

ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR

Árbitro: Sr. Blas Bellolio Rodríguez

Fecha Sentencia: 9 de marzo de 2006

ROL: 461

MATERIAS: Contrato de confección de obra a suma alzada – obras extraordinarias – imputabilidad de atrasos en la ejecución de las obras – medidas precautorias dictadas por el Árbitro – informe pericial no solicitado – vicio de *ultrapetita*.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La Sociedad XX S.A. demanda a Comunidad Edificio ZZ con ocasión del contrato de ejecución de obra, por el pago de obras adicionales realizadas. La demandada sostiene que el trabajo debía hacerse a un precio fijo y niega haber consentido en la realización de obras extraordinarias. En una demanda reconventional solicita indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización deficiente de los trabajos de impermeabilización.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículo 290, 358 N°s. 5 y 6, 635.

Código Civil: Artículos 1.547, 1.563 1.698, 2.003 N° 2.

D.S. MINVU N° 236 de 2003.

DOCTRINA:

Si en el contrato celebrado no consta la facultad o alternativa de ejecutar obras extraordinarias sino que un precio único por la totalidad de los trabajos, corresponde a la parte demandante probar que dichos trabajos se realizaron con el consentimiento de la demandada y, además, que su cobro sería independiente del precio originalmente pactado, todo ello de acuerdo al Artículo 1.698 del Código Civil (Considerando N° 33).

DECISIÓN: Se acoge la demanda de XX S.A. en forma parcial. Se acoge la demanda reconventional, ordenando a XX S.A. a pagar una indemnización de perjuicios derivados de obras defectuosas. Se permite que los montos adjudicados sean compensados entre sí. Cada parte pagará sus costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 9 de marzo de 2006.

VISTOS:

Primero: Que con fecha 19 de mayo de 2004, don J.Y., en representación de la sociedad XX S.A., presentó ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago una Solicitud de Arbitraje, de manera de resolver las diferencias surgidas con Comunidad Edificio ZZ con ocasión del contrato de ejecución de obra celebrado entre las partes con fecha 5 de septiembre del año 2001.

Segundo: Que con fecha 1 de junio de 2004 se designó como Árbitro Arbitrador para conocer de esta contienda a don Blas Bellolio Rodríguez, quien fue notificado de esa designación el día 21 de junio de 2004.

Tercero: Que con fecha 29 de junio de 2004 se tuvo por constituido este arbitraje, realizándose el primer comparendo de fijación de procedimiento el día 11 de agosto de 2004.

Cuarto: Que con fecha 25 de agosto de 2004, a fs. 38, comparece don P.V. en representación de la demandante, presentando demanda arbitral en contra de ZZ.

Quinto: Basa su demanda en lo siguiente: Que con fecha 5 de septiembre de 2001, las partes de este arbitraje suscribieron un Contrato de Confección o Ejecución de Obra con el objeto de impermeabilizar la terraza del edificio ZZ, ubicado en DML. El precio único y total por la ejecución de las obras se pactó en la suma de \$ 70.371.586 IVA incluido, y el plazo de ejecución de las obras sería de sesenta días hábiles, contados desde el inicio de los trabajos.

Sexto: Agrega que, de acuerdo a lo establecido en la cláusula decimoséptima del contrato, la inspección técnica de la obra quedó a cargo del Comité de Administración del Edificio. Este comité tenía un plazo de tres días, contados a partir de la fecha de término de los trabajos, para examinar la obra. En caso de no formular observaciones, las obras se recibirían definitivamente. En caso de formularse observaciones por parte del comité, la empresa tendría el plazo de una semana para subsanar lo señalado por la inspección técnica. Una vez solucionados los eventuales defectos, se procedería a la recepción definitiva por parte del comité de administración, levantando un Acta firmada por las partes.

Séptimo: En cuanto a la ejecución del contrato, la parte demandante señala que se presentaron múltiples problemas de atrasos por causas imputables a terceros y a los propios copropietarios del edificio, además de la necesidad de ejecutar obras adicionales no previstas en la cotización, y el incumplimiento por parte de la Comunidad de proporcionar agua potable y electricidad. Luego, hace una reseña de la correspondencia enviada por parte de XX a la demandada, en la que se dejaría constancia que los trabajos se realizaron de forma informada y transparente.

Octavo: A continuación, la demandante hace una exposición de los mayores costos en que se debió incurrir en la obra, detallando el monto por cada ítem, totalizando la suma de \$ 13.285.400 IVA incluido. Funda la procedencia de estos cobros en el hecho que con fecha 29 de abril de 2002 las partes concurren a la obra, asistiendo el entonces administrador, junto a otros miembros del Comité de la Administración de la Comunidad y que en esa oportunidad sólo se habrían formulado reparos menores, solucionados satisfactoriamente por parte de XX. Sin embargo, alega la demandante, el administrador de la Comunidad, por medio de carta enviada con fecha 25 de julio de 2002, rechaza la recepción final de las obras argumentando que existen varias diferencias entre lo presupuestado y lo ejecutado. Luego, con fecha 29 de abril de 2004, se envía otra carta por parte de la Administración de la Comunidad, en la que se insiste en la negativa de recibir las obras debido a problemas de filtración en el techo del local N° 16, cuyo presupuesto aproximado es de \$ 420.000, sin perjuicio de mencionar cartas anteriores del año 2003.

Noveno: Por último, la demandante señala que las obras extraordinarias que se realizaron fueron previamente informadas a la Comunidad, y se desarrollaron con conocimiento y sin oposición, por lo que debe asumirse su aceptación tácita.

Décimo: Concluye exigiendo la condena de la parte demandada al pago de todas y cada una de las obras adicionales y/o extraordinarias y mayores gastos en que incurrió a favor de la demandada, las que totalizan la suma de \$ 13.285.400, o las obras, prestaciones y valores que este Árbitro determine, más intereses y reajustes desde la fecha de la mora, con costas.

Undécimo: Conferido traslado a la demandada, ésta responde en plazo por intermedio de su apoderado, abogado señor AB, interponiendo, a su vez, demanda reconvenzional en contra de XX. Funda su escrito de contestación en que las partes, al pactar un único precio por la ejecución de las obras, han celebrado, de acuerdo a la clasificación de los contratos, un contrato a suma alzada, en los que por

esencia el trabajo debe hacerse a un precio fijo, sin que pueda con posterioridad invocarse modificaciones por parte del contratista.

Agrega en segundo lugar, que según lo estipulado por las partes en las cláusulas tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima del contrato, la demandante se obligó a la total ejecución de lo estipulado, incluyendo la ejecución de todos los trabajos inherentes a la naturaleza de la obra a realizar. Asimismo, señala que la demandante, XX, se obligó a proporcionar todo el material, maquinaria y demás elementos necesarios para la ejecución de las obras y que como contraprestación, ZZ pagaría como único y total precio la suma de \$ 70.371.586 IVA incluido, por lo tanto el cobro por eventuales mayores costos incurridos durante la ejecución de las obras, significaría un desconocimiento de las obligaciones contraídas que implica una alteración unilateral de lo pactado.

En tercer lugar, la demandada señala que no corresponde que la demandante exija el pago por obras que debió realizar en atención al mal estado del terreno, ya que como lo señala expresamente la cláusula tercera del contrato, el contratista declaró conocer el terreno, sus construcciones, la terraza y las condiciones en que se deben ejecutar dichas obras. Añade que no corresponde hacer responsable a su representada de la negligencia en que habría incurrido la demandante al momento de calcular los costos de las obras a realizar.

Luego, niega que ZZ haya consentido en la realización de obras extraordinarias no incluidas, ya que el silencio no debe considerarse como manifestación del consentimiento, menos si la voluntad de las partes fue manifestada en un contrato.

Por último, la demandada señala que no ha incurrido en incumplimiento, ya que pagó íntegramente el precio único convenido y cualquier otro cobro es improcedente.

Concluye su defensa solicitando tener por contestada la demanda y rechazarla en todas sus partes, con costas.

Duodécimo: En el primer otrosí de su contestación, y a fs. 83, la Comunidad interpone demanda reconvenional en contra de XX, por los perjuicios sufridos por ZZ derivados del incumplimiento del contrato de ejecución de obra celebrado entre las partes con fecha 5 de septiembre de 2001. Funda su demanda reconvenional en el hecho que la sociedad XX se obligó a la total ejecución de las obras de impermeabilización de la terraza del edificio ZZ, por el precio único y prefijado de \$ 70.371.586.

Señala la demandante reconvenional, que de acuerdo al informe emanado por PE1, que se acompaña en un otrosí, XX habría incurrido en deficiencias en la realización de los trabajos de impermeabilización, los que se detallan en los números 1 al 9. Esta situación constituiría un incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada reconvenional, ya que como debe ejecutar el trabajo en condiciones absolutamente óptimas, su obligación sería de resultado y que del informe acompañado queda en evidencia que la obligación de XX no está cumplida.

Finalmente, agrega