, varios millones de pesos, argumentando de forma muy básica que el personal del demandante no cumplía con sus horarios de trabajo y llegaba tarde a efectos de prestar los servicios contratados. Dice que, por ejemplo, en los estados de pago N° 1 y N° 2, la demandada le descontó 659 y 435 horas-hombre respectivamente, sin justificación de los atrasos e inasistencias de sus trabajadores.

116. Consta en el proceso a fs. 199 y 200, prueba instrumental aportada por el demandante, que son los estados de pago N° 1 y N° 2 a que se hace referencia en autos.

117. Pues bien, de estos instrumentos también aparece claramente que en el estado de pago N° 1, las horas efectivamente trabajadas fueron 1.321 y en el estado de pago N° 2, 1.545. Es decir, efectivamente se descontaron 659 y 435 horas-hombre de cada uno de los estados de pago, toda vez que se habrían verificado por parte de ZZ, atrasos e inasistencias de los trabajadores del señor XX a prestar los servicios de mano de obra contratados.

118. Asimismo, consta que los dos estados de pago fueron debidamente firmados por ZZ y por el señor XX, quien aceptó conforme los referidos estados de pago.

119. Dicha prueba fue aportada por el demandante, el señor XX y no objetada de contrario, razón por la cual hace plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado, de la fecha del instrumento y de haberse formulado las declaraciones que constan en dichos documentos. (Artículo 1.702 del Código Civil).

120. Así las cosas, queda asentado en autos que el demandante firmó ambos estados de pago, aceptando conforme lo que en ellos se declara, es decir, y para estos efectos, que sus trabajadores en el mes de enero de 2010 trabajaron 659 horas menos que las que se encontraban obligados por contrato y 435 horas en el mes de febrero.

121. El objeto del contrato era que el señor XX suministrara mano de obra para el proyecto Construcción Galpón y Edificio TR1 y que el valor de dichos servicios consideraba un monto mensual neto, por la totalidad de las horas-hombre en base a un total de 11 trabajadores. Entonces, es evidente que la obligación de cumplir con lo estipulado en el contrato correspondía al señor XX y que éste debió velar porque sus subalternos cumplieran con lo estipulado en el contrato, de manera que los incumplimientos imputados en los estados de pago referidos en los considerandos previos, deben necesariamente ser atribuibles al demandante.

122. Es importante hacer presente lo señalado por el actor en su libelo, cuando dice que nunca se le justificó la inasistencia de sus trabajadores y que ZZ le habría indicado que, de no aceptar el descuento, no recibiría su dinero por el primer estado de pago de manera que no le habría quedado otra opción que recibir lo que se le ofreció.

123. Se ha señalado en los considerandos precedentes que, el señor XX aceptó conforme los estados de pago en que se le imputaban descuentos por horas-hombre no trabajadas.

124. Entiende este Árbitro que la alegación del demandante en el sentido de que firmó los estados de pago, no obstante que los descuentos que en ellos se expresa son infundados, no puede prosperar, puesto que es un argumento que se desentiende de su actuación civil previa, por lo que es plenamente aplicable en este caso lo que en doctrina se conoce como teoría de los actos propios. En palabras de don Alejandro Romero Seguel: *“La regla jurídica referida es de aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, como una emanación del principio de la buena fe, y graficada en la fórmula latina: venire contra proprium factum nulli conceditur; venire contra factum proprium non valet. Según Borda, se trata de una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”*.³

125. Lo que se viene diciendo es que el señor XX al aceptar los estados de pago con los descuentos incluidos, afirmó o reconoció que las horas-hombre descontadas eran efectivas, o dicho de otro modo, que existieron menores horas trabajadas que lo que correspondía por contrato, de manera que no es lícito negar su actuación anterior e invocar en este pleito que esos descuentos son infundados y que fueron aplicados de manera discrecional por ZZ y que debió aceptarlos porque no le quedaba otra opción, pues se contradice con lo dicho o hecho por él mismo, en perjuicio ahora del demandado.

126. Así, siendo la conducta del demandante contraria a la teoría de los actos propios, sólo queda a este Tribunal desestimar la alegación y considerar que el demandante consintió en los estados de pago porque ellos contenían lo que efectivamente le correspondía recibir en atención a las horas efectivamente trabajadas por sus empleados.

127. Además, constan en el proceso a fs. 246 a 262, documentos denominados “Liquidación de Remuneraciones”. Estos documentos corresponden a liquidaciones de sueldos de trabajadores dependientes del señor XX. Dicha prueba

³ ROMERO SEGUEL, Alejandro; *Curso de Derecho Procesal Civil. La Acción y la Protección de los Derechos*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1ª Edición, 2006. pp.74.

aportada por el actor, no objetada por la contraria, permite inferir a este Árbitro Arbitrador, conjuntamente con las demás pruebas documentales analizadas, que efectivamente hubo atrasos y días en que algunos trabajadores no asistieron a la obra.

128. A mayor abundamiento, de las siguientes liquidaciones del mes de febrero, correspondientes a trabajadores del señor XX, queda demostrado que efectivamente hubo atrasos y días no trabajados. A fs. 254, 255 y 256, se descuentan en cada una de ellas, un día a cada trabajador, según se desprende de la columna “Haberese” y se imputa también un monto por concepto de atrasos, según se indica en la columna “Descuentos”. A fs. 258, 259, 260, 261 y 262 constan otras liquidaciones de remuneraciones en que también se imputa un descuento por concepto de atrasos. Mayor atención merece el documento citado a fs. 260, puesto que se descuentan dos días al trabajador don P.B.

129. Consta además a fs. 441, copia de carta enviada por el señor W.L., en representación de TR1, de fecha 15 de febrero de 2010, en que informa a ZZ de los incumplimientos constatados, especialmente en relación a los atrasos del personal del señor XX. El antedicho documento, no fue objetado por ninguna de las partes.

130. Más aún, cabe tener presente la prueba testimonial rendida por el señor M.M., (fs.340 y siguientes), A.F. (fs. 349 y siguientes) y P.G. (fs. 367 y siguientes) quienes juramentados, legalmente examinados, dando razón de sus dichos y sin tachas, están contestes en el hecho de que el señor XX incurrió, entre otros incumplimientos contractuales, en constantes atrasos a los horarios establecidos en el contrato, cuestión que implicó los descuentos por horas-hombre efectivamente trabajadas.

131. También se consideró la absolución de posiciones del señor R.V., rolante a fs. 363 y siguientes. Respecto a los descuentos realizados en los estados de pago N° 1 y N° 2, el absolvente es plenamente concordante con las demás pruebas, en el sentido de que efectivamente los trabajadores del señor XX llegaban atrasados a cumplir con sus funciones, de manera constante.

132. Así las cosas, al parecer del suscrito, ha quedado demostrado que el señor XX incumplió el contrato en la parte en que se obligó a trabajar según el horario indicado y completar 45 horas laborales semanales (cláusula décima). A mayor abundamiento, considerando que el contrato tenía una duración de tres meses, los atrasos en que incurrió el señor XX no pueden considerarse como incumplimientos menores o irrelevantes, pues constituyeron, a juicio de este Tribunal, una suma considerable de horas-hombre no trabajadas en relación a la duración del contrato de autos. Lo anterior implica necesariamente que no se dio cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones contraídas con la diligencia y competencia requeridas.

133. Huelga referirse a la siguiente expresión de la cláusula undécima: “...o no prestare o paralizare la entrega del servicio de mano de obra justificado por más de tres días, corridos o acumulados durante un mes...”.

134. Del documento acompañado a fs. 200, consistente en el estado de pago N° 2, correspondiente al mes de febrero de 2010, y que como se viera, se encuentra debidamente firmado y aceptado por el señor XX, las horas-hombre que debían ser trabajadas eran 1.980, considerando 11 trabajadores y 45 horas semanales. Se desprende también que las horas efectivas trabajadas fueron 1.545, razón por la cual se descontaron 435 horas-hombre.

135. Considerando que las 1.980 horas que debían trabajarse corresponden a 20 días, es decir, de lunes a viernes, durante un mes, completando 45 horas semanales, en razón de 11 trabajadores, el descuento correspondiente a 435 horas-hombre son 4,393 días no trabajados. Lo anterior implica que el señor XX dejó de prestar la entrega del servicio de mano de obra por más de tres días acumulados durante un mes, cuestión que significa un incumplimiento a la cláusula undécima, que prescribe dicha situación.

136. Adicionalmente, este Tribunal ha constatado en el proceso que los trabajadores del señor XX se ausentaron del trabajo los tres primeros días de marzo.

137. Si bien es un hecho de público conocimiento el terremoto ocurrido con fecha 27 de febrero de 2010, a juicio de este Árbitro, no se acreditó que los trabajadores se hayan encontrado imposibilitados para acudir a su trabajo ni tampoco que éste haya dado alguna explicación al respecto a ZZ. Es decir, también el señor XX dejó de prestar la entrega del servicio de mano de obra al menos los tres primeros días de marzo, incurriendo así en el incumplimiento contractual que se expone en la cláusula antes citada. A mayor abundamiento, si fuese efectivo que los trabajadores se encontraban en una

situación que no les hubiese permitido asistir a su trabajo, al parecer del suscrito, debió al menos existir algún tipo de comunicación por parte del demandante para con ZZ informando que su inasistencia se debía a la mencionada situación.

138. No se ha constatado dicha comunicación por parte del actor, cuestión que, este Árbitro Arbitrador, considera como incumplimiento contractual, pues el Artículo 1.546 del Código Civil indica que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Pues bien, según el parecer de este Tribunal, el señor XX tenía la obligación de comunicar a ZZ acerca de las inasistencias de su personal a trabajar, cuestión razonablemente lógica y que deriva justamente de la naturaleza de la obligación, de la costumbre y de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos.

139. De acuerdo a la prudencia y equidad con que se ha apreciado la prueba aportada en autos, a juicio de este Tribunal, los incumplimientos antes dichos se encuentran acreditados. Sin perjuicio de ello, corresponde al suscrito referirse al debate generado en torno a los registros de asistencia de los trabajadores del señor XX.

140. No se tuvo a la vista el libro de asistencia a que las partes hicieron referencia en autos. No obstante que los estados de pago N° 1 y N° 2 reflejan las horas-hombre descontadas por conceptos de atrasos e inasistencias y que, como se vio, fueron firmados conforme por el señor XX, este Árbitro apreció también los documentos rolantes a fs. 422, 423 y 424, consistentes en los registros de asistencia llevados internamente por la empresa demandada. Asimismo, se tuvo presente el documento intitulado “Informe Técnico por Término de Contrato a XX”, de fecha 1 de abril de 2010 y rolante a fs. 399.

141. En los referidos documentos, acompañados con citación y no observados ni objetados, se reflejan las horas efectivamente trabajadas y en cuya razón se efectuaron los descuentos en los estados de pago a que se ha hecho alusión en esta sentencia.

142. Por otro lado, la prueba aportada por la parte demandante, especialmente la testimonial, permitió al suscrito notar que, a diferencia de la Constructora, el señor XX no llevaba registros certeros de la asistencia de sus trabajadores, por lo que, en este sentido, se le ha dado mayor fuerza probatoria a los documentos y declaraciones efectuadas por ZZ.

143. En efecto, doña N.C., a fs. 322 y siguientes, declaró, respecto a si vio personalmente el libro de asistencia para confeccionar las liquidaciones de sueldo: “Las primeras liquidaciones de sueldo que se hicieron, fue la primera vez que don M.M. me mostró el libro y de ahí se hicieron solamente con el control que se llevaba con el jefe de obra en terreno, que se hacía diariamente en mi planilla Excel y además con don XX en obra, cuando él iba”: También la declaración de don M.P., rolante a fs.333 y siguientes es relevante en este sentido, pues al ser preguntado donde contrastaba la efectividad de los días trabajados respondió “en el libro de asistencia”, luego, respecto a si para realizar la auditoría revisó el libro de asistencia, señaló “no lo tenía en esos momentos, lo que no significa que no se pueden realizar esos pagos”. Asimismo, respondió negativamente cuando se le preguntó si había podido contrastar efectivamente y no de acuerdo a los que aparecía en las liquidaciones que ya se encontraban efectuadas, que los días que en ellas aparecían como pagados efectivamente se hubiesen trabajado. A fs. 367 y siguientes declaró don P.G. en el siguiente sentido: “él [el señor XX] no mantenía un control de asistencia veraz, ya que no se presentaba jamás a las 08:00 horas en obra, por tanto si el libro que él mantenía, era firmado, o no, es algo que yo desconozco”, cuestión plenamente concordante con las demás declaraciones.

144. De lo señalado, este Árbitro ha concluido que existe suficiente prueba para convencerse de que el señor XX incurrió en la causal de atrasos e inasistencias de los trabajadores, verificándose el incumplimiento alegado por ZZ. A mayor abundamiento, no logró el suscrito convencerse de que los incumplimientos por concepto de atrasos imputados al señor XX hayan revestido el carácter de discrecionales e injustos, como lo indica el actor en su demanda, pues toda la prueba apunta a que quienes efectivamente llevaban un control de las asistencias era ZZ y no el demandante.

145. Por otra parte, el demandante indica en su libelo que ZZ al terminar el contrato le imputó, además de los atrasos, el haber prestado los servicios en condiciones de seguridad no óptimas para sus ex trabajadores, cuestión que desmintió tajantemente. Así las cosas, y de acuerdo al Artículo 1.698 del Código Civil, correspondía al actor probar el cumplimiento de su obligación.

146. A juicio de este Árbitro Arbitrador, el incumplimiento acreditado en autos respecto de los atrasos e inasistencias de los trabajadores del señor XX es fundamento suficiente para la aplicación por parte de ZZ de la cláusula undécima, con que se puso término al contrato de autos.

147. No obstante lo indicado en el considerando precedente, es preciso señalar que la prueba aportada en autos no ha logrado tampoco infundir convicción a este Árbitro Arbitrador en cuanto a que el demandante haya cumplido con la obligación de aportar todos los elementos de seguridad apropiados a sus trabajadores para trabajar en las faenas.

148. Según el análisis de la prueba rendida, en especial las declaraciones testimoniales de ambas partes, las facturas aportadas por el actor y por la demandada, demás pruebas documentales y absolución de posiciones, al parecer de este Árbitro Arbitrador, el incumplimiento imputado al señor XX en cuanto a no haber suministrado todos los elementos necesarios para que sus ex trabajadores hayan trabajado en condiciones de seguridad apropiadas, se encuentra verificado.

149. En este sentido, se hace presente que constan en el proceso facturas que darían cuenta de que el señor XX adquirió algunos elementos para cumplir con su obligación establecida en la cláusula segunda, inciso tercero del contrato. Sin embargo, ello no implica que todos esos elementos se hayan utilizado por sus ex empleados en el trabajo de obra. Las fotografías acompañadas tampoco logran convencer al suscrito, puesto que carecen de algún certificado notarial y de fecha cierta. Tampoco queda acreditado que quienes aparecen en las fotografías sean los trabajadores del señor XX, así como tampoco que el lugar en que las personas aparecen trabajando sea el lugar donde se debían prestar los servicios. Además, constan también facturas de las cuales se puede inferir que fue TR1 quien adquirió algunos de los elementos de seguridad que debía proveer el señor XX, cuestión que ocurrió durante la vigencia del contrato, lo que implicaría que el actor incumplió con su obligación contractual de aportar los elementos de protección personal para sus trabajadores. Que a mayor abundamiento, la prueba testimonial a juicio de este Tribunal, no tiene la fuerza necesaria para permitir la convicción de que se cumplió con esta obligación.

150. Que de acuerdo a lo expuesto por el demandante de autos, lo que se sometió al conocimiento de este Árbitro Arbitrador, fue determinar si ZZ incumplió el contrato al ponerle término al mismo de manera unilateral, discrecional, de manera infundada y sin forma de juicio, cuando del contrato fluiría que es necesario para terminarlo un juicio previo. Que como consecuencia de lo anterior, indica el actor, correspondería al suscrito en virtud de los incumplimientos de la Constructora, dar por resuelto el contrato de autos y condenar a la demandada a las indemnizaciones solicitadas por el actor.

151. Que además, el actor indica que ZZ infringió su obligación de no hacer derivada de los deberes fiduciarios implícitos a todo contrato, de comportarse de buena fe a lo largo de todo el iter contractual. Lo anterior se refiere a que acto seguido de poner término al contrato y una vez que el demandante tuvo que finiquitar a todos los trabajadores, la Constructora procedió a contratar a la totalidad de sus ex trabajadores, vigente aún el contrato de mano de obra, pues esto no había sido resuelto por sentencia judicial firme.

152. De acuerdo a lo analizado, como se ha dicho, el suscrito considera que lo que se pactó entre las partes fue una cláusula que facultaba a ZZ a terminar el contrato ipso facto frente a la eventualidad que el señor XX no diere cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones impuestas por el contrato, con la rapidez, diligencia y competencia requeridas.

153. Pues bien, de la prueba aportada y analizada en los considerandos previos, ha quedado acreditado que el señor XX incumplió con la obligación de completar las horas semanales de sus trabajadores a que se obligó en virtud de la cláusula décima del contrato, referida al horario de trabajo, cuestión que necesariamente implica que el actor no dio cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones que el contrato le imponía. Además se probó que se verificaron más de tres días sin prestar los servicios contratados y que también los trabajadores se ausentaron los tres primeros días de marzo. A mayor abundamiento, a juicio de este Tribunal, ha quedado demostrado que el señor XX tampoco cumplió con su obligación de aportar todos los elementos de protección personal que requerían sus trabajadores (cláusula segunda del contrato).

154. Lo anterior significa que ZZ al dar término ipso facto al contrato no incurrió en el incumplimiento que alega el demandante, sino que ejerció la facultad que la cláusula undécima le otorgaba y que, a mayor abundamiento, fue pactada libremente y de común acuerdo por las partes contratantes. De este modo, este sentenciador no puede acoger la demanda en cuanto solicita que se declare en esta sede la resolución del contrato, pues ésta operó cuando la

demandada ejerció su derecho de terminar el contrato ipso facto, en virtud de los incumplimientos del actor, que como se viera, se encuentran acreditados en autos y son ratificados a través de esta sentencia. Así las cosas, corresponde a este Tribunal, únicamente declarar que el contrato de autos se encuentra terminado con fecha 3 de marzo de 2010, fecha en que ZZ envió un correo electrónico informando al actor del término del contrato.

155. Que en este sentido, el contrato fue resuelto con fecha 3 de marzo de 2010, por lo que ZZ no adeuda el saldo de precio correspondiente al Hito III, que el actor avalúa en \$ 5.933.999 y que correspondería al lucro cesante por el precio equivalente a lo que el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno del contrato le reportaría.

156. Respecto a la solicitud del demandante en cuanto se declare la obligación de ZZ de hacerle devolución de los descuentos indebidos que se le efectuaron en los estados de pago N° 1 y N° 2 por concepto de atrasos de sus trabajadores y que ascenderían a \$ 3.278.718, este Árbitro, de acuerdo a lo señalado en los considerandos previos de este fallo, necesariamente debe rechazar dicha solicitud. Como se señaló, el demandante firmó conforme los estados de pago N° 1 y N° 2, de manera que no puede contrariar su actuación previa y demandar los montos supuestamente faltantes en dichos estados de pago, pues en ellos se expresó claramente las horas-hombre efectivamente trabajadas y en virtud de las cuales se determinaron los montos a pagar.

157. Tampoco es viable acoger el supuesto incumplimiento indicado por el señor XX en cuanto a que ZZ habría incumplido una obligación de no hacer consistente en no contratar a los trabajadores del actor por encontrarse el contrato vigente al momento de las contrataciones. Lo anterior, por estimar el suscrito que el contrato se encontraba resuelto al momento en que ZZ contrató a los ex trabajadores del señor XX. A mayor abundamiento, el contrato no contempla dicha obligación de no hacer que indica el actor y tampoco sería contraria a la buena fe la actuación de la Constructora al proceder a contratar a los ex empleados del demandante, que se encontraban sin trabajo, precisamente por haber la demandada puesto término a la relación contractual en atención a los incumplimientos del señor XX.

158. De este modo, la indemnización por daño moral solicitada en atención al supuesto incumplimiento de los deberes fiduciarios y de buena fe que según el actor se encuentran establecidos en el contrato y que valora en \$ 10.000.000, deberá también ser rechazada. A juicio de este Árbitro, no existe incumplimiento imputable a la demandada que haya sido la causa del daño moral que el actor reclama.

159. El actor también solicita que se condene a ZZ a pagar \$ 200.000, a título de indemnización de perjuicios contractuales directos y previsibles, correspondientes al dinero que pagó a don B.P., para poner término al juicio laboral en el que fue demandando por un acto unilateral e injustificado por parte del señor P.G. al haber despedido a l mencionado trabajador.

160. A este respecto cabe remitirse a la prueba instrumental aportada a fs. 279, no objetada de contrario, y denominada “Acta Única de Conciliación y Prueba de Procedimiento Reclamo Monitorio”, en virtud del cual se puso término al juicio laboral a que el actor hace mención en su libelo.

161. Del documento indicado puede desprenderse claramente que las partes intervinientes son don B.P., XX y ZZ. Asimismo, el numeral 4° del acta señala que: “Las partes se otorgan el más amplio, completo y recíproco finiquito, declarando que nada se adeudan por concepto alguno, salvo las obligaciones que emanan de la presente conciliación”. Además el documento expresa que “El Tribunal tiene presente el acuerdo conciliatorio, otorgándole el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”.

162. De este modo, concluye este Tribunal que las partes nada se deben por ningún concepto relacionado con el juicio laboral en que don B.P. demandó solidariamente al señor XX y a ZZ, pues así se estipuló en el acta señalada. A mayor abundamiento, dicho acuerdo tiene el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales, de manera que es imposible para este Árbitro acoger la demanda por este concepto.

163. No habiéndose acreditado los incumplimientos que invoca el actor por parte de la demandada, este Tribunal estima inconducente referirse a los daños que dice el actor haber sufrido, pues como se viera, éstos habrían derivado precisamente de los incumplimientos de ZZ, incumplimientos que no han sido acreditados en autos.

Y vistas las consideraciones anteriores, las normas legales citadas, lo dispuesto en el Artículo 170 y en el Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil y lo establecido en los Artículos 1, 10, y 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales,

RESUELVO:

- 1°. Que no ha lugar a la solicitud que se declare la resolución del contrato por los incumplimientos de ZZ, pues esta operó con fecha 3 de marzo de 2010.
- 2°. Que no se hace lugar a la solicitud de la parte demandante de ser indemnizada por el saldo de precio correspondiente al Hito III del contrato.
- 3°. Que no se hace lugar a la solicitud de la parte demandante de que se le haga devolución de los descuentos aplicados por ZZ en los estados de pago N° 1 y N° 2.
- 4°. Que se rechaza la solicitud del demandante de ser indemnizado por daño moral.
- 5°. Que no se acoge la solicitud del actor de ser indemnizado de los perjuicios incurridos por el pago que efectuó para poner término al juicio laboral.
- 6°. Que se dispone que por haber existido motivo plausible para litigar, no se condena en costas al actor, absorbiendo cada parte las suyas de carácter personales, y aquellas procesales, derivadas del juicio, las deberán absorber por mitades.

MINISTRO DE FE

Se designa como Ministro de Fe para autorizar la presente sentencia y para dar copias autorizadas de la misma al notario de la Notaría de Santiago, cuyo titular es don NT1.

Resolvió don Fernando Samaniego Sangroniz, Árbitro.