

ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR

Árbitro: Sr. Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg

Fecha Sentencia: 6 de diciembre de 2004

ROL: 327

MATERIAS: Contrato de construcción de obra material inmueble por suma alzada – cumplimiento forzado del contrato – indemnización de perjuicios – multa por mayor plazo de ejecución – declaraciones testimoniales manifiesta y literalmente similares – recurso de aclaración, rectificación o enmienda – compensación.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Empresa Constructora XX S.A. dedujo la demanda en contra de Centro de Convenciones ZZ S.A., para obtener el cumplimiento forzado del contrato de construcción de obra material inmueble, con indemnización de perjuicios, junto con la declaración que la demandada ha incurrido en grave incumplimiento del contrato referido.

ZZ dedujo la demanda contra XX, solicitando se declare que ha incurrido en incumplimiento del contrato en cuanto a plazos de ejecución y correcta ejecución de las obras, junto con el pago de una multa y de indemnización de los perjuicios.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 628 y siguientes.

Código Civil: Artículos 706, 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.553, 1.556, 1.559, 1.999, 2.002.

DOCTRINA:

El proyecto original de construcción sufrió retrasos, modificaciones y alteraciones durante su proceso de ejecución que son imputables tanto al mandante, esto es, ZZ, en el sentido que éstas tuvieron su origen en el retardo de entrega de planos de arquitectura y cálculo, incorporación de nuevas obras, disminución y reformas de las mismas, circunstancias que dependían de profesionales a su cargo y de su propia decisión; como a XX, en tanto ésta evidenció falta de recursos para obtener la ejecución de las obras en los tiempos prometidos en la propuesta (Considerando N° 14).

DECISIÓN: Se rechazan las demandas de indemnización entabladas por ambas partes. Se dispone que soportarán por mitades el costo de reparación de todas las obras mal ejecutadas o inconclusas. Se deduce de la suma adeudada por ZZ el monto correspondiente a partidas no ejecutadas y cobradas por XX. Se deduce de la suma adeudada por esta última el monto por concepto de retenciones de Estado de Pago. Se ordena compensación de las sumas de dinero que han sido condenadas a pagar las partes, debiendo pagar ZZ a XX, la suma única y total determinada. Cada parte pagará sus costas, y el costo del arbitraje por mitades.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, seis de diciembre de dos mil cuatro.

VISTOS:

1. Que en estos autos, y en virtud de lo dispuesto en el contrato de Construcción de Obra Material de fecha 11 de abril de 2001, suscrito entre Empresa Constructora XX S.A., representada por don A.T.; y Centro de Convenciones ZZ S.A., representada por don E.T.; la primera solicitó al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago la designación de un Árbitro que resolviera la controversia surgida entre las partes de dicho contrato.

2. Que con fecha 10 de mayo de 2002, el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. procedió a la designación del infrascrito como Árbitro Arbitrador; designación que no fue objetada por las partes según da cuenta el certificado expedido por el Secretario General del Centro de Arbitraje y Mediación y que rola a fs. 19.
3. Que el 4 de junio de 2002 el abogado infrascrito aceptó el nombramiento ante el Notario Público señor NT y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible; que el 11 de junio de 2002 se tuvo por constituido el Tribunal y se citó a las partes a la audiencia del 18 de junio de 2002 para resolver sobre las normas de procedimiento, a la que concurrieron los abogados de las partes don AB1, por XX; y don AB2, por ZZ premunidos de sus respectivos mandatos, y acordaron las normas que se contienen en el acta de fs. 23 y siguientes.
4. Que conforme a ellas, la parte de Empresa Constructora XX, en adelante XX, dedujo la demanda en contra de Centro de Convenciones ZZ, que rola a fs. 39, con el objeto de obtener el cumplimiento forzado del Contrato de Construcción de Obra Material Inmueble por suma Alzada, celebrado con fecha 11 de abril de 2001 y sus modificaciones, con indemnización de perjuicios, y que se declarara que la demandada ha incurrido en grave incumplimiento del contrato referido. Asimismo, pidió se la condenara al pago del saldo del Estado de Pago N° 10, por \$ 78.531.293; al pago del Estado de Pago N° 12, por \$ 205.608.218; al pago de la diferencia de gastos generales por mayor plazo, por \$ 124.653.634; al pago de la diferencia por las utilidades de la obra cocinas, por \$ 98.646.911; al pago de intereses con la tasa máxima convencional sobre operaciones reajustables; y al pago, por concepto de daño moral, por la suma de \$ 98.097.240; todo ello con los reajustes correspondientes o al pago de la suma que el Tribunal determine de justicia y equidad, con costas.
5. Que fundó su demanda en que entre las partes se celebró el 11 de abril de 2001 un contrato para la construcción de obra material inmueble por la suma alzada de UF 161.278,75 para la construcción de un Centro de Eventos que se ejecutaría en DML; modificado por Addendum de 20 de agosto de 2001, en virtud del cual se habría pactado una nueva fecha, considerando además, que habilitara al mandante, entre tanto, para la toma de posesión de la obra a fin de organizar futuros eventos.
6. Que en el referido contrato las partes habrían pactado que la mandataria ejecutaría las obras de conformidad al proyecto completo e integral desarrollado por el mandante y sus asesores; sin que tuviera injerencia alguna en el diseño, arquitectura, ni proyectos de especialidades; que toda obra extraordinaria estaría afecta al recargo de utilidades; que los aumentos de plazo devengarían, automáticamente, gastos generales; que, en este sentido, según lo pactado en la cláusula quinta del Addendum referido, allí se decidió que el mandante pagaría una cifra única por concepto de gastos generales, suma que consideraría los plazos para todos los trabajos involucrados pendientes a la fecha de la firma de la modificación del contrato, y hasta el término total de la obra, cifra que se habría acordado en UF 516 más IVA; que el precio convenido se pagaría por el comitente con un 15% de anticipo, y el saldo por Estados de Pago mensuales presentados por el contratista y autorizados por la Inspección Técnica; que el plazo para la ejecución de las obras se habría fijado en 180 días corridos que vencerían el 8 de octubre de 2001, y que se habría fijado para el día 15 de noviembre de 2001 la toma de posesión de obras para la celebración de futuros eventos; todo ello siempre y cuando se dispusiera de la totalidad del proyecto antes del 31 de agosto de 2001, salvo cocinas, muebles de recepción y puertas de acceso a rampas en zócalo, no se introdujeran nuevas modificaciones a las obras contratadas y no se agregaran nuevas obras extraordinarias; que la recepción provisoria de las obras estaría a cargo de una Comisión Receptora de Obras; y finalmente, que respecto de las cinco cocinas, se habría pactado que sólo se ejecutaría su obra gruesa.
7. Que el proyecto y las obras contratadas habrían sido constante y sistemáticamente alteradas por el mandante, lo que habría ocasionado la sucesiva corrección y recorrección de planos de arquitectura y

especialidades, innumerables cambios e indefiniciones en los proyectos de especialidades, la alteración del llamado proyecto cocinas, todo lo cual habría traído como consecuencia la permanencia indefinida de su parte en el sitio para poder cumplir con los sucesivos nuevos requerimientos del mandante, con el consiguiente perjuicio.

8. Que adicionalmente, la demandada se habría negado a pagar íntegramente los últimos estados de pago y habría disputado el pago de los gastos generales derivados del mayor plazo y utilidades generadas por las obra cocinas, y costos directos más utilidades de obras extraordinarias corrientes.

9. Que reafirmando lo anterior, la demandante sostiene que de un simple examen de las Minutas de Obras, se apreciaría la gran cantidad de modificaciones que habrían sido informadas por el mandante, y que además habrían quedado pendientes de definición y entrega por parte del arquitecto y proyectista de los planos y especificaciones; que respecto de la obra cocinas, y una vez iniciada la obra, el mandante les habría informado que estaría negociando un acuerdo con un especialista del área gastronómica, quien no habría aceptado el diseño arquitectónico que existía de la zona de cocinas del Centro de Eventos, por lo que habría sido necesario volver a definirlo; para finalmente sólo encomendar a la demandante la construcción de la obra gruesa de las cocinas, quedando pendientes una gran cantidad de definiciones y obras, que sólo se habrían afinado a mediados del año 2001.

10. Que la demandante habría enviado cartas de fecha 7 de mayo y 20 de junio de 2001 a la comitente, y de 25 de julio de 2001 a la ITO, advirtiendo que el cumplimiento del plazo de construcción suponía la disponibilidad de todos los planos del proyecto, cosa que hasta esa fecha no habría ocurrido, por lo que se solicitaba la definición de los eventuales aumentos de plazos.

11. Que como consecuencia de todo lo anterior, las partes habrían suscrito el Addendum que modificaba el contrato original en los términos que allí se exponen. Sin embargo, con fecha 16 de octubre de 2001, la demandante habría denunciado modificaciones introducidas al proyecto con posterioridad al Addendum, y habría solicitado un aumento sustancial del plazo de construcción.

12. Que con fecha 15 de noviembre de 2001, la demandante habría enviado dos cartas a la ITO dando cuenta de un largo listado de modificaciones que se habrían ordenado por la comitente con posterioridad a la fecha señalada como tope en el Addendum para la definición completa del proyecto; modificaciones ordenadas pero que no se habrían definido, impidiendo el cumplimiento del plazo previsto para la toma de posesión de las obras.

13. Que con fecha 21 de noviembre de 2001, las partes se habrían reunido y acordado: Que las cocinas se iniciarían el 1 de diciembre de 2001, para lo cual XX debería contar con el proyecto arquitectónico completo; que el costo directo y utilidades de las cocinas sería presupuestado usando los precios unitarios de propuesta y aprobados por la ITO; que los gastos generales por el mayor plazo serían presupuestados por XX, aprobados por la ITO y calculado sobre la base de cuatro meses; que las obras, sin las cocinas, serían entregadas provisoriamente el 15 de enero de 2002; y que el valor de los gastos generales entre el 16 y 30 de noviembre de 2001 serían compartidos entre la comitente y XX, de común acuerdo.

14. Que con fecha 26 de febrero de 2002, la demandante habría vuelto a representar sus inquietudes respecto a las obras extraordinarias y adicionales que se habrían introducido al proyecto.

15. Que con fecha 15 de mayo de 2002 habría tenido lugar la recepción provisoria, siendo rechazada por la mandante según constaría en el Informe de Recepción Provisoria N° 1; que con fecha 28 de junio de 2002 habría tenido lugar la recepción de dichas observaciones pendientes, a las que el comitente se habría negado a revisar e inspeccionar; para concluir con un Informe de Recepción Provisoria N° 2,

que a juicio de la demandante, contendría graves imprecisiones, además de sendos listados valorizados de obras supuestamente no ejecutadas y cobradas, más un abultado listado de nuevas observaciones, las que se encontrarían plagadas de inexactitudes, confusiones, repeticiones y errores conceptuales manifiestos y graves, evidenciados en carta de fecha 25 de julio de 2002.

16. Que en relación con los fundamentos de derecho, la demandante apoya su presentación, tanto respecto de los plazos de ejecución de las obras como del aumento consecuencial de los gastos generales, en la voluntad de las partes vertida en el contrato; agregando que la demandada habría incurrido en una falta de buena fe en la ejecución de las obligaciones pactadas, a que obligan el Artículo 1.546 en relación con el Artículo 706, ambos del Código Civil.

17. Que asimismo, invoca la teoría de los actos propios y sostiene el incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, razón por la cual le sería aplicable lo dispuesto en el Artículo 1.547 del Código Civil.

18. Que por su parte, ZZ dedujo la demanda en contra de XX, que rola a fs. 60, con el objeto de que se declare que la demandada incurrió en incumplimientos de plazos de ejecución del contrato y su Addendum, por lo que correspondería la aplicación de una multa de UF 8.182,22; que la demandada incurrió en incumplimientos en cuanto a la correcta ejecución de las obras, por lo que correspondería indemnizarle en la suma de UF 12.114,6 más IVA, incrementado, si procede, en el valor de reparación de las obras defectuosas o faltantes; que en virtud de haberse disminuido y eliminado del contrato original, debería restituirse por la demandada la cantidad de UF 3.037,92, o descontarla de los estados de pago respectivos; lo anterior al valor de la Unidad de Fomento a la fecha de su pago efectivo, incrementado con los intereses corrientes; y solicita la condene en costas.

19. Que fundó su demanda en que adquirió un inmueble ubicado en DML, donde proyectó construir un Centro de Eventos y Convenciones, para lo cual decidió licitar su construcción mediante propuesta privada.

20. Que analizadas todas las ofertas, adjudicó la obra a XX, por considerar que cumplía con los requisitos técnicos, económicos y de tiempo para desarrollar la obra, para lo cual suscribió con ella el contrato de construcción de obra material por suma alzada a que se ha hecho referencia.

21. Que en dicho contrato las partes habrían estipulado: Que la empresa constructora debía ejecutar la obra de 9.000 metros cuadrados en un plazo fatal de ciento ochenta días corridos a contar del 11 de abril de 2001 y a un precio final de UF 163.644,45 IVA incluido; que la constructora se obligó a ejecutar la obra de conformidad con los planos generales, de detalles y especificaciones técnicas del proyecto elaborado por la oficina de arquitectura del señor P.T., así como de conformidad con los proyectos de especialidades y antecedentes aportados por la mandante y que ambas partes habrían declarado conocer y aceptar; que XX debía empezar a ejecutar las obras en un plazo máximo de siete días corridos desde la firma del contrato, oportunidad en que debía entregar un programa detallado de la obra; que el plazo de ciento ochenta días corridos sólo se modificaría en los casos establecidos en el contrato; que las partes habrían pactado una multa para el caso de incumplimiento en el plazo de entrega de las obras, estableciendo el mecanismo de retención de estados de pago para este último evento; que en relación a la precisión de las obras y el detalle con que ellas se especificaban en los planos, se habría convenido que los detalles de construcción que no estuvieren expresamente diseñados los resolvería el contratista de acuerdo con el arquitecto, con la ITO y con las normas prácticas usuales.

22. Que con fecha 22 de agosto de 2001, las partes habrían suscrito un Addendum al contrato original, en el que se habría regulado aspectos relacionados con el plazo final y el término de la obra, así como de la obligación de XX de terminar ciertos hitos de la obra en los plazos que allí se detallan.

- 23.** Que la demandante sostiene que el referido Addendum se habría suscrito para zanjar diferencias entre las partes por el evidente atraso que acusarían las obras, debido al escaso personal y recursos asignados a ella, otorgándosele treinta y ocho días adicionales para la conclusión de la obra.
- 24.** Que XX no habría cumplido los plazos pactados, provocando un elevado costo financiero y de daño de imagen al Centro de Convenciones, que dicho incumplimiento se extendería a esta fecha, puesto que aún no habría terminado las obras convenidas; que ya habría abandonado las obras y retirado a su personal, y que lo anterior habría sido corroborado por la ITO.
- 25.** Que la demandante sostiene que los perjuicios sufridos por el incumplimiento, que enumera y avalúa en su presentación, excederían con creces la multa pactada en el contrato.
- 26.** Que adicionalmente existirían obras visiblemente defectuosas que requerirían un alto costo para dejarlas en condiciones normales y correcta ejecución; que la demandada habría omitido ejecutar y construir, total o parcialmente, una serie de obras consideradas en el proyecto original; que habría cobrado como ejecutadas en los estados de pago presentados en la última etapa de ejecución del contrato, incluyendo partidas que no habrían sido terminadas.
- 27.** Que en relación con los fundamentos de derecho, la demandante apoya su presentación en el Artículo 1.545 del Código Civil, en cuanto todo contrato es ley para las partes, en relación con los Artículos 1.999, 2.002, 1.551, 1.553, 1.556 y 1.559 del mismo cuerpo legal.
- 28.** Que contestando a fs. 164 la demanda de fs. 60 interpuesta por ZZ, XX solicitó su rechazo en todas sus partes con costas, por ser la misma, a su juicio, improcedente. Al respecto insiste en que XX se obligó ejecutar la obra contratada en conformidad al proyecto completo e integral desarrollado por el mandante en unión con sus asesores; que las obras no pudieron terminarse el 15 de noviembre de 2001 en vista de las numerosas modificaciones, indefiniciones, y dilaciones en las obras encargadas; que no existiría un incumplimiento de plazo por su parte, ni en relación con la correcta ejecución de las obras, porque éstas se habrían entregado de acuerdo a lo encargado y aprobado por el comitente.
- 29.** Que contestando a fs. 177 la demanda de fs. 39 interpuesta por XX, ZZ solicitó su rechazo, con expresa condenación en costas, insistiendo en que la primera finalidad del Addendum habría sido la de fijar un plazo final para el término de las obras, y en segundo término el de definir una cifra única por concepto de gastos generales; que la superficie final construida habría llegado a 9.454,65 m², lo que representaría un aumento de obras de un 3,46% del proyecto original contratado; que las obras adicionales ejecutadas habrían ascendido a un total de UF 31.342, que equivaldría a menos de un 20% del contrato original; que el atraso de XX en la fecha de término y entrega de las obras sería única y exclusivamente debido a su negligencia y falta de compromiso en las obligaciones asumidas; que en relación con el reclamo de los Estados de Pago N°s. 10 y 12, debería descontarse de estos montos un total de UF 10.660,92 IVA incluido, por obras no ejecutadas, más la suma de UF 425,66 por la cocina, indebidamente cobrada por sobre el presupuesto aprobado; y que sería procedente la excepción de compensación.
- 30.** Que a fs. 213 replica la demandante ZZ a la demanda de fs. 39, insistiendo que reclama el pago de la multa por atraso, el valor de reparación de obras defectuosas y término de obras faltantes y el descuento por las disminuciones de obra; que en las bases de la propuesta se contemplaba expresamente la posibilidad de modificaciones de las obras; que el plazo acordado en el Addendum habría sido sometido a la única condición de disponer de la totalidad del proyecto antes del 31 de agosto, y que ésta habría sido cumplida según habría reconocido el representante de la constructora en carta de septiembre de 2001.

- 31.** Que a fs. 224 replica la demandante XX, a la demanda de fs. 60, sosteniendo que respecto del plazo pactado para la ejecución de las obras, las partes habrían presupuestado que el comitente no realizaría aumentos, modificaciones o disminuciones después de transcurrido el 50% del plazo convenido, situación que de verificarse, produciría automáticamente la modificación del plazo de pleno derecho, con la consiguiente compensación de gastos generales para la constructora; y que el objetivo principal del Addendum habría sido fijar una fecha para la toma de posesión material de las obras por el mandante para la celebración de futuros eventos.
- 32.** Que a fs. 241 y a fs. 257 duplican respectivamente, ZZ, y XX, quienes insistieron en los argumentos que sirvieron de base a sus respectivas demandas.
- 33.** Que a fs. 60 la demandante ZZ solicitó informe pericial urgente sobre los puntos que en dicha presentación indicaba; que luego de oídas las partes, y en desacuerdo de ellas en cuanto al nombre del perito, se procedió a su designación y, con ellas, a la determinación de los puntos sobre los que debería ilustrar al Tribunal; y que con fecha 17 de septiembre de 2002 se tuvo por ingresado al Tribunal Arbitral el referido informe.
- 34.** Que a fs. 271 se llamó a las partes a la audiencia de conciliación prevista en las reglas de procedimiento para el día 2 de diciembre de 2002, fecha en la que ella tuvo lugar, acordándose luego de un extenso debate, continuarla el día 26 de marzo de 2003, sin que se alcanzara tampoco en ella, acuerdo entre las partes.
- 35.** Que con fecha 3 de abril de 2003, y según consta a fs. 278, se recibió la causa a prueba en tanto que esta resolución fue notificada por cédula a las partes el 13 y 14 de mayo de 2003; que la resolución fue objeto de recurso de reposición por ambas partes, los que, previa recepción de los traslados evacuados, fueron resueltos por resolución de fs. 296, procediéndose a la dictación de un nuevo auto de prueba.
- 36.** Que las partes rindieron la prueba documental que rola de fs. 80 a 132; de fs. 134 a 141; y de fs. 671 a 718 de autos; y bajo custodia de este Tribunal y en cuaderno separado de este expediente, los documentos signados bajo los números 1 a 27.
- 37.** Que las partes rindieron prueba testimonial, la que rola a fs. 341 a 357, 361 a 374, 412 a 429 y 437 a 446 con el testigo señor R.T.; fs. 462 a 478, 479 a 487, 489 a 508 con el testigo señor F.E.; fs. 544 a 549 con el testigo señor A.A.; fs. 551 a 555 con el testigo señor S.O.; y fs. 580 a 584 con el testigo señor R.M.; que de común acuerdo las partes, desde fs. 586 a 626, acompañaron declaraciones escritas de los testigos señores P.C., C.M., R.R., J.S., L.H., V.V., E.C., P.M., F.B., W.J. y S.M.; de fs. 633 a 640 con el testigo señor J.C.; de fs. 643 a 652, 654 a 663 con el testigo señor P.T.; constando de fs. 664 a 751 las contrainterrogaciones efectuadas a los testigos cuyas declaraciones fueron presentadas por escrito, señores S.M., E.C., J.S. y P.C.; y fs. 752 a 754 con el testigo señor C.F.
- 38.** Que a fs. 516 consta la absolución de posiciones del representante legal del ZZ, don H.R.
- 39.** Que a fs. 238 consta que el día 13 de septiembre de 2002 fue recibido el informe pericial solicitado por la parte de XX y que fue elaborado por el perito señor PE1.
- 40.** Que a fs. 318 y 375 las partes respectivamente, solicitaron informe pericial; designándose perito por el Tribunal a don PE2, según consta a fs. 739, por no haber acuerdo entre las partes; y acompañándose dicho informe a fs. 763; que a fs. 948 la parte de ZZ solicitó la ampliación de dicho informe, el que, previo traslado a XX, fue acogido a fs. 994, constando a fs. 1.098 que con fecha 7 de septiembre de 2004 se tuvo por recibido el informe pericial complementado.

41. Que a fs. 948 y siguientes, 1.101 y siguientes constan las observaciones de las partes al informe pericial.

42. Que a fs. 998 y 1.116 constan las ampliaciones de jurisdicción acordadas por las partes, que extienden el plazo del presente arbitraje hasta el día 15 de diciembre de 2004.

43- Que según consta a fs. 1.098, el Tribunal declaró cerrado el término probatorio rigiendo desde esa fecha el término para formular observaciones a la prueba.

44. Que a fs. 1.120 y siguientes la parte de XX formuló observaciones a la prueba, en tanto que la parte de ZZ lo hizo a fs. 1.142 y siguientes.

45. Que a fs. 1.190 el Tribunal citó a las partes a oír sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. EN CUANTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL

Primero: Que las partes han objetado algunos de los documentos agregados a estos autos, según dan cuenta escritos de fs. 203, 430, 432, 433 y 434; alegando en algunos casos su falta de autenticidad y fecha de emisión, la circunstancia de emanar de la parte que los presenta o no contener firma alguna; que en otros casos, la misma parte que objeta los documentos hace uso de ellos observándolos y extrayendo conclusiones de los mismos; y que, atendido el tenor de sus observaciones, y lo dispuesto en la cláusula 12 de las reglas de procedimiento, el sentenciador resuelve rechazar las objeciones planteadas, sin perjuicio de tomar en consideración los fundamentos de las mismas al tiempo de ponderar su valor probatorio en el contexto general de la prueba rendida.

II. EN CUANTO A LA PRUEBA TESTIMONIAL

Segundo: Que respecto de las declaraciones presentadas por escrito de los testigos señores R.R. y J.S., y habida consideración de su manifiesta y literal similitud, este sentenciador las minusvalora frente al resto de la testimonial; y no habiéndose deducido tachas en contra de los restantes testigos, ni siendo sus declaraciones previas acerca de sus relaciones con la parte que los presenta, constitutivas de inhabilidad, el sentenciador tendrá presente sus testimonios, ponderando esta prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

III. EN CUANTO A LA PRUEBA PERICIAL

Tercero: Que respecto del informe pericial evacuado por el perito señor PE1, no existe constancia en autos de haber sido objetado por las partes, razón por la cual el sentenciador apreciará su mérito probatorio y sus observaciones, también de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Cuarto: Que en relación con el informe pericial y sus complementaciones, evacuado por el perito señor PE2, las partes efectuaron observaciones relativas a las consideraciones y conclusiones del mismo, no siendo objetado el procedimiento, calidad o imparcialidad del mismo, motivo por el cual el sentenciador apreciará su mérito probatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica.

IV. EN CUANTO AL FONDO

Quinto: Que de la relación consignada precedentemente puede concluirse que, en esencia, se debe establecer en el juicio de autos, si las partes cumplieron o no las obligaciones previstas en el contrato

de construcción de fecha 11 de abril de 2001 y su Addendum de 20 de agosto de 2001 y particularmente sobre las responsabilidades de las partes en la eventual entrega oportuna de planos generales y de especialidades; o alteraciones y modificaciones al proyecto original y su incidencia en los plazos y en la ejecución de las obras; sobre la existencia de defectos en las mismas frente a las especificaciones técnicas; y sobre monto de eventuales reparaciones; sobre la procedencia o improcedencia de retenciones de estados de pago; sobre una eventual aplicación de multas y sobre indemnizaciones de perjuicios, compensaciones o deducciones de sumas adeudadas.

Sexto: Que habiendo interpuesto ambas partes demanda, una en contra de la otra, en las que unos mismos hechos pudieren tener incidencia en las mismas, para poder determinar la viabilidad jurídica de las pretensiones de cada una de ellas, se hace necesario dilucidar, en primer lugar, si el proyecto original de construcción del Centro de Eventos estaba suficientemente definido al momento de iniciarse las obras; si fue o no objeto de modificaciones, alteraciones o disminuciones significativas durante su ejecución, con influencia en el curso normal de las obras y respecto de sus plazos; y de existir, si ocurrieron por cambios e indefiniciones en los proyectos de especialidades.

Séptimo: Que en este sentido las partes están de acuerdo en que el plazo original del proyecto de construcción era de ciento ochenta días, que debían contarse desde el día 11 de abril de 2001, resultando exigible la entrega de las obras el día 08 de octubre de 2001, según se establece en la cláusula séptima del contrato referido.

Octavo: Que del sucesivo intercambio de cartas entre la Constructora XX y la ITO, así como entre la ITO y el arquitecto del proyecto, entre los meses de marzo y agosto de 2001, y que se han tenido a la vista, puede desprenderse que la primera reclamó permanentemente la oportuna y completa entrega de los planos del proyecto definitivo de obras, haciendo presente que las modificaciones introducidas al mismo estaban retrazando su ejecución; en tanto que la segunda sostenía que los cambios introducidos al proyecto no debían afectar su ejecución, pues esta situación estaría compensada por la anticipación en la entrega del terreno, y que, en cambio, los retrasos se deberían a la falta de personal y recursos de XX.

Noveno: Que con fecha 20 de agosto de 2001, las partes suscribieron un Addendum al contrato original, que versó sobre el pago de los gastos generales, sobre el plazo final, término de las obras y entrega provisoria del Centro de Eventos, para la realización de eventos mientras duraran las faenas, estableciéndose plazos de entrega para obras parciales en relación con eventos específicos; fijándose como plazo para la recepción provisoria de la obra el día 15 de noviembre de 2001; acordando un plazo para la terminación de las faenas pendientes entre los días 15 de noviembre y 15 de diciembre de 2001, todo ello bajo la condición previa de la entrega de la totalidad de los planos del proyecto de arquitectura a la constructora, antes del 31 de agosto de 2001.

Décimo: Que sobre la base de los documentos analizados en los dos considerandos anteriores, así como de las declaraciones contestes de los testigos señores R.T., F.E., R.M. y P.C., es posible concluir que al momento de iniciarse la ejecución de las obras, la constructora no contaba con la totalidad de los planos de arquitectura y cálculo; que durante el proceso de construcción se produjeron alteraciones y modificaciones al proyecto original, así como retrasos en la entrega de los planos necesarios para su ejecución; y que esto redundó en una ampliación del plazo general para la entrega de las obras, acordado en el Addendum ya referido.

Undécimo: Que enseguida, resulta relevante determinar la entidad y magnitud de dichas alteraciones y modificaciones, así como su impacto en el curso crítico de las obras a partir del 20 de agosto de 2001. Para ello se ha tenido a la vista el intercambio de cartas entre la constructora XX y la ITO con

posterioridad a esa fecha, Carta Gantt original presentada por el contratista, así como la de fecha 4 de abril de 2002; los Estados de Pago N°s. 11 y 12, el informe pericial emitido por el perito señor PE2, y declaraciones de los testigos.

Duodécimo: Que en este sentido, es posible concluir que con posterioridad al día 31 de agosto de 2001, se introdujeron alteraciones y modificaciones al proyecto constructivo, según se señalan en forma detallada en el anexo N° 14 del Informe Pericial que rola a fs. 922 de estos autos. Estas modificaciones alteraron la denominada “ruta crítica” de las obras, en el sentido de que un 57% de dichas obras extraordinarias tuvieron el carácter de obras mayores.

Decimotercero: Que asumiendo como válido el detalle de obras extraordinarias elaborada por el perito señor PE2 en anexo N° 14 de fs. 922, es posible concluir que éstas determinaron el cambio de la fecha de término de las obras. No obstante, también resulta razonable sostener, a partir de las proyecciones efectuadas por el mismo perito a fs. 803, que aun cuando no hubiesen existido modificaciones al proyecto de construcción original, y aplicando los parámetros de velocidad de ejecución alcanzados por XX en las diferentes partidas, se habrían producido retrasos en las obras de igual forma.

Decimocuarto: Que a partir de las conclusiones establecidas en los considerandos anteriores, es posible establecer que el proyecto original de construcción del Centro de Eventos, sufrió retrasos, modificaciones y alteraciones durante su proceso de ejecución que son imputables tanto al mandante, esto es, ZZ, en el sentido que éstas tuvieron su origen en el retardo de entrega de planos de arquitectura y cálculo, incorporación de nuevas obras, disminución y reformas de las mismas, circunstancias que dependían de profesionales a su cargo y de su propia decisión; como a XX, en tanto ésta evidenció falta de recursos para obtener la ejecución de las obras en los tiempos prometidos en la propuesta.

Decimoquinto: Que también resulta relevante determinar si las obras fueron ejecutadas en conformidad con los planos y especificaciones técnicas, y si éstas fueron debidamente concluidas o bien, si existen partidas faltantes o defectuosas. Que a estos efectos se han tenido a la vista los informes periciales de los señores PE1 y PE2, contestes en sus observaciones, los que permiten sostener que existen partidas que se ejecutaron defectuosamente, entre las que se destaca: Muros de hormigón a la vista con superficies irregulares o desaplomadas; enchapes de ladrillo y muros empastados para pintura con superficies irregulares, notorias diferencias de color, fisuras y palmetas sueltas; radieres que presentan fisuras generalizadas, coloración irregular; mármoles con palmetas rotas y fisuradas; adoquines con grietas y gradas sin terminar; cielos de volcanita que presentan desaplomos y grietas; maderas cuyos enchapes presentan diferencias de color; aluminios, con ejecución irregular de uniones y atraques; cristales con falta de sellos elásticos entre ellos; y exteriores, donde se aprecia falta de material de relleno, zonas sin pavimentar, etc.

Decimosexto: Que a partir del análisis que el perito señor PE2 efectúa de las bases generales y especificaciones técnicas de la obra materia de este arbitraje, el sentenciador hace suyas sus conclusiones, en el sentido que las especificaciones técnicas fueron insuficientes para una obra que contempla “hormigón armado a la vista”; que tratándose de una calidad constructiva como ésta, era dable esperar la elaboración de unas especificaciones aptas para obtener un mejor resultado por vía de haber establecido parámetros de comparación acertados entre lo ejecutado y lo solicitado. Más aún, el peritaje concluye que no se encontraron requerimientos suficientes exigidos por el arquitecto, la ITO o el comitente del proyecto, para definir lo que deseaban, respecto de los niveles medibles de terminación y tolerancia.

Decimoséptimo: Que a mayor abundamiento, constando en autos que la comitente concurrió al pago de los Estados de Pago N°s. 1 a 11 (con excepción de parte del Estado de Pago N° 10), previa aprobación de la Inspección Técnica de Obra, ello permitiría presumir con fundamento que la primera estuvo de

acuerdo con la calidad de la ejecución de las obras incluidas en dichos estados, y que a su juicio éstas se habrían ajustado a las exigencias técnicas; sin embargo, no puede escapar al sentido común del sentenciador que, a partir de los detalles contenidos en el anexo 12 y 13 del informe pericial del señor PE2, de las conclusiones del estudio adicional al peritaje que rola a fs. 1.015, así como de las constataciones efectuadas por el perito señor PE1, y de acuerdo con parámetros constructivos utilizados por empresas constructoras locales en obras de características semejantes, existieron partidas de la obra mal ejecutadas o simplemente sin ejecutar que deben ser tenidas presente.

Decimooctavo: Que no obstante lo anterior, y en relación con el Estado de Pago N° 12, y teniendo presente las conclusiones del informe pericial de fs. 766, en su anexo N° 13, se considerarán válidamente impugnadas las obras defectuosamente ejecutadas o sin ejecutar señaladas en dicho informe, que incluye partidas del presupuesto original, de la obra cocinas modificadas y de obras extraordinarias.

Decimonoveno: Que para resolver respecto de las sumas demandadas por la parte de XX por conceptos de saldo de los Estados de Pago N°s. 10 y 12, diferencia de gastos generales por mayor plazo, y diferencia por las utilidades de la obra cocinas; se considerarán los documentos acompañados en autos, las declaraciones de los testigos y el informe pericial de los señores PE1 y PE2.

Vigésimo: Que existe constancia en autos de que los Estados de Pago N°s. 1 a 11 fueron aprobados por el señor F.E., en su calidad de ITO, según el procedimiento acordado por las partes en el contrato, razón por la cual procede el pago a XX de la retención del saldo del Estado de Pago N° 10, por la suma de UF 4.108,80 más IVA.

Vigésimo Primero: Que respecto del Estado de Pago N° 12, hay constancia en autos de que éste no fue aprobado por la Inspección Técnica de Obras, razón por la cual procede analizar si corresponde o no su retención por parte del mandante. En efecto, el anexo N° 13 del informe pericial del señor PE2, refleja que existirían obras no ejecutadas y cobradas por la constructora durante el período correspondiente a este estado de pago, por un valor equivalente a UF 2.246,7, cuya retención este sentenciador considerará ajustada al contrato; y por otro lado, que existen partidas defectuosas o inconclusas, que el perito avalúa en el mismo anexo en la suma total equivalente a UF 3.152,4 que también se tendrá como acreditada y correctamente retenidas. De esta forma, resulta procedente que, deducidas las retenciones que este sentenciador ha declarado válidas, sea pagado a XX el saldo del Estado de Pago N° 12 por la suma equivalente a UF 5.048,80 más IVA.

Vigésimo Segundo: Que respecto a la diferencia de gastos generales por mayor plazo, basado en las consideraciones del informe pericial, se concluye que existe un mayor plazo a considerar entre la fecha establecida en el Addendum para el fin de las obras (15 de noviembre de 2001) y la fecha en que XX debió efectuar la entrega de las mismas (28 de febrero de 2002, según criterio A del perito y que este sentenciador asume como equitativamente más ajustado), habida consideración de las obras extraordinarias y retrasos en la entrega de planos y especificaciones; lo que arroja un total de ciento cinco días, que a un valor equivalente a UF 36,90 por día (resultante de dividir el valor total de los gastos generales del presupuesto original en ciento ochenta días), determina una cifra por concepto de gastos generales por mayor plazo equivalente a UF 3.874,89 más IVA a favor de XX.

Vigésimo Tercero: Que en relación a la diferencia por las utilidades de la obra cocinas demandada por XX, y habiéndose considerado por el perito en su informe a fs. 804, como una obra separada de la obra principal, y aceptando, en parte, como válido el criterio propuesto en sus conclusiones, se determina que existe una diferencia en utilidad por la obra cocinas a favor de XX equivalente a UF 250,4 más IVA, que resulta de aplicar al presupuesto total de estas obras (UF 6.035,76) un 4,149% por concepto de utilidades, según lo pactado en el contrato.

Vigésimo Cuarto: Que respecto de las sumas demandadas por ZZ por conceptos de multa derivadas de plazos de ejecución, valor de reparación de las obras defectuosas o faltantes, y restitución de sumas por disminución o eliminación de obras del contrato original; se ha tenido presente los documentos acompañados en autos, las declaraciones de los testigos y los informes periciales de los señores PE1 y PE2.

Vigésimo Quinto: Que tal como se ha señalado en los considerandos decimotercero y decimocuarto, en relación con el término de ejecución de las obras, es un hecho de la causa que parte del retraso en la finalización de las obras del Centro de Eventos fue responsabilidad de XX, según tuvo ocasión de demostrar el perito señor PE2 en su informe, a fs. 802. En efecto, si las obras debieron terminarse el día 28 de febrero de 2002, incluyendo las obras extraordinarias solicitadas durante la ejecución y los retrasos derivados de la demora en la entrega de los planos y especificaciones por parte de la Mandante, y éstas finalizaron efectivamente el día 13 de mayo de 2002, según lo informa la ITO, se produjo, entonces, un atraso de setenta y cuatro días que sólo deben atribuirse a la velocidad con que se ejecutaron las diferentes partidas, según la proyección que efectuó el perito, y que el sentenciador asume como válida.

Vigésimo Sexto: Que a partir de lo anterior, resulta procedente aplicar la multa establecida en el contrato de construcción, que en relación con los días de atraso en la entrega de la obra, hace aplicable el máximo establecido en la cláusula octava dicho contrato, equivalente a un 5% del monto del contrato, excluyendo impuestos, lo cual arroja una multa equivalente a UF 6.934,09, resultante de aplicar dicho porcentaje a la suma de UF 138.681,74 correspondientes al costo directo, gastos generales y utilidades del contrato.

Vigésimo Séptimo: Que respecto de las obras no ejecutadas correspondientes al período comprendido entre los Estados de Pago N°s. 1 y 11, y si bien, como se ha dejado establecido, éstos fueron aprobados por la ITO de acuerdo con el procedimiento establecido en el contrato, y pagados por la comitente, hay constancia en autos en virtud de lo observado por los peritos señores PE1 y PE2 en sus respectivos informes, que hay partidas cobradas y no ejecutadas por un monto equivalente a UF 3.084,9, (según detalla el informe pericial a fs. 802 de autos), cifra que este sentenciador deberá tener en cuenta al momento de resolver.

Vigésimo Octavo: Que respecto del valor de las reparaciones y obras faltantes, el perito señor PE2 amplió el informe pericial, en el sentido de detectar y valorizar las reparaciones de partidas defectuosas, así como de aquellas partidas incompletas, con independencia de si éstas fueron o no aprobadas por la ITO o si fueron o no pagadas por la mandante, concluyendo que para las reparaciones eléctricas se hacía necesaria la suma equivalente a UF 1.407,2 más IVA; para las reparaciones a las instalaciones del sistema contra incendios, la suma equivalente a UF 2.225 más IVA; para las reparaciones del sistema de climatización y confort ambiental, la suma equivalente a UF 1.124 más IVA; y para la presentación general del edificio, la suma equivalente a UF 15.153 más IVA.

Vigésimo Noveno: Que si bien las cifras entregadas por el perito señor PE2 constituyen una estimación que pueden ser ajustadas prudencialmente, más aún considerando que la parte de ZZ demandó la suma equivalente a UF 12.114,6 más IVA por estos mismos conceptos, este sentenciador asume como válidas las proposiciones de obra, dado que éstas han sido constatadas en terreno por personal técnico en cada una de las áreas, detectando las deficiencias y falencias en la construcción, de acuerdo a los estándares usuales para este tipo de obras.

Trigésimo: Que respecto de la disminución de las obras contempladas en el proyecto original, éstas han sido incorporadas por el perito en sus análisis sobre obras extraordinarias, según da cuenta a

fs. 802, razón por la cual ya han sido reconocidas en las cifras que este sentenciador ha validado en considerandos anteriores.

Trigésimo Primero: Que en cuanto al daño moral demandado por la Constructora en contra de ZZ; así como los perjuicios demandados por esta última en contra de la primera, es opinión de este Tribunal, que ambas partes han sufrido perjuicios en relación al presente contrato de construcción, principalmente debido, de una parte, a la deficiente administración del proyecto, a la insuficiencia de planos y especificaciones técnicas, así como de un inadecuado control de gestión y calidad; y por otra, a una deficiente gestión constructiva, bajo nivel de ejecución de las obras, manifestado en partidas deficientes e incompletas; lo cual lleva a este sentenciador a concluir que ambas partes han contribuido a crear las condiciones para irrogarse recíprocamente los perjuicios que cada una alega.

Trigésimo Segundo: Que a partir de lo anterior, y fundándose en los hechos ventilados en el presente juicio y en la equidad, y apelando a ella, este sentenciador concluye que existe una culpabilidad compartida en la generación de los perjuicios lo que le conduce a exigir de cada una de ellas una determinada contribución a sufragarlos.

Y **VISTOS**, además, lo dispuesto en los Artículos 1.545 del Código Civil; 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

a) Que se acoge la demanda interpuesta por XX, sólo en cuanto:

- 1°. Se condena a la demandada ZZ al pago inmediato del saldo del Estado de Pago N° 10, debiendo restituir a XX la suma equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 4.108,80 más IVA.
- 2°. Se condena a la demandada ZZ al pago inmediato de parte del Estado de Pago N° 12, por la suma equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 5.048,8 más IVA a XX.
- 3°. Se condena a la demandada ZZ al pago inmediato de la diferencia de gastos generales por mayor plazo en la ejecución de las obras por un monto equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 3.874,89 más IVA a XX.
- 4°. Se condena a la demandada ZZ al pago inmediato de la diferencia de utilidades en la ejecución de la obra cocinas por un monto equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 250,4 más IVA a XX.

b) Que se acoge la demanda interpuesta por ZZ, sólo en cuanto:

- 1°. Se condena a la demandada XX al pago de una multa por atrasos en la ejecución de las obras a ZZ, por un monto equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 6.934,09.

c) Que no se condenará al pago de los intereses de los dineros debidos, en consideración a la responsabilidad que les cabe a ambas partes en los hechos ventilados en este juicio.

d) Que en relación a las demandas de indemnización de perjuicios entabladas por ambas partes, éstas se rechazan en los términos planteados, por ser del parecer de este Tribunal que tanto XX como ZZ, han tenido responsabilidad en los hechos que fueron objeto de este litigio; razón por la cual se establece

que ambas partes deberán soportar por mitades el costo de reparación de las obras mal ejecutadas o de terminación de aquellas que están inconclusas, aprobándose al efecto el presupuesto elaborado por el perito señor PE2 en su estudio adicional a peritaje que rola a fs. 1.014 y siguientes, rebajándose prudencialmente la cifra señalada en dicho informe al monto efectivamente demandado por ZZ, por un monto total equivalente a UF 12.114,6 más IVA, debiendo descontarse de la parte que corresponde pagar a ZZ, la suma equivalente a UF 3.103,20 más IVA correspondientes a partidas no ejecutadas y cobradas por XX en el período que va entre los Estado de Pagos N°s. 1 y 11, según constató el perito designado en autos en su informe a fs. 802; y debiendo descontarse de la parte que corresponde pagar a XX la suma equivalente a UF 5.399,1, correspondientes a aquella parte del Estado de Pago N° 12 declaradas por este sentenciador como legalmente retenidas por la comitente.

e) Que en relación a la excepción de compensación alegada por ZZ a fs. 198 de autos, y con el objeto de facilitar el cumplimiento de la presente sentencia, se acoge dicha excepción, en los siguientes términos:

- 1°. Establécese como el total a que ha sido condenada a pagar XX la suma equivalente a UF 7.592,29 más IVA, resultante de sumar UF 6.934,09 por concepto de multa y UF 6.057,3 por concepto de presupuesto de reparación y terminación de obras, y de deducir UF 5.399,1 por concepto de retención del Estado de Pago N° 12.
- 2°. Establécese como el total a que ha sido condenada a pagar ZZ la suma equivalente a UF 16.236,99 más IVA, resultante de sumar UF 4.108,80 por concepto de devolución de saldo Estado de Pago N° 10, UF. 5.048,8 por concepto de devolución de saldo Estado de Pago N° 12, UF. 3.874,89 por concepto de diferencia de gastos generales, UF. 250,4 por concepto de diferencia de utilidades obra cocina, UF 6.057,3 por concepto de presupuesto de reparación y terminación de obras, y de deducir UF 3.103,20, por concepto de partidas no ejecutadas y cobradas entre los Estados de Pago 1 a 11.
- 3°. Compénsense en lo pertinente las sumas de dinero a que han sido condenadas a pagar las partes precedentemente, debiendo pagar ZZ a XX, la suma única y total equivalente en pesos al día de su pago efectivo a UF 8.644,7 más IVA.
- 4°. Que se decreta que ambas partes deberán pagar sus respectivas costas y concurriendo al costo del arbitraje por iguales partes.

Resolvió don Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg, Juez Árbitro.

Nota: Esta sentencia fue objeto de recurso de queja interpuesto para ante la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago.

El Tribunal de Alzada confirmó la sentencia arbitral.