

**ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO  
Y DE DERECHO EN CUANTO AL FALLO**

**Árbitro: Sr. Jorge Barros Freire**

Fecha Sentencia: 20 de diciembre de 2004

**ROL: 422**

**MATERIAS:** Contrato de ejecución de obras, modificado por las partes – resolución del contrato – obligación de proporcionar planes e ingeniería de detalle – aprobación de planes por el MOP – cumplimiento imperfecto y tardío – intervención de obras – garantía de fiel cumplimiento – pago de multas – prácticas habituales en la construcción de obras.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** XX Ingeniería y Construcciones S.A. interpuso demanda en contra de Sociedad ZZ S.A. para obtener declaración que incumplió sus obligaciones contraídas bajo el contrato de ejecución obras, solicitando se declare la resolución del contrato y se condene a ZZ a pagar la indemnización de los perjuicios sufridos.

ZZ entabló demanda reconvenional en contra de XX solicitando se declare que incumplió el contrato señalado y se le ordene pagar las multas y perjuicios moratorios y compensatorios.

**LEGISLACIÓN APLICABLE:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 628 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.437, 1.438, 1.444, 1.489, 1.494, 1.535, 1.538, 1.539, 1.542, 1.543, 1.545, 1.546, 1.547 inciso 3, 1.551, 1.552, 1.553, 1.556, 1.557, 1.564 inciso final, y 1.996 a 2.005.

**DOCTRINA:**

Los hechos que XX imputa a ZZ no fueron constitutivos de incumplimiento del contrato que vincula a las partes, ni pudieron imputarse a culpa o mora por parte de ZZ, sino al ejercicio de su derecho, expresamente establecido en la convención y sus anexos, para optar por la intervención en razón de los incumplimientos atribuidos a XX. En consecuencia, no es posible acoger la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en contra de ZZ (Considerando N° 16).

De acuerdo con lo antes referido y acreditado, el atraso verificado respecto del cumplimiento del plazo convenido, constituye en mora a XX con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1.551 número 1 del Código Civil, por lo cual no puede desconocerse el derecho que asistió a ZZ para intervenir las obras del contrato, por lo que se acogerá en esa parte su demanda reconvenional (Considerando N° 23).

En lo que concierne al derecho de ZZ de hacer efectiva y mantener en su poder la garantía de fiel cumplimiento ascendente a la cantidad de UF 5.232.92, como consecuencia de la intervención que legítimamente hizo efectiva, esta petición será acogida por las razones que este Tribunal estima legítimas y que derivan del contrato celebrado por las partes para el caso de haberse llegado a la intervención de las obras, derecho que la convención confiere a ZZ, y que aparece justificada por los hechos antes mencionados (Considerando N° 27).

**DECISIÓN:** Se acoge la demanda principal en forma parcial, sólo con respecto a las deudas reconocidas por ZZ y retenciones que mantenía en su poder. Se acoge la demanda reconvenional parcialmente, se declara que XX incurrió en el incumplimiento del contrato, se confirma que el cargo a retenciones de la garantía de fiel cumplimiento se ajustó al contrato y se hacen efectivas multas por concepto de atraso en la ejecución de los trabajos.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

En Santiago, a 20 de diciembre de 2004.

**VISTOS:**

1. En carta de 15 de diciembre de 2003, don C.Z., en representación de la sociedad "XX Ingeniería y Construcciones S.A.", y don O.C., en representación de "Sociedad Concesionaria ZZ S.A." solicitaron de común acuerdo y comunicaron el 17 del mismo mes y año al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago la designación del suscrito, en calidad de Árbitro de Derecho en cuanto al fondo y Arbitrador en lo que se refiere al procedimiento, y en única instancia, para conocer y resolver las dificultades y controversias suscitadas entre ambas sociedades en relación con el contrato denominado "ZZ-34", con arreglo a las normas del referido Centro Arbitral. El Árbitro aceptó el cargo el 23 de diciembre de 2003, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

2. El 22 de enero de 2004 los representantes de las partes antes mencionadas, presentando sus respectivos poderes, se reunieron con el Árbitro, como consta del Acta de Comparendo Número Uno, dejando establecido quiénes son partes en la controversia, cuál es el objeto del juicio, el procedimiento que regirá el litigio, las facultades probatorias especiales otorgadas al Árbitro, lo concerniente a la prueba documental de que intentarían valerse, la forma de computar los plazos y de efectuar las notificaciones, y demás normas pertinentes, todo de acuerdo con las normas aplicables por el Centro de Arbitraje y Mediación, antes referido.

**DEMANDA DE XX Ingeniería y Construcciones S.A.**

3. A fs. 29 rola la demanda interpuesta por XX Ingeniería y Construcciones S.A. –en adelante también XX o la demandante–, en contra de ZZ S.A., –en adelante también ZZ, la concesionaria o la demandada–, en la cual, en síntesis, se pide declarar que esta última incumplió sus obligaciones contraídas para con XX al celebrar el contrato ZZ-34 y sus modificaciones; que se declare la resolución de la referida convención; que se condene a la demandada a indemnizar a la demandante todos los perjuicios sufridos como consecuencia del mencionado incumplimiento, ascendentes a la cantidad de 109.571,51 Unidades de Fomento, más intereses corrientes fijados en la forma que indica, o bien, la suma mayor o menor que el Árbitro determine conforme al mérito de autos; y que se condene a la demandada al pago de las costas de la causa, con el mérito de las razones que pasan a indicarse.

4. El contrato ZZ-34 se celebró por instrumento privado suscrito por las partes el 28 de febrero de 2002, y contiene el encargo de la concesionaria a XX para construir catorce obras complementarias en la Ruta C., Tramo S.-V. Se pactó bajo el sistema denominado "Por Serie de Precios Unitarios con Valor Total Limitado", a que alude su cláusula tercera, determinándose mediante la sumatoria de los productos resultantes de multiplicar las cantidades de obra ejecutada, aprobada por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) a partir de los planos de construcción de las obras previamente aprobados por dicha entidad, por los precios unitarios establecidos en el Anexo 1 del contrato. La concesionaria entregará la ingeniería conceptual de las obras y el contratista será el responsable del desarrollo de la ingeniería de detalle, la que deberá ser visada por el inspector jefe y aprobada por el MOP. Los planos de construcción serán los planos aprobados por el inspector jefe y el MOP, con los datos necesarios y suficientes para describir las obras, y que los únicos planos válidos para ejecutar las obras son los planos de construcción aprobados por el inspector jefe mediante su firma y un timbre con la leyenda "válido para construir".

Con la suscripción el 31 de julio de 2002 por ambas partes del documento denominado "Addendum 2 al Contrato ZZ-34", lo anterior se modificó y ZZ prepararía en adelante los proyectos de las obras contra-

tadas y entregaría a XX los proyectos de ingeniería de detalle “válidos para construir”, aprobados por el MOP y el inspector jefe, con el objeto de que XX, en el término de 14 días, revisara sus cubicaciones y los hiciera propios, –salvo que oportunamente los observara–, asumiendo de su cargo exclusivo toda la ingeniería de construcción necesaria, y los demás pormenores que dicho documento consigna. El Addendum 2 estableció un aporte no reembolsable de cargo de XX por valor de UF 6.479 a beneficio de la concesionaria con el objeto de solventar los costos de la elaboración de los proyectos antes mencionados; y, en su párrafo Sexto, un completo finiquito, renunciando a toda clase de acciones en contra de la demandada.

5. El 16 de mayo de 2003 las partes suscribieron un nuevo Addendum 3 con el cual se volvieron a introducir modificaciones al contrato y en cuya cláusula octava se incluyó un completo finiquito y renuncia, en favor de la demandada.

6. De acuerdo con lo establecido en el Addendum 2, en tanto no se efectuara por la concesionaria la entrega a XX de la ingeniería de detalle “válida para construir”, aprobada por el MOP, no podía iniciar la ejecución de las obras. No recibió planos y antecedentes aprobados por el MOP ni respuesta a sus observaciones sobre los proyectos. La concesionaria modificó los proyectos que le había entregado para su revisión. Pese a que no se encontraba obligada a iniciar las obras, –al no haberle entregado la concesionaria los planos “válidos para construir”–, que suponían la aprobación por parte del MOP, fue presionada fuertemente por ella para comenzar la ejecución de obras que estaban en proceso de revisión por parte del MOP y con observaciones no resueltas; todo lo cual importó una seria anomalía que afectó gravemente la aplicación que hizo del contrato por lo que tuvo que implementar soluciones agregando obras adicionales, que no le han sido reconocidas ni pagadas por ZZ.

7. ZZ intervino las obras el 5 de noviembre de 2003, lo que XX rechazó por carta del 11 del mismo mes y año, por considerar dicha intervención arbitraria, unilateral e improcedente. La intervención facultó a la concesionaria para hacer efectiva la garantía de fiel cumplimiento, terminar las obras por sí o por terceros, no cursar a XX el estado de pago 16 presentado por las ejecutadas en octubre de 2003 y demás consecuencias que la demandante señala en su demanda.

En resumen, XX cumplió con sus obligaciones para la ejecución de las obras, aunque con las limitaciones que le imponía no contar con proyectos aprobados por el MOP, mientras que ZZ no cumplió íntegra y oportunamente sus principales obligaciones contractuales, a saber, obtener la aprobación de la ingeniería de detalle válida para construir y pagar las obras efectivamente ejecutadas.

8. Invoca, al efecto, lo dispuesto en el Artículo 1.489 del Código Civil, pidiendo que el Contrato ZZ-34 y sus modificaciones se declaren resueltos debido al incumplimiento que imputa a ZZ. Pide se la condene a pagarle perjuicios ascendentes a UF 43.930,62 por concepto de daño emergente en razón de parte de los gastos generales incurridos; UF 5.399,42, por aumento de obras y obras extraordinarias no pagadas; UF 2.072,05 por diferencias de precios; UF 3.368,47 por mayores costos directos por ineficiencias e improductividades soportadas por la demora en la entrega de los proyectos de ingeniería, indefinición de soluciones e interferencias con otros contratistas; UF 3.604,96 por monto de garantía de fiel cumplimiento que le ejecutó la demandada; UF 7.809,31 por retenciones realizadas por la concesionaria como garantía de correcta ejecución de las obras; y UF 13.386,68 correspondiente a las partidas contenidas en el estado de pago 16, no pagadas por la concesionaria. Todo, más intereses por lucro cesante a la tasa del interés corriente sobre las cantidades no pagadas, entre la fecha del pago que hizo del gasto respectivo y la del pago efectivo que reclama. Más UF 30.000 por daño moral que atribuye a la demandada en su prestigio e imagen comercial por los motivos que refiere.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**9.** En lo principal de fs. 39, ZZ contesta la demanda y en el primer otrosí entabla demanda reconvenicional en contra de XX, afirmando lo que sigue.

ZZ cumplió íntegramente con sus obligaciones contractuales y niega que XX no haya recibido los proyectos y planos "válidos para construir" las obras encomendadas. XX recibió inicialmente, conforme al contrato, el encargo de preparar los proyectos y planos de ingeniería de detalle de todas las obras. Posteriormente se acordó que ZZ los tomara de su cargo pero XX conservó la obligación para las obras signadas 29, 31, 46 y 55 del contrato, las pasarelas peatonales, como quedó expresado en el Anexo 1 del Addendum 2 del mismo contrato.

Los planos de ingeniería de detalle, "válidos para construir", eran los aprobados por la Inspección Técnica, tal como lo disponen las Bases Administrativas, pág. 40, y fueron oportunamente entregados a XX, la que construyó las obras 29, 31, 46 y 55 con la aprobación de la Inspección Técnica, sin esperar la aprobación de dichos proyectos por el MOP, lo que demuestra que ese fue el entendimiento de las partes al respecto.

En el Addendum 3 de fecha 16 de mayo de 2003, se fijaron los plazos definitivos para ejecutar las obras, tras lo cual XX no invocó carecer de los proyectos de ingeniería de detalle "válidos para construir", como lo hizo.

No hubo modificaciones de los proyectos sino solamente ajustes normales para adecuar los planos a las particularidades del terreno, o bien frente a las observaciones formuladas por la Inspección Técnica. El problema principal ha sido el retraso injustificado de XX para ejecutar las obras.

La intervención de las obras fue la única salida para realizarlas conforme a lo contratado, viéndose forzada la concesionaria a ello por los errores, faltas y daños que XX estaba produciendo con sus continuos atrasos e infracciones. Con la intervención se impidió una situación de grave incumplimiento frente al Estado de Chile y a los usuarios de las obras públicas concesionadas. Todo ello obligó a la concesionaria a celebrar nuevos contratos de construcción con otras empresas, para reparar las deficiencias y finalizar las obras.

**10.** ZZ proporciona diversos antecedentes sobre el contrato de "Concesión de la Ruta C. Tramo S.-V." y especialmente sobre el "Convenio Complementario número 4", aprobado por decreto supremo del MOP, del cual surgió el contrato de construcción para catorce obras complementarias signadas 17, 18, 26, 29, 31, 34, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 53 y 55 que describe someramente. Se extiende al precio convenido, la forma de calcularlo por serie de precios unitarios con monto limitado, los plazos de su ejecución señalados en el cronograma respectivo, y demás pormenores, que debían aplicarse conforme al contrato y sus bases administrativas. Destaca la Sección "Servicios de Ingeniería y Planos del contrato" donde se establece la responsabilidad del contratista para elaborar la ingeniería de detalle que no le fuese entregada por la concesionaria, como asimismo su tramitación frente al MOP; y su correcta ejecución.

**11.** Se extiende enseguida a la constitución de las garantías constituidas para la correcta ejecución de las obras y, asimismo, a las sanciones contempladas, en especial, a la multa en el caso de intervención de las obras, y el derecho a cobrar la garantía de fiel cumplimiento en esta grave situación, regulada en las Bases Administrativas que en parte transcribe.

**12.** El 16 de mayo de 2003 suscribieron las partes el Addendum 3, en el cual se excluyó algunas obras, se modificó el precio total del contrato, se modificó la garantía de fiel cumplimiento y las multas por

incumplimiento, y se estableció un nuevo y definitivo cronograma para la ejecución de las obras, para cada una de las cuales se fijó un nuevo plazo que fluctúa entre el 30 de junio y el 31 de agosto de 2003. En el último párrafo de la cláusula segunda de este Addendum el contratista declaró contar con todos los antecedentes necesarios para ejecutar íntegra y oportunamente las obras comprendidas en el alcance de este Addendum.

**13.** ZZ entregó a XX la ingeniería de detalle y proyectos “válidos para construir” cada uno de los proyectos encomendados. En relación con las obras 29, 31, 46 y 55 que debía preparar XX, se dejó constancia de que esta última contaba con la aprobación y confirmación necesarias para continuar la construcción de los proyectos existentes, por todo lo cual es falsa la afirmación de XX en orden a no haber recibido dichos proyectos. Las cartas que XX menciona, de 30 de septiembre y 28 de octubre de 2002, fueron enviadas con mucha anterioridad a la firma del Addendum 3. Indica las fechas de entrega de los proyectos y la fecha de inicio de las obras, las cuales se comenzaron a ejecutar con retraso. En algunos casos, como en la obra 39 y en los Paraderos de Buses L., no se iniciaron, lo que hizo necesario excluirlas.

**14.** XX dio muestras de incompetencia técnica observadas por el inspector técnico delegado, –en adelante, ITO–, no mantuvo los ritmos de trabajo indispensables para terminarlos, no cumplió sus obligaciones laborales, previsionales y otras para con su personal, e incurrió en los atrasos que le impidieron cumplir con los plazos estipulados.

**15.** Hasta el momento de ejercer su derecho a intervenir las obras en noviembre de 2003, la concesionaria había pagado a XX la cantidad de UF 172.351,60 del precio total convenido de UF 174.430,51.

**16.** XX incurrió en atrasos, siendo esencial el plazo estipulado de conformidad al cronograma adoptado en el Addendum 3. Señala la correspondencia intercambiada entre el ITO y XX y la preocupación relativa a los proyectos 29, 31, 46 y 55. XX abandonó las obras 9, 18, 44 y otras que debieron excluirse del programa de trabajo. Hace presente que tampoco XX solicitó formalmente aumentos del plazo de ejecución de las obras.

**17.** De las deficiencias y errores de XX se dejó constancia en el Libro de Obras, con referencia a las obras 29, 31, 46 y 55, respecto de las cuales la Inspección Fiscal en Ordinario 8510 de 24 de noviembre de 2003 hace ver los errores que indica; errores de construcción de carácter grave.

**18.** A la fecha de la intervención varias obras tuvieron que ser contratadas con terceros, nuevos contratistas que señala, para ser completadas o reparadas. A esa fecha, las obras 17, 29, 44, 31, 46 y 55 no estaban recibidas por no estar terminadas o subsanados los reparos técnicos formulados por el ITO.

**19.** Con la intervención se devengó el derecho a cobrar, conforme a la sección 8, letra A) de las Bases Administrativas, la garantía de fiel cumplimiento ascendente a UF 5.232,90 y las multas por atrasos en la ejecución de las obras, ascendentes, según lo explica en un cuadro indicativo de las respectivas fechas en que debió terminar XX cada una de las obras, a la cantidad total de UF 8.721,53 monto inferior al 5% estipulado del valor del contrato, por existir limitación pactada en éste.

**20.** ZZ experimentó perjuicios no sólo por la necesidad de contratar a nuevos contratistas para concluir y reparar las obras 29, 31, 44, 46 y 55, con los consiguientes sobrecostos que ha debido pagar, sino que la virtual aplicación de multas por parte del MOP, y eventuales pagos de obligaciones subsidiarias de orden laboral derivadas de la aplicación del Art. 64 del Código del Trabajo.

**21.** Se refiere la demandada al estado de las garantías del contrato al momento de la intervención de las obras, señalando que la garantía de fiel cumplimiento fue reemplazada por una retención de

UF 5.232,92 efectuada en un estado de pago extraordinario en abril de 2003; y que las retenciones aplicadas como garantía de la correcta ejecución de las obras hasta octubre de 2003, ascendieron acumuladas a UF 3.549,31, con lo cual las retenciones que mantiene en su poder ascendieron en definitiva a UF 8.782,23.

**22. DERECHO:** ZZ, en materia de Derecho, cumplió en todo momento sus propias obligaciones. Hasta la fecha de la intervención, pagó a XX quince estados de pago por la cantidad total de UF 172.351,68, casi la totalidad del costo estimativo del contrato. Los planos y proyectos de ingeniería de detalle de su cargo los entregó oportunamente a XX, por lo que los plazos acordados en el Addendum 3 para concluir las obras no quedaron sujetos a ningún condicionamiento. El mandante era la Concesionaria, no el MOP, y es por eso que en la página 40 de las Bases Administrativas se lee que “los únicos planos válidos para ejecutar las obras son los Planos de Construcción aprobados por el inspector jefe”. Así, con aprobación de este último, podía XX iniciar la ejecución, y así lo hizo.

De hecho, XX inició la ejecución de todas las obras y se comprometió a realizarlas en el plazo estipulado, sin exigir la aprobación del MOP. Ninguna de las obras tuvo que ser modificada a causa de que los planos definitivamente aprobados por el MOP hayan resultado distintos a los entregados a XX por la demandada.

La petición de resolución del contrato ZZ-34, fundada en un supuesto incumplimiento de la demandada, no tiene fundamento válido alguno.

**23.** La intervención de las obras se fundamentó en lo dispuesto en la Sección 8 de las Bases Administrativas del Contrato de Construcción, en sus párrafos I hasta VI, especialmente por los incumplimientos manifiestos de las obligaciones del contratista, y lo señalado en el capítulo “Personal del Contratista”. Previa la advertencia, en este caso reiterada, por parte del inspector técnico, y después del plazo de 14 días fijado para dar solución o remediar la causa del incumplimiento, la concesionaria podía, o bien intervenir las obras, o bien poner término al contrato, y, en el primer supuesto, surgió el derecho a cobrar la boleta de garantía de fiel cumplimiento y aplicar las multas. Así lo señala el Art. 1.553 del Código Civil. Y como se dieron los requisitos aludidos, y después de haberlo advertido reiteradamente, ZZ hizo uso de su derecho en forma ajustada al contrato y a la ley.

**24.** Rechaza las peticiones formuladas por XX en cuanto a que se le deban indemnizar perjuicios. El daño emergente, por no explicar ni su existencia ni su imputabilidad, ni existir relación alguna entre los hechos probados y los daños supuestos, toda vez que ZZ dio cumplimiento cabal a sus obligaciones contractuales. Con la suscripción del Addendum 3 el 16 de mayo de 2003, quedó establecido que XX recibiría la cantidad única de UF 4.204 por mayores gastos generales fijos, y adicionalmente renunció a solicitar indemnizaciones de cualquier naturaleza relacionado con hechos y circunstancias anteriores, dando a la demandada cabal finiquito al respecto. En consecuencia, el único período de supuestos incumplimientos solamente podría haber transcurrido entre el 16 de mayo y el 5 de noviembre de 2003. XX debería intentar acreditar su desembolso de la enorme cantidad de UF 54.770,56 en tal período. Hasta el mes de octubre, por el contrario, XX había recibido la totalidad de las sumas contenidas en los estados de pago, sin reclamo alguno.

**25.** Rechaza la indemnización que XX pide por lucro cesante, por las razones que indica, y aclara el error sobre el monto de la garantía de correcta ejecución, siendo esta última solamente de UF 3.549,31, error cometido al no considerar la devolución efectuada de UF 4.462,95.

Las garantías fueron aplicadas a pagar las multas por retraso y en razón de la intervención del contrato. Por ello, ZZ retuvo y cobró legítimamente las garantías.

**26.** ZZ no debe a XX el estado de pago 16 por la cantidad que éste contiene, sino por la que apruebe el ITO. Además está impedida de cursar pago alguno, toda vez que terceros han trabado embargos en juicios seguidos contra XX de cuya resolución podría originarse responsabilidad subsidiaria para ZZ.

**27.** ZZ no acepta el pago de intereses sobre indemnizaciones que no adeuda por concepto alguno ni por el daño moral invocado por XX. Lo rechaza por no haber incurrido en incumplimiento de ninguna especie, y no ser procedente en derecho.

**28.** ZZ expresa que lo pedido por XX no se ajustó a lo estipulado en la sección 9 de las Bases Administrativas, cuyo texto transcribe, donde se fija un procedimiento de reclamación dentro de plazos sucesivos de 14 días para su aprobación o rechazo por parte del mandante, para insistir, y eventualmente, recurrir a la instancia jurisdiccional superior; por lo que ha operado la caducidad de los derechos que pudo invocar XX.

**29.** ZZ termina solicitando el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas.

#### **DEMANDA RECONVENCIONAL**

**30.** ZZ interpone demanda reconvenicional en contra de XX Ingeniería y Construcción S.A. y también en contra de la firma TR1 Construcciones S.A., esta última como obligado solidario, basada la reconvenición en los mismos hechos relacionados anteriormente, haciendo además presente lo que sigue.

**31.** XX se obligó para con ZZ en virtud de un contrato válidamente celebrado, que conforme al Art. 1.545 del Código Civil, comporta cumplir en forma íntegra, efectiva y oportuna la ejecución de las obras contratadas, y en el plazo previsto. Las obras no se completaron así y terceros fueron contratados para concluir las. El contratista incumplió sus obligaciones, haciéndose deudor de las multas e indemnizaciones correspondientes solicitadas.

**32.** La cláusula quinta del contrato, que transcribe en su escrito, fija los plazos de ejecución de las obras con carácter esencial. En los Addendum 2 y 3 se establecieron las obligaciones correlativas a los plazos en ellos indicados, los que XX no cumplió, y también la modalidad que debía utilizar para solicitar aumentos de los plazos al mandante, si ello procedía, lo que tampoco XX hizo en la forma prevista, como lo exigen las Bases Administrativas.

**33.** XX ejecutó las obras contratadas en forma incorrecta y deficiente. XX incurrió además en graves incumplimientos de sus obligaciones laborales, previsionales y tributarias para con su personal, lo que colocó a la concesionaria en el riesgo de pago subsidiario dispuesto en el Código del Trabajo.

**34.** Por consiguiente XX debe indemnizar a ZZ por el incumplimiento de sus obligaciones, de todos los perjuicios moratorios y compensatorios experimentados, conforme lo dispuesto en los Arts. 1.546 y ss. del Código Civil; y, además, pagarle las expensas extraordinarias ocasionadas con motivo de la terminación de las obras, que la concesionaria ha afrontado por cuenta del contratista, de acuerdo con lo pactado. Tales obligaciones indemnizatorias están garantizadas contractualmente con las cláusulas penales estipuladas. Por ello, ZZ tiene derecho a cobrar a XX las multas ascendentes a UF 8.721,53 y cualquier otro perjuicio ocasionado por el retardo e incumplimiento de sus obligaciones, tal como lo prevé el capítulo respectivo, ubicado en la Sección 4: "La ejecución de las obras. Condiciones Generales de las Bases".

**35.** Hace presente que los perjuicios ocasionados por el retardo en la ejecución de las obras y el incumplimiento antes indicado no están por ahora en condiciones de ser determinados en especie y monto,

toda vez que hay obras aún no recibidas por el MOP y multas que el MOP ha propuesto aplicar a ZZ, cuya procedencia y monto no han sido todavía resueltas, por lo que hace reserva al respecto para otro juicio.

**36.** Pide la demandante reconvenzional, en suma, que se declare que XX incumplió el contrato ZZ-34, y que, como consecuencia, ha sido procedente el cobro de al menos de UF 8.721,53 o bien la cantidad inferior o superior que el Árbitro fije a título de multa por incumplimiento de los plazos antes señalados; y que, asimismo, fue procedente el cobro de al menos UF 5.232,92 o la cantidad inferior o superior que el Tribunal determine, a título de multa o sanción. Pide se declare que XX le adeuda los perjuicios moratorios y compensatorios que el incumplimiento contractual le ha ocasionado, cuya especie y monto pide reservar para otro proceso. Finalmente, que se condene a XX al pago de las costas de la causa.

#### CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

**37.** A fs. 112, XX contesta la demanda reconvenzional. Junto con reiterar las alegaciones ya formuladas en su escrito de demanda, atribuye al tenor de la cláusula segunda del Addendum 3 un alcance limitado que, según ella, fluye de su texto, esto es, se reduce a las obras que figuran en dicho documento, pero no a todas las obras que fueron contratadas. La evidencia empírica demuestra que la firma de nuevos cronogramas y finiquitos no presupone la entrega de los proyectos que echa de menos, como ocurrió al firmarse el Addendum 2, momento en el cual no se había hecho entrega de ellos. Termina sosteniendo que no le son imputables los incumplimientos que alega la concesionaria, por haber tenido, a falta de proyectos aprobados, que ejecutar las obras con proyectos que no eran definitivos, no solamente por no haber sido aprobados por el MOP sino porque fueron objeto de modificaciones por parte de la concesionaria.

**38.** Reconoce el incumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales y tributarias que le imputa la concesionaria, pero sostiene que ello se debió a la merma de su capacidad financiera al tener que ejecutar obras mayores y obras extraordinarias que no le fueron reconocidas ni pagadas por la mandante. El mal estado de sus negocios, agrega, no es la causa de los retrasos en la ejecución de las obras, sino la consecuencia del incumplimiento de la concesionaria de entregar proyectos de ingeniería de detalle "válidos para construir".

**39.** Rechaza el cobro de multas así como la indemnización de pretendidos perjuicios, por improcedente. Pide el rechazo de la demanda reconvenzional en todas sus partes, con costas.

**40.** A fs. 120, este Tribunal solicitó a las partes, de acuerdo con lo previsto en el Art. 26 del Reglamento Procesal que rige en autos, complementar respectivamente la demanda y la demanda reconvenzional, en la forma que indica.

**41.** XX complementó la demanda a fs. 122 explicando, en cuanto al cobro de perjuicios por UF 43.930,62, que corresponde a la diferencia entre los gastos efectivamente incurridos durante toda la ejecución de las obras (UF 78.969,42) y aquellos pagados por la concesionaria (UF 35.038,08), gastos generados durante el plazo en que ellas se ejecutaron (21 meses) frente al plazo original (9 meses). En cuanto a las obras mayores y obras extraordinarias no pagadas por la concesionaria ascendentes a UF 5.399,42 detalla los ítem correspondientes en cada una de las obras signadas 9, 17, 18, 26, 29, 31, 34, 34-b, 44 y 55, que totalizan el monto recién mencionado.

En cuanto a las diferencias de precios producidas entre lo que pagó efectivamente y los considerados por la concesionaria, por un total de UF 2.072,05, presenta el detalle de cada ítem respecto de las obras signadas 9, 17, 29 y 31. En lo que respecta a mayores costos directos por ineficiencias e improductividades,



que pide por un total de UF 3.368,47 formula el detalle por ítem en las obras signadas 9, 17, 34, 44 y 45. Al precisar y explicar cada ítem, indica los conceptos en que se basa cada partida.

**42.** A fs. 125, ZZ se refiere, en primer término, a hechos que ella ha alegado y que aparecen reconocidos por XX en sus escritos, a saber, que se produjeron retrasos en la ejecución del Contrato ZZ-34, y que incurrió en una serie de graves incumplimientos de sus obligaciones para con empleados y contratistas, lo que hace innecesario que la concesionaria deba acreditarlos, ya que, por aplicación de reglas generales, XX debería probar que no le son imputables.

**43.** En segundo lugar, enuncia materias que fueron alegadas por la concesionaria sobre las cuales XX nada ha dicho, y no son materia de controversia. Así ocurre: Con el hecho de que XX se encargó de preparar la ingeniería de detalle de las obras signadas 29, 31, 46 y 55, particularmente gravitantes; y con la afirmación de que XX no reclamó en tiempo y en la forma señalada en la Sección 9 de las Bases Administrativas, ni la necesidad de mayores plazos, ni gastos extraordinarios ni prestaciones similares originadas por diferencias entre los planos “válidos para construir” que le fueran entregados con los aprobados por el MOP.

**44.** En tercer término, hace presente las inexactitudes y errores en que habría incurrido XX en su escrito de contestación a la demanda reconvenzional. El MOP supervisó permanentemente la ejecución de las obras aun sin que los planos de construcción contasen con su aprobación formal, lo que es la forma en que actúa dicha entidad fiscal.

**45.** Se refiere enseguida al sentido y alcance de la declaración contenida en la cláusula segunda del Addendum 3, reiterando que ella se refirió a todas las obras del contrato, y no solamente a las que allí se mencionan.

**46.** En cuanto a que no sería imputable a XX el atraso en la ejecución de las obras y el mal estado de sus negocios, reitera la concesionaria sus planteamientos anteriores, señalando que los mayores errores en que aquella incurrió se produjeron respecto de las obras signadas 29, 31, 46 y 55 respecto de las cuales XX mantuvo su obligación de entregar los proyectos de ingeniería de detalle, lo que hace evidente que incurrió en su propia responsabilidad. En cuanto a las obras del contrato ejecutadas incorrectamente por XX, indica los hechos y pormenores que al respecto detalla a fs. 134.

#### **PRUEBAS RENDIDAS**

- A fs. 136 se dictó la interlocutoria de prueba, aceptada por ambas partes con dos modificaciones que de común acuerdo solicitaron al Tribunal a los puntos 4 y 5 de dicha resolución, a lo que el Árbitro dio lugar.

Se rindió la testimonial de la demandante, que rola entre fs. 147 y 150, y la prueba testimonial de la demandada, que rola entre fs. 152 y 164 y entre fs. 166 y fs. 196 de los autos.

- A fs. 197, ZZ acompaña 31 documentos, con citación, para acreditar los atrasos en que incurrió XX en la ejecución de las obras encomendadas.
- A fs. 205, ZZ acompaña, con citación, 5 documentos para acreditar su aprobación a 15 estados de pago cursados y el pago de los mismos a XX, y la emisión de facturas y documentos que indica.
- A fs. 207, ZZ acompaña, con citación, 14 documentos para acreditar que, antes de la intervención, XX mantenía deudas vencidas para con sus proveedores y subcontratistas; y solicita la designación

- de un perito en derecho laboral, para que informe y cuantifique el riesgo a que está expuesto ZZ por aplicación de su responsabilidad subsidiaria legal, y se envíen oficios al respecto a los tribunales que menciona.
- A fs. 213, ZZ acompaña, con citación, 13 documentos para acreditar la aprobación de los estados de pago que menciona y el pago de ellos, emanados principalmente de los inspectores fiscal y técnico (ITO); y un informe elaborado por el perito independiente don PE1, para evaluar la ejecución de los proyectos 29, 31, 46 y 55 y sus defectos a ser reparados, coincidentes con las observaciones del MOP.
  - A fs. 216, XX solicita la exhibición de los documentos que indica, y acompaña 11 archivadores con documentos, que contienen correspondencia intercambiada por las partes, 8 de ellos dirigida por XX a ZZ; 2 de ellos dirigida por ZZ a XX; y uno signado 11 con antecedentes de obras adicionales. Solicita asimismo la práctica de uno o más informes periciales.
  - A fs. 218, ZZ solicita se tome declaración al testigo presentado por XX, don L.P.
  - A fs. 220, ZZ pide tener por acompañadas, con citación, las cinco cartas que indica.
  - A fs. 222, ZZ solicita tener por acompañadas, con citación, otras cuatro cartas, el Oficio Ord. Número 8024 de 5 de junio de 2003 del inspector fiscal, que aprueba los proyectos de ingeniería correspondiente a las 4 pasarelas que señala y 16 planos de ingeniería correspondientes a las mismas pasarelas, diseñados o preparados por TR2 S.A. o por Constructora TR3, empresa contratada por XX para elaborar sus proyectos.
  - A fs. 224, ZZ acompaña, con citación, 14 facturas de distintas personas para acreditar el pago de sobrecostos en que incurrió con motivo de la ejecución incorrecta de las obras por parte de XX; y a fs. 228, seis cheques girados a favor de XX, por un total de \$ 947.856.453 para el pago de facturas emitidas por XX.
  - A fs. 229, ZZ acompaña, con citación, copia de ordinario número 8065 de 13 de junio de 2003, del inspector fiscal, para acreditar la propuesta presentada al MOP de aplicar multa por atraso a ZZ.
  - A fs. 230, ZZ acompaña, con citación, nueve documentos para acreditar el incumplimiento por parte de XX de normas reglamentarias relativas a la forma de ejecutar las obras.
  - A fs. 233, ZZ acompaña, con citación, tres documentos que acreditan que el MOP cursó multas a ZZ en razón de atrasos en que XX incurrió en la elaboración de la ingeniería de detalle de diversas obras.
  - A fs. 238, ZZ contesta el traslado que le fue conferido de la solicitud presentada por XX para que las personas citadas a absolver posiciones, a fs. 236, lo hagan fuera del territorio nacional, en sus respectivos domicilios en Ciudad de México o en el lugar que fije el Árbitro, pidiendo su rechazo.
  - A fs. 240, ZZ objeta diversos documentos acompañados por XX a fs. 216, en archivadores 1,8 y 11, en relación con distintas obras; y formula consideraciones especiales y generales aplicables.
  - A fs. 255 rola acta de 5 de agosto de 2004 en que consta la exhibición de los documentos pedida por XX a fs. 216.

- A fs. 258 rola la contestación por parte de ZZ del traslado que le fue conferido a su solicitud para que declare el testigo de XX señor L.P.
- A fs. 261 rola la Resolución de 13 de agosto de 2004, que deja sin efecto la convocatoria al recién indicado testigo.
- A fs. 264 rola el Acta de la Audiencia convocada para la designación de peritos, acordándose los puntos a que se extenderá el peritaje, el procedimiento a seguir y la designación por parte del Árbitro del ingeniero civil don PE2.
- A fs. 267, ZZ designa perito adjunto a don PE3. A fs. 269, lo hace XX, designando a don PE4.
- A fs. 273 XX formula oposición al nombramiento del perito adjunto señor PE3, la que es denegada por resolución que rola a fs.279.
- A fs. 286, ZZ acompaña en el otrosí, con citación, 46 documentos emanados de la Inspección Fiscal, que contienen diversas observaciones.
- A fs. 297, XX cumple lo ordenado en relación con la conexión de los documentos acompañados con anterioridad.
- A fs. 317 rola el acta de la audiencia decretada para la absolución de posiciones de los señores J.S. y V.M., verificada con asistencia de ambas partes en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 15 de octubre de 2004, y que contiene las preguntas y respuestas correspondientes.
- A fs. 330 rola el acta de la inspección personal del Árbitro, acompañado por los apoderados de ambas partes, realizada a lo largo de la ruta S.–V., en los lugares que en ella se indican, y con las constancias correspondientes.
- A fs. 334 rola el informe pericial evacuado por el ingeniero don PE2 y, a fs. 349, el decreto del Tribunal que ordena ponerlo en conocimiento de las partes, para que formulen las observaciones que estimen conveniente.
- A fs. 350 y con fecha 22 de noviembre de 2004 se citó a las partes para oír sentencia.
- A fs. 356 y 357 rolan las observaciones de la demandante al informe pericial presentado por don PE2, y a fs. 358 y 363 se leen las observaciones de la demandada acerca del mismo informe, las que se ordenaron tener presente.

Teniendo lo anterior presente y **CONSIDERANDO:**

**(I) EN CUANTO A LAS TACHAS** opuestas por ZZ a los testigos presentados por XX señores F.M. y E.M. a fs. 147 y 149, respectivamente, estimando este Tribunal Arbitral que los motivos invocados no son suficientes ni se ha acreditado que inhabiliten a los declarantes para prestar su testimonio, no ha lugar a las tachas, sin perjuicio del valor probatorio que se pueda atribuir a sus declaraciones.

**(II) EN CUANTO A LA DEMANDA PRESENTADA POR XX EN CONTRA DE ZZ:**

**Primero:** Que a fs. 29, XX entabló en contra de ZZ demanda en la que, en síntesis, pide: **A)** declarar que ZZ incumplió las obligaciones contraídas para con XX en el contrato denominado ZZ–34 para

la ejecución de las obras complementarias de la ruta S.-V. y en sus Addendum 2 y 3 que modificaron el mismo pacto, documentos de los que se ha hecho relación en lo expositivo del presente fallo. **B)** Que, como consecuencia de tales incumplimientos, se declare la resolución del referido contrato y sus modificaciones; **C)** que se condene a ZZ a indemnizar a XX todos los perjuicios sufridos por un valor ascendente a UF 109.571,51 más intereses corrientes, o la suma mayor o menor que el Tribunal determine; y **D)** que debe pagar las costas de la causa.

**Segundo:** Que XX fundamenta su demanda en el incumplimiento que hace consistir, en primer término, en que ZZ se obligaba a proporcionarle la ingeniería de detalle, planos y demás antecedentes técnicos correspondientes a los proyectos que le encomendó, pero con la previa aprobación del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, MOP) para realizar la construcción de catorce obras complementarias de la Ruta C. concesionada, S.-V. Al no cumplir ZZ lo anterior, XX tuvo que realizar obras adicionales para ajustar las diferencias que existieron entre dichos antecedentes técnicos con los trabajos y obras que se vio obligada a realizar, las que ZZ se ha negado a pagarle.

En segundo término, XX hace consistir el incumplimiento que atribuye a ZZ en la intervención que estima injustificada y arbitraria del contrato, realizada el 5 de noviembre de 2003, cuando las obras estaban prácticamente terminadas, con las excepciones que menciona.

**Tercero:** Que, entre otros documentos, se han acompañado a estos autos copia del Contrato ZZ-34 suscrito el 28 de febrero de 2002 entre las partes, de las Bases Administrativas del mismo, y de los Addendum 1, 2 y 3 suscritos el mismo 28 de febrero, el 31 de julio de 2002 y el 16 de mayo de 2003, respectivamente. Tales documentos aparecen firmados por las partes y, además, por el representante de TR1 Construcciones S.A., quien se constituyó en codeudor solidario de XX pero no es parte en este litigio. Estos documentos no han sido objetados y aparecen firmados por los mandatarios respectivos, por lo que es pertinente considerar sus siguientes estipulaciones.

En la cláusula primera, inciso 2, del referido contrato, se señala que el contratista ejecutará todos los trabajos y servicios necesarios en relación con la ingeniería de detalle y construcción de las obras que forman parte del contrato. En su inciso 4 se señala como un derecho de ZZ el de excluir o reducir una o más de las obras encomendadas. En la cláusula segunda del contrato se indica que son anexos al pacto los citados Addendum y Bases Administrativas. En la cláusula tercera se conviene el sistema de fijación del precio que ZZ pagará a XX por una serie de precios unitarios con valor total limitado, expresados en Unidades de Fomento, que constituye la única prestación a que se encuentra obligado ZZ, incluyendo en ella todos los costos, utilidades y riesgos del contrato. En la cláusula cuarta, se señala, como precio estimativo, la cantidad de UF 180.248 y el anticipo de 10% a ser descontado en la forma que allí se indica. En la cláusula quinta, se fija como plazo de la ejecución de las obras el indicado en el anexo número 3. En la cláusula séptima, se establece la obligación de garantía constituida por una boleta bancaria de UF 9.012,40.

Las Bases Administrativas, que integran el contrato ZZ-34, contienen extensas y prolijas estipulaciones en cuanto a la interpretación del contrato, distribución del riesgo, inspección, forma de ejecutar las obras, plazos y condiciones de pago, suministro, forma de terminación del contrato y solución de discrepancias entre las partes. En la pág. 39 de estas Bases se señala que el contratista será responsable de elaborar los diseños detallados que permitan completar la ingeniería de las obras, como asimismo, la tramitación para su aprobación por el MOP; y que el contratista será responsable de la oportuna, correcta y completa ejecución de los proyectos de ingeniería de las obras que no le hayan sido entregadas por la concesionaria. En la pág. 40 se lee que los planos de construcción son los aprobados por el inspector jefe y el MOP con los datos necesarios y suficientes para describir las obras. Los únicos planos válidos para ejecutar las obras son los planos de construcción aprobados por el inspector jefe mediante su firma y un timbre con la

leyenda “válidos para construir”. En la pág. 98 se establece el derecho de ZZ a poner término anticipado al contrato por incumplimientos del contratista si éste, en forma reiterada y manifiesta, incumple sus obligaciones, y señala dos alternativas: Una, que consiste en la intervención de las obras, para continuarlas; y otra, poner término anticipado al contrato. En el primer supuesto, ZZ podrá completar las obras por sí misma o emplear otro contratista, con cargo a XX. En caso de término anticipado, podrá hacer efectiva la garantía de cumplimiento a título de indemnización de perjuicios. En la pág. 102 de estas Bases Administrativas, se reglamenta la presentación del estado de pago final por el contratista.

**Cuarto:** Que lo anterior fue modificado por ambas partes al suscribir el Addendum 2 con fecha 31 de julio de 2002. Por circunstancias que no se aclaran suficientemente en este documento, ellas convinieron que los proyectos pasarían en adelante a ser desarrollados por ZZ, señalando que junto con someter a la aprobación del MOP los proyectos a nivel de ingeniería de detalle, que a la fecha se encuentren pendientes de entrega ante dicho Ministerio, la concesionaria los entregará al contratista a objeto de que éste revise dentro de 14 días sus cubicaciones y los haga propios, pasados los cuales, el contratista asume bajo su cargo exclusivo la responsabilidad de toda la ingeniería de construcción, explicitando las fases de esta última. Los nuevos plazos de ejecución de las obras figuran en el Anexo 2 de este Addendum. Se determina los porcentajes correspondientes a los gastos generales fijos, variables y otros pormenores, para su distribución en el precio total. Finalmente, se pactó un amplio finiquito y renuncia por parte de XX de acciones por situaciones devengadas con anterioridad.

**Quinto:** Que la situación precedente fue nuevamente modificada por las partes mediante la suscripción del Addendum 3 de 16 de mayo de 2003. El valor estimado bajó a la cantidad de UF 174.430,51, se señaló un nuevo cronograma para la duración y término de los trabajos el 31 de agosto de 2003; se reconoció por ZZ en favor de XX un pago por mayores gastos generales fijos por el aumento de plazo convenido, ascendente a UF 4.204; se modificó la forma de constituir la garantía de fiel cumplimiento mediante boletas bancarias por 1% y 2%; se declaró por XX contar con los recursos necesarios para el cabal cumplimiento en tiempo y forma de los alcances del Addendum; y se pactó un amplio finiquito y renuncia por parte de XX de acciones por situaciones producidas con anterioridad. Se declaró también que las modificaciones al alcance del contrato que se estipulan empezaron a regir a contar del 1 de abril de 2003.

**Sexto:** Que con los documentos antes relacionados, no objetados, es posible dejar establecido que lo inicialmente convenido por las partes, concerniente a proporcionar los antecedentes técnicos necesarios para ejecutar las obras convenidas fue modificado a partir de julio de 2002, quedando ZZ a cargo de suministrarlos, con excepción de los proyectos signados 29, 31, 46 y 55, correspondientes a la construcción de pasarelas peatonales en distintos puntos de la ruta, cuya elaboración continuó de cargo de XX, circunstancia ésta que tampoco ha sido controvertida en autos. En lo que interesa en este aspecto, aparece que ambas partes quedaron obligadas a proporcionar dichos respectivos antecedentes técnicos adecuados a los proyectos, y, de acuerdo con el mérito de la documentación a que se ha hecho referencia, no aparece con claridad si dichos antecedentes tenían que recibir la aprobación del MOP en forma previa al inicio de la ejecución de las obras, o, por el contrario, si era suficiente, –en la inteligencia dadas por las partes al aplicar el contrato–, que la Inspección Técnica de ZZ, en el caso de los proyectos que ésta tomó a su cargo, aprobara e instruyera a XX para la ejecución de los trabajos. Existen antecedentes en autos para considerar que podía iniciarse la ejecución de dichas obras sin contar todavía con la aprobación previa del MOP, entre otros, el hecho no controvertido de que algunas de las entregas concernientes a los proyectos se verificaron con anterioridad al inicio de su ejecución, como también que otras se hicieron con posterioridad; y que la práctica, no cuestionada por la Inspección Fiscal del MOP, ha sido la de no esperar la aprobación de ella para dar inicio a los trabajos. Adicionalmente, puede dejarse establecido, que las partes, al hacer aplicación práctica del contrato, aceptaron comenzar la ejecución de las obras, emitiendo los estados de pago correspondientes a ellas, cursando y recibiendo

el pago de los mismos. Dicha aplicación práctica aparece también corroborada en el informe pericial presentado a fs. 333 de autos, en el cual señala que es práctica común la antes indicada.

**Séptimo:** Que, por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como consecuencia de lo establecido en la parte final de los Addendum 2 y 3, a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes, XX dio finiquito a ZZ y renunció a posibles acciones referidas a las situaciones anteriores a la suscripción de dichas modificaciones al contrato, por lo que cualquier controversia con respecto a las obligaciones de ZZ, en cuanto a proporcionar los proyectos de ingeniería y antecedentes técnicos respecto de obras ya comenzadas antes de julio del año 2002, y con mayor razón, antes del 16 de mayo de 2003, sea que dichos antecedentes hayan tenido o no la aprobación del MOP, quedó reducida a las situaciones presentadas en el periodo siguiente y hasta la fecha en que ZZ intervino el contrato. Esta conclusión queda reforzada por la entrega que hizo el inspector fiscal del MOP del Oficio Ordinario 8024 de 5 de junio de 2003, en que se aprobó los proyectos de ingeniería de las obras 29,31 y 46, que habían quedado a cargo de XX, y que ésta había comenzado a ejecutar con anterioridad.

**Octavo:** Que este Tribunal ha examinado la abundante correspondencia intercambiada por las partes acompañada en sendos archivadores que se tuvieron a la vista y agregados a los cuadernos de documentos respectivos, así como el Libro de Comunicaciones que se refiere separadamente a todos los proyectos, que contiene los pormenores y observaciones de los interesados.

En dicha correspondencia se advierte por parte de XX una constante preocupación, que manifiesta a ZZ, en orden a requerir las aprobaciones definitivas del MOP, y a la falta de orden, claridad y definición que constantemente le imputa porque le impide desarrollar los trabajos ordenadamente y conforme a un programa. Pero también debe destacarse que ZZ reclama reiteradamente a XX, en sentido contrario, por atrasos indebidos, falta de coordinación en las labores, financiamiento insuficiente, defectos importantes en los trabajos realizados, no pago a proveedores e incumplimiento de obligaciones laborales a lo largo del tiempo, quejas que se intensifican durante el período final de la construcción de las obras. Por ello no es posible tener por establecido que la única causa del incumplimiento contractual que XX imputa a ZZ haya consistido en la falta de antecedentes técnicos aprobados previamente por el MOP, toda vez que, a pesar de las mutuas recriminaciones que se leen en la correspondencia referida, ellas no desvirtúan el hecho de haberse realizado por XX, en la práctica, las obras encomendadas, sin esperar su aprobación por parte del MOP, bastándole con las instrucciones de ZZ, impartidas a través de sus jefes.

**Noveno:** Que, en este punto, resulta determinante la opinión que el perito don PE2 proporcionó a este Tribunal en su informe que rola a fs. 333, en el párrafo 1.1 acerca de las prácticas habituales en la construcción de obras viales por el MOP y su Dirección de Vialidad, que repite en el párrafo 1.2, al señalar que, en conformidad a dicha práctica, algunas obras se iniciaron sin contar con los proyectos aprobados, como consta de los documentos que dicho perito revisó. Más aún, en el párrafo 2, señala que los planos de las obras 18, 26, 29, 31, 34, 34-b y 44, en sus dos versiones disponibles, –los planos referenciales al inicio, y los finalmente aprobados por el MOP–, son idénticos; que los planos de las obras 9, 45, 46 y 55 tienen pequeñas diferencias, en partes de las obras, calificables como adicionales y no sustantivas de la obra particular, como señalización, defensas, partes del saneamiento y otras; y que los planos de la obra 17 tienen diferencias en el enrocado de protección del talud y en detalles del saneamiento. Las conclusiones del informe pericial resumen lo anterior.

**Décimo:** Que, en segundo término, XX hace consistir el incumplimiento que imputa a ZZ de sus obligaciones en lo que califica como intervención arbitraria, unilateral e improcedente, ocurrida en noviembre de 2003. Consta de autos que ZZ comunicó a XX en carta de 5 de noviembre de 2003 su decisión de intervenir las obras en razón de manifiestos, reiterados y graves incumplimientos incurridos por XX, y, en particular, por no cumplir los plazos estipulados para dar término a las obras contratadas; así como

la respuesta entregada por XX en carta 15 de 11 de noviembre de 2003 dirigida a ZZ, que rechaza la intervención porque, a la fecha, las obras se encontraban prácticamente concluidas, y solamente estaba pendiente un tema relacionado con el galvanizado en frío aplicado a las barandas de las pasarelas peatonales de las obras 29, 31, 46 y 55, cuya ejecución no se pudo realizar por falta de una resolución técnica de ZZ. Admite XX en su demanda haber recibido tres cartas 340, 341 y 343 que le dirigió ZZ el 16 de octubre de 2003 en que le representó diversos incumplimientos a ser corregidos en breve plazo, pero también afirma que dichas observaciones se habían subsanado a la fecha de la intervención. Añade XX que con fecha 31 de octubre de 2003 envió en carta 565 un estado de pago 16 que contiene las obras realizadas en el mismo mes de octubre, con sus documentos justificativos. ZZ retuvo dicho estado de pago, que posteriormente aceptó solamente en parte.

**Undécimo:** Que las Bases Administrativas del Contrato ZZ-34 regulan la intervención de las obras en términos que se relacionan con los posibles incumplimientos del contratista. Producida alguna causal de incumplimiento, el inspector jefe notificará al contratista para que en 14 días solucione o remedie el incumplimiento. Si así no acontece, la concesionaria puede tomar la medida de intervención de las obras o bien poner término anticipado al contrato. Cabe destacar que en este capítulo de las Bases, se detallan diversos derechos y obligaciones de la concesionaria ZZ, en particular, las de practicar, a la fecha de la intervención, después de oír al contratista, el avalúo de la suma de dinero que el contratista haya percibido en razón de lo realizado hasta el momento en que ZZ deba tomar, con cargo a XX, las obras no realizadas o no acreditadas, y otros valores que allí se indican. Se deja establecido en estas bases que, una vez determinados y certificados los costos de terminación y conservación, las multas que procedan por atrasos y los demás costos que refiere, se establecerá la diferencia que corresponda. En el caso de que la diferencia sea en favor de la concesionaria, se descontará de las retenciones. En todo caso, el contratista tendrá derecho a verificar por sí mismo los asientos contables hechos por la concesionaria y que el costo dado para la terminación de las obras sea correcto. En la especie, ZZ adoptó la alternativa de intervenir las obras e hizo efectiva con ello la garantía de fiel cumplimiento.

**Duodécimo:** Que en relación con el procedimiento utilizado por ZZ al informar a XX el 16 de octubre de 2003 su decisión de intervenir las obras, alternativa que la primera hizo valer en lugar de poner término anticipado al contrato, aparece de los antecedentes referidos que ella se verificó después de cumplirse el plazo de catorce días fijado en las bases, toda vez que la intervención se hizo efectiva el 5 de noviembre del mismo año. En lo que se refiere a las causas que decidieron dicha intervención, es relevante lo informado por el inspector fiscal del MOP, a lo largo del período posterior a la suscripción del Addendum 3 a que hacen mención los considerandos que anteceden, por cuanto se trata del representante de la más importante autoridad en la materia de las obras públicas camineras en nuestro país; y que, si bien su rol inspectivo se aplicó a ZZ y no tiene conexión directa con XX, es evidente que lo que dicha inspección fiscal ha observado respecto de las obras en ejecución constituye una evidencia fidedigna en cuanto a la forma en que ellas se llevaron a cabo. En efecto, en los oficios ordinarios dirigidos por el respectivo inspector fiscal a ZZ signados 8275 de 7 de agosto de 2003 con respecto a la obra Pasarela A; 8291 de 11 de agosto del mismo año; 8323 de 21 del mismo mes y año; 8330 del 22 de dicho mes; 8340 de 28 de agosto de este año; y 8453 de 27 de octubre de 2003, todos anteriores a la intervención, se consignaron numerosas observaciones que atañen a fisuras, inadecuada selección de neoprenos, desfase en eje de pilares, y otras similares respecto de algunas de las obras; observaciones de que dan cuenta las cartas 326, 330, 331 y 335 enviadas en los meses de septiembre y octubre de 2003 por ZZ a XX. En el oficio ordinario número 8510 de 24 de noviembre de 2003, que se emitió algunos días después de la intervención de las obras, se hacen observaciones acerca de la reparación del galvanizado de las pasarelas peatonales y se acompañan copia de archivos fotográficos y minuta explicativa de las circunstancias anotadas, indicándose las deficiencias observadas en particular para las obras Pasarelas A (proyecto 55), Huertos B (proyecto 46), C (proyecto 31) y D (proyecto 29) en las etapas de construcción de infraestructuras, montaje, y construcción de barandas.

Por otra parte, se han acompañado a los autos copias de oficios, no objetados, en que el inspector fiscal propone al MOP aplicar multas a ZZ y que son los siguientes: 7503 de 23 de enero de 2003, 7509 de 24 del mismo mes y año, 7532 de 29 del mismo mes: 7595 de 18 de febrero de 2003. Si bien son de vigencia anterior al Addendum 3 de mayo de ese año, permiten considerar la existencia de problemas concernientes a la ejecución de las obras por parte de XX, tales como atrasos en el cumplimiento de los plazos programados, abandono de botaderos y de limpieza destinada a impedir el arrastre de lluvias, falta de instalación de laboratorio de faenas, en especial para el Enlace P., inadecuación de material para conformar las subrasantes desde el empréstito S.I.; falta de experto para prevención de riesgos, dificultades para traslado seguro del personal en obra, y otros similares.

Todo lo cual hace concluir que no puede calificarse como arbitraria o constitutiva de incumplimiento por parte de ZZ la intervención que esta última hizo efectiva del contrato ZZ-34 en noviembre de 2003, en la forma y condiciones autorizadas por la convención celebrada por las partes.

**Decimotercero:** Que, con ocasión de la intervención a que se ha hecho referencia, el inspector técnico delegado de la Concesionaria señor PE3 presentó el informe final a que se refieren las Bases Administrativas y el Contrato ZZ-34, en el cual se refiere al estado de las obras al 5 de noviembre de 2003 y a la situación económica que existía al momento de la intervención.

En dicho informe final el inspector delegado don PE3 hace presente la situación al momento de la intervención, en la siguiente forma:

- a) Un monto total de UF 14.275,45 a favor de XX, por los ítems que siguen:
- aprobación de parte del estado de pago 16, UF 4.188,59;
  - por obras adicionales, UF 1.304,63;
  - por retenciones en poder de ZZ, UF 3.549,31; y
  - por la garantía de fiel cumplimiento cobrada por ZZ, UF 5.232,92, y
- b) Un monto total ascendente a UF 24.426,84, a favor de ZZ, distribuido así:
- UF 8.721,53 por aplicación de multa por atraso en la entrega de las obras;
  - UF 5.232,92 por aplicación de la boleta de garantía de fiel cumplimiento; y
  - UF 10.472,39 por sobrecostos que ZZ tuvo que pagar para dar término a las obras (todos los montos indicados más IVA).

Lo cual da como resultado un saldo en favor de ZZ de UF 10.151,39.

Este documento, acompañado a fs. 169-B de autos, no ha sido objetado.

**Decimocuarto:** Que XX ha solicitado en segundo término, como consecuencia del incumplimiento contractual que imputa a ZZ, la declaración de resolución del contrato ZZ-34, sus modificaciones, Addendum, bases y demás pactos que las partes convinieron para la construcción de las obras complementarias antes mencionadas.

Al respecto, este Tribunal Arbitral debe concluir, en razón de lo dicho en los considerandos precedentes, que no existe razón jurídica suficiente para declarar, como lo pide XX, que ZZ haya incumplido sus obligaciones contractuales en términos que representen una contravención a lo pactado, toda vez que no se ha demostrado la influencia relevante que hayan podido tener las diferencias invocadas por XX respecto de los antecedentes técnicos necesarios para ejecutar las obras, ni que la intervención producida el 5 de noviembre de 2003 haya infringido alguna obligación de ZZ al respecto. Debe considerarse también que ZZ cursó, en la forma establecida en el contrato y bases administrativas, quince estados de pago sucesivos que fueron así pagados a XX, los que fueron acompañados a estos autos sin ser objetados por XX y revisados por el perito don PE2, lo que acredita suficientemente el cumplimiento del contrato por parte de ZZ.



**Decimoquinto:** Que XX ha demandado en estos autos la indemnización de los perjuicios que invoca haber experimentado debido al incumplimiento por parte de ZZ de sus obligaciones establecidas en el contrato ZZ-34, sus Addendum y en las mismas Bases Administrativas que lo integran, por las partidas y montos que se detallan en el párrafo 8 de la parte expositiva de este fallo.

**Decimosexto:** Que para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios en sede contractual es necesario que exista un incumplimiento imputable al deudor, que éste se encuentre en mora de cumplir la o las obligaciones de que se trata, y que dicho incumplimiento haya producido un daño o perjuicio al acreedor.

De acuerdo con los razonamientos consignados en los considerandos que anteceden, los hechos que XX imputa a ZZ no fueron constitutivos de incumplimiento del contrato que vincula a las partes, ni pudieron imputarse a culpa o mora por parte de ZZ, sino al ejercicio de su derecho, expresamente establecido en la convención y sus anexos, para optar por la intervención en razón de los incumplimientos atribuidos a XX. En consecuencia, no es posible acoger la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en contra de ZZ.

**Decimoséptimo:** Cabe decir, a mayor abundamiento que, de acuerdo con las probanzas rendidas en estos autos, ponderadas por este Tribunal Arbitral, no resulta acreditada la existencia de los perjuicios enumerados en las diferentes partidas o ítem contenidos en la demanda de XX.

Por una parte, el testimonio que rola a fs.147 del testigo de la demandante señor F.M. se limita a decir que tomó a su cargo la ejecución de la Obra 17, habiendo sido contratado sucesivamente por XX y luego por ZZ. El prestado a fs.149 por don E.M. tampoco acredita tales perjuicios.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la documental presentada por XX en el primer otrosí de fs.216, solamente la que forma parte del Archivador 11 se ha invocado y los documentos que contiene fueron objetados por ZZ por las razones señaladas a fs. 240, sin dejar de señalar que se cursaron a XX los pagos que allí explicita; objeciones que se formularon por la falta de claridad y de documentación sustentatoria suficiente, tanto en general como con respecto de cada uno de los proyectos a que se refiere; todo lo cual impide tener por suficientemente acreditados los perjuicios que la demanda exige indemnizar. Tampoco la exhibición de documentos solicitada, que rola a fs. 255, conduce a demostrar la existencia de tales perjuicios.

Finalmente, el informe pericial que rola a fs. 333 concluye en su párrafo 3, parte final, que XX reclama reconocimiento de aumentos de cantidades de obras, de obras extraordinarias, diferencias de precios y mayores costos directos, lo que ZZ le objeta por no tener respaldos justificados de esas cantidades y valores, que debía presentar XX. Al final del párrafo 6 del referido informe, se señala que los antecedentes disponibles no permiten efectuar con precisión un cálculo de cantidades reales ejecutadas, sean obras contratadas o extraordinarias, y tampoco una revisión de nuevos precios.

**Decimooctavo:** Que, examinadas las partidas contenidas en la demanda de XX, y ponderadas las pruebas presentadas en los autos, se advierte que casi la totalidad de los documentos invocados emanan de ella misma, tales como cartas dirigidas a ZZ, antecedentes técnicos, cuadros numéricos y otros escritos que, aparte de haber sido objetados por esta última, no logran demostrar la existencia de los perjuicios económicos que XX sostiene haber sufrido. Sin embargo, la correspondencia antedicha fue respondida por ZZ, de manera que hay antecedentes suficientes para ponderar la existencia de determinados hechos a que se refieren las cartas enviadas recíprocamente por ambas partes, a los cuales se hará referencia.

Al respecto, este Tribunal Arbitral estima que no hay probanzas suficientes ni comprobantes en cuanto a lo pedido por XX en concepto de daño emergente por una parte de los gastos generales (UF 43.930,62), ni por aumentos de obras y obras extraordinarias (UF 5.399,42), ni a diferencias de precios (UF 2.072,05), ni por mayores costos directos provocados por ineficiencias, improductividades o demoras (UF 3.368,47); ni se explica con suficiente fundamento documental o de otro modo por qué sería procedente la devolución de la garantía de fiel cumplimiento cobrada por ZZ al intervenir el contrato. En cambio, como se señalará más adelante, existen antecedentes para estimar, en parte, la procedencia de no considerar la totalidad de las multas por retraso, así como ponderar la alegación para el pago de parte de los costos incurridos que XX invocó en el estado de pago 16; todo lo cual lleva a desechar la demanda en los primeros ítem reseñados y a acogerla, sólo en parte, en lo que dice relación con las últimas dos partidas recién mencionadas, como se señalará en lo resolutivo de este fallo.

En lo concerniente a la parte de la demanda que se refiere al daño moral (UF 30.000), tampoco existen en autos pruebas que permitan acogerla. Respecto del lucro cesante consistente en el interés corriente sobre las partidas que estima debe pagarle ZZ, esta petición se considera más adelante en la parte resolutive de este laudo arbitral.

**Decimonoveno:** Que el Tribunal ha analizado lo establecido en el informe pericial de don PE2 que rola a fs. 333, así como lo sostenido en los informes presentados por los peritos adjuntos de XX y ZZ, a fs. 356 y siguientes de autos, como también lo manifestado por don PE3 a fs. 169–B al presentar su informe final, en la calidad que tuvo de inspector delegado por ZZ en las obras ejecutadas.

De acuerdo con el mérito de estos antecedentes, es posible llegar a la conclusión de que ZZ ha reconocido al haber de XX retenciones en su poder por UF 3.549.31; al revisar el estado de pago 16, mayores obras y obras extraordinarias ejecutadas por XX por UF 4.188,59 más IVA; y también al comparar las cantidades del proyecto con las que figuran en los planos as built, por UF 1.304,63 más IVA, reconocimiento este último efectuado después de la intervención de las obras de fecha 5 de noviembre de 2003, montos que no han sido pagados a XX y que corresponden a su haber en la liquidación del contrato; cantidades ambas además reconocidas por ZZ en los escritos que rolan a fs. 205 y 289 de autos.

### (III) EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL

**Vigésimo:** Que, a fs.100, ZZ entabla demanda reconvencional en contra de XX en la cual, en síntesis, fundándose en los mismos antecedentes de hecho antes examinados, y otros que menciona, solicita:

- a) Se declare que XX incumplió el contrato de construcción ZZ–34;
- b) Que, como consecuencia de tal incumplimiento, fue procedente el cobro que hizo, a título de multa por no cumplir los plazos previstos para la ejecución de las obras, de al menos UF 8.721,53 o la cantidad mayor o menor que el Tribunal determine;
- c) Que, por ello, fue procedente el cobro que hizo, a título de multa o sanción, de la cantidad de al menos UF 5.232,92 o la cantidad inferior o superior que fije el Tribunal;
- d) Que XX le adeuda los perjuicios moratorios y compensatorios que el incumplimiento contractual le ha ocasionado, cuya especie y monto pide reservar para otro proceso; y
- e) Que XX sea condenada a pagar todas las costas del proceso.

Para fundamentar estas peticiones, describe las obligaciones asumidas por XX para ser cumplidas de la manera pactada y en el plazo previsto en el contrato, que se elevó por las partes a la categoría de modalidad esencial. XX ejecutó las obras con graves deficiencias, abandonó algunas y no terminó las demás en el plazo convenido, por lo que ZZ tuvo que contratar a terceros para concluir las. En relación con el plazo indicado, de acuerdo con lo señalado en la cláusula respectiva del contrato ZZ-34, en el Addendum 2 suscrito el 31 de julio de 2002, y en el Addendum 3 y su anexo 2, firmados el 16 de mayo de 2003, XX debió terminar las obras a más tardar el 31 de agosto de 2003, y no solicitó formalmente mayores plazos.

XX infringió las obligaciones señaladas en el capítulo “Personal del Contratista”, Sección 4, de “La ejecución de las obras”, al no cumplir con los pagos que debió hacer a sus propios subcontratistas y a sus dependientes, en este último caso, contraviniendo sus obligaciones laborales y previsionales, con lo cual puso a ZZ en la situación de responsabilidad legal subsidiaria a que se refiere el Art. 64 del Código del Trabajo. Tales incumplimientos, junto con habilitar a ZZ para intervenir el contrato hizo procedente retener los estados de pago y cobrar las multas convenidas.

Al momento de verificarse la intervención del contrato, por las circunstancias anotadas a fs.82 en el escrito de contestación de la demanda, como XX no hizo entrega de las boletas bancarias de garantía por el 3% y 2% del valor estimado del contrato, la garantía de fiel cumplimiento del contrato fue reemplazada por una retención de UF 5.232,92 en un estado de pago extraordinario en abril de 2003. Por otra parte, las retenciones acumuladas del 5% sobre los estados de pago cursados hasta octubre de 2003, inclusive, ascienden a la cantidad de UF 3.549,31, de modo tal que las únicas garantías en poder de ZZ para con ellas cobrarse de las multas, expensas e indemnizaciones que se le adeudan suman UF 8.782,23.

Tanto por causa del retardo incurrido, como por el cumplimiento imperfecto de lo pactado, que explica latamente, y de acuerdo con lo establecido en la Sección 8 de las Bases Administrativas, deben aplicarse y tiene derecho a cobrar el valor de las cláusulas penales o multas, ascendentes a las cantidades antes mencionadas, en conformidad con lo señalado en la Sección 4 “Ejecución de las obras” y lo previsto en la estipulación a que se refiere el Art. 1.543 del Código Civil.

Pide se declare reservar sus derechos para exigir a XX le indemnice la totalidad de los perjuicios que ha experimentado, los cuales no están en condiciones de ser actualmente determinados en especie y monto, por existir los procesos judiciales que ha señalado y la proposición hecha por la Inspección Fiscal del MOP para aplicar a ZZ severas multas a determinar en el futuro.

**Vigésimo Primero:** Que, con el mérito de los documentos acompañados por ZZ en el segundo otrosí de su escrito de contestación que rola a fs. 108 y siguientes de estos autos, no objetados, y, en particular, lo señalado en el Addendum 3 del contrato ZZ-34, suscrito por ambas partes el 16 de mayo de 2003, puede darse por acreditado que XX debió concluir las obras encomendadas el 31 de agosto del mismo año, plazo además prorrogado hasta fines de octubre de 2003; y que no cumplió con dicha obligación dentro del plazo estipulado para ello, plazo al cual las partes dieron particular importancia, atribuyéndole el carácter de esencial, presumiblemente para que ZZ pudiese a su vez cumplir los plazos a los que se había obligado en su calidad de concesionaria del MOP para realizar los trabajos adjudicados en la ruta S.-V.

Por otra parte, de acuerdo con los documentos acompañados, en los números 6 y 7 del mismo otrosí, y no objetados, consistentes en dos cartas enviadas a XX el 16 de octubre de 2003 por el inspector delegado por ZZ don PE3, se tiene por acreditado que le concedió, respecto de los proyectos y obras 44, 29, 31, 46 y 55, un plazo adicional como última fecha de término el 31 de octubre de 2003 para el primero y el 25 de octubre del mismo año, para los demás, con la advertencia de que de lo contrario, las obras serían intervenidas, hecho que no ha sido controvertido en autos.

**Vigésimo Segundo:** Que debe tenerse en cuenta que la concesión de plazo o de espera, precedida de los catorce días que reglamenta la respectiva cláusula del contrato y de las bases, aparece cumplida, toda vez que ZZ comunicó definitivamente a XX su decisión de intervenir las obras por carta 129–2003 de fecha 5 de noviembre de 2003, intervención que fue rechazada por XX en carta del 11 del mismo mes y año, sosteniendo que las obras estaban prácticamente terminadas a la fecha de la intervención, con excepción del galvanizado en frío aplicado a las barandas de las pasarelas peatonales de las obras 29, 31, 46 y 55. No obstante aparece acreditado que XX terminó por aceptar el plazo antes señalado, al presentar el 31 de octubre de 2003 el estado de pago 16 que envió a ZZ en carta 565 de esa misma fecha.

**Vigésimo Tercero:** Que, de acuerdo con lo antes referido y acreditado, el atraso verificado respecto del cumplimiento del plazo convenido, constituye en mora a XX con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1.551 número 1 del Código Civil, por lo cual no puede desconocerse el derecho que asistió a ZZ para intervenir las obras del contrato, por lo que se acogerá en esa parte su demanda reconvenzional.

**Vigésimo Cuarto:** Corresponde enseguida resolver, en primer término, si es procedente el cobro que ZZ pretende, por concepto de multa o sanción por los atrasos en que incurrió XX al no concluir las obras en el plazo estipulado en los documentos que configuran la convención. Dicha cláusula penal quedó limitada al 5% del monto del contrato, finalmente fijado en el Addendum 3 en un valor estimativo de UF 174.430,51, con lo que dicha sanción quedó reducida a UF 8.721,53. Y debe resolverse, en segundo término, si es procedente la aplicación que hizo efectiva ZZ de la multa que estimó devengada por el hecho de decidir la intervención de las obras, ascendente a UF 5.232,92 cantidad en poder de ZZ. O, en ambos casos, fijar este Tribunal un monto mayor o menor a estas cantidades, en uso de las facultades otorgadas al efecto en las peticiones formuladas en la demanda reconvenzional.

Al efecto, debe considerarse que la cláusula penal constituye una evaluación anticipada de los perjuicios que las partes han estipulado al contratar y así lo hicieron ellas al fijar las multas en los montos antes señalados, pero que además cumple el rol de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en el caso de que el deudor no lo haga en el plazo y forma estipuladas, y, asimismo, comporta una sanción en razón de la culpa, negligencia, mora o hecho del deudor al que se imputa no haber cumplido por su parte con las obligaciones asumidas en el contrato respectivo, sanción cuya aplicación debe realizarse considerando todos los factores que influyeron en el referido retardo, juzgados conforme a derecho y a equidad.

**Vigésimo Quinto:** Que, con el mérito de las probanzas rendidas en los autos, como se desprende de las declaraciones de testigos presentados por ZZ a fs. 154, 158, 163, 177 y 193, en torno a los distintos puntos del auto de prueba, se tiene por acreditada la existencia de atrasos, deficiencias e incumplimientos producidos en la ejecución de las obras encomendadas a XX, pero, de acuerdo con la correspondencia examinada que se cursó entre XX y ZZ y viceversa, debidamente ponderada, también aparece demostrada la existencia de una importante cantidad de ajustes, cambios y modificaciones que se fueron exigiendo a XX durante el curso de ellas, a la sola discreción de ZZ, lo que significó una alteración constante en el ritmo de avance de las obras que XX ejecutaba.

Por otra parte, aparece no controvertido, e incluso admitido por XX en la diligencia de absolución de posiciones de los ejecutivos de ella señores V.G. y J.S., que rola a fs. 312 a 328, la efectividad de existir demandas civiles y laborales entabladas por subcontratistas y operarios que podrían generar responsabilidad indirecta de cargo de ZZ.

En cuanto a las deficiencias advertidas en las obras, el perito don PE2 señala, a fs. 338, en el párrafo 5 de su informe, que el buen estado aparente actual de ellas, luego de la intervención de otras constructoras, no permite precisar si hubo buena calidad final de ejecución de las obras por parte de XX o si ello

resultó gracias a la intervención final de terceras empresas. Añade el perito que observó algún grado de satisfacción de ZZ por la calidad de la ejecución de las obras por XX, pues de acuerdo al avance del estado de pago 15, había pagado un total del contrato (costos directos, más gastos generales, más utilidades) UF 154.207,79 de un total convenido de UF 174.430,51, es decir, un 88,4% de aquellas.

**Vigésimo Sexto:** Ahora bien, de la revisión efectuada por este Tribunal de los documentos acompañados por XX en parte de prueba en el primer otrosí de su escrito que rola a fs. 216, en sus numerales 1 a 11, constituidos básicamente por la correspondencia intercambiada por las partes y otros antecedentes presentados en parte de prueba para acreditar el costo en que incurrió para efectuar la construcción de obras adicionales, –documentos todos que fueron objetados por ZZ en su escrito de fs. 240–, pero cuyo valor probatorio debe apreciar este Tribunal, no es posible prescindir de los hechos a que dicha documentación se refiere, como se ha reflexionado en el considerando precedente.

En efecto, del examen de la correspondencia acompañada que emana tanto de XX hacia ZZ (Archivadores 1 a 8) como de ZZ hacia XX (Archivadores 9 y 10) resulta suficientemente demostrado, a juicio de este Tribunal, que XX tuvo que enfrentar con frecuencia muchas dificultades para realizar las obras de construcción programadas en el tiempo convenido, derivadas de cambios y modificaciones en los programas y diseños previamente fijados, que constantemente le instruía ZZ, con las consiguientes indefiniciones y postergaciones, lo que evidentemente fue una de las causas concurrentes que provocaron atrasos en la ejecución de los trabajos.

**Vigésimo Séptimo:** Que, en lo que concierne al derecho de ZZ de hacer efectiva y mantener en su poder la garantía de fiel cumplimiento ascendente a la cantidad de UF 5.232.92, como consecuencia de la intervención que legítimamente hizo efectiva, esta petición será acogida por las razones que este Tribunal estima legítimas y que derivan del contrato celebrado por las partes para el caso de haberse llegado a la intervención de las obras, derecho que la convención confiere a ZZ, y que aparece justificada por los hechos antes mencionados.

Al respecto cabe tener en cuenta que, con arreglo a lo establecido en los párrafos del contrato celebrado por las partes, relativos al incumplimiento del mismo por parte del contratista (pág. 98), a la intervención que la concesionaria tiene la facultad de ejercer (pág. 100), y la consiguiente liquidación y finiquito (pág. 105), el inspector delegado aplicó dichas normas y formuló la liquidación que rola a fs. 169–B, no objetada, mencionada en el considerando decimotercero del presente fallo, a virtud del cual este Tribunal Arbitral además entiende que, al producirse la intervención del contrato, ya no es exigible efectuar frente a XX la recepción provisoria y/o definitiva de las obras, toda vez que ellas se continuaron construyendo por ZZ o por terceras empresas o personas contratadas, con cargo al contrato. Por consiguiente, de acuerdo con la referida liquidación, corresponde al haber de XX el monto de las retenciones que ZZ mantiene en su poder, ascendentes a UF 3.549,31 más IVA, sin perjuicio de las imputaciones que pudieren hacerse en el procedimiento relativo a la reserva de acciones a que se alude en el considerando que sigue.

En cuanto al derecho que invoca ZZ para aplicar las multas establecidas en las cláusulas del mismo contrato, en razón de atrasos producidos en la construcción de las obras encomendadas, el Árbitro regulará dicha aplicación limitándola a la cantidad de UF 4.000 más IVA, principalmente en razón de haber concurrido en el retardo imputado a XX no solamente la culpa de esta última, sino que también, a juicio de este Tribunal, un importante grado de alteración y variación por parte de ZZ en la definición, organización y frecuente cambio de instrucciones dadas durante la ejecución de las obras encomendadas a XX.

**Vigésimo Octavo:** Que se dará lugar a la reserva de acciones solicitada por ZZ para instar por la indemnización de perjuicios adicionales derivados del retardo en la ejecución de las obras encomendadas

a XX y del cumplimiento imperfecto de las obligaciones contractuales de esta última, dado que, como lo señala ZZ a fs.107, no está en condiciones por ahora de determinarlos en especie y monto, por las razones que allí expone. Esta reserva se extenderá, asimismo, a los derechos que ZZ pueda ejercer para el resarcimiento y reembolso de los pagos efectuados a terceras empresas o personas para concluir las obras encomendadas a XX y que ésta no terminó de ejecutar, o abandonó, todo ello con cargo a XX, por expresa disposición del contrato y de las bases administrativas tantas veces mencionadas.

**Vigésimo Noveno:** Que los demás antecedentes probatorios acompañados por las partes, debidamente ponderados por este Tribunal Arbitral, no alteran las conclusiones precedentes.

**Trigésimo:** Que no se emite pronunciamiento acerca de la demanda reconvenicional interpuesta en contra de TR4 Construcciones S.A., por no haber sido parte en el presente juicio.

Y, visto lo que disponen además los Artículos 1.437, 1.438, 1.444, 1.494, 1.535, 1.538, 1.539, 1.542, 1.543, 1.545, 1.546, 1.547 inciso 3, 1.551, 1.552, 1.553, 1.556, 1.557, 1.564 inciso final, y 1.996 a 2.005, todos del Código Civil, y 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

**SE DECLARA:**

- 1°. Con respecto a la demanda presentada a fs. 29 por XX en contra de ZZ:
- 2°. Que se acoge la demanda sólo en cuanto esta última deberá pagarle las cantidades ascendentes a UF 4.188,59 más IVA y UF 1.304,63 más IVA, por los fundamentos señalados en el considerando decimonoveno de este laudo, sin intereses; y deberá reconocerle y reembolsarle las retenciones que mantiene en su poder, ascendentes a UF 3.549,31 más IVA, sin perjuicio de las imputaciones que al respecto procedan en razón de la demanda reconvenicional entablada en estos autos.
- 3°. Que se rechaza esta demanda, en lo demás solicitado.
- 4°. Con respecto a la demanda reconvenicional presentada a fs. 100 por ZZ en contra de XX:
- 5°. Que se acoge la demanda reconvenicional, sólo en cuanto se declara que XX incurrió en incumplimiento del contrato ZZ-34; que ZZ procedió conforme a derecho y al mismo contrato al intervenir las obras que venía ejecutando XX, intervención producida el 5 de noviembre de 2003; que el cargo a retenciones de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente a la cantidad de UF 5.232,92 más IVA, se ajustó al contrato celebrado; que se acoge la aplicación con cargo a las retenciones efectuadas en los estados de pago que constan de autos, de las multas por concepto de atraso en la ejecución de los trabajos encomendados, pero sólo por la cantidad de UF 4.000 más IVA, sin intereses; que se hace lugar a la reserva de derechos a que alude el considerando vigésimo octavo que antecede, incluyéndose en ella los cargos formulados por concepto de sobrecostos incurridos por la cantidad de UF 10.472,39 más IVA, derechos que podrán ser establecidos en otro juicio diverso; y
- 6°. Que se rechaza esta demanda reconvenicional, en lo demás solicitado.
- 7°. Que no se condena a ninguna de las partes al pago de las costas solicitadas, por estimar este Tribunal Arbitral que tuvieron motivos plausibles para litigar.

Autorícese el presente Laudo Arbitral por la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Notifíquese a las partes personalmente en la referida Secretaría, sede de este Tribunal Arbitral, o, en su defecto, por cédula por un Ministro de Fe, con entrega de copia íntegra y autorizada de este fallo.

Archívense estos autos Rol 422–03 y dense copias autorizadas a las partes que lo soliciten.

Árbitro, señor Jorge Barros Freire.

Nota: Esta sentencia fue objeto de recurso de casación en la forma interpuesto para ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, el que se encuentra aún pendiente.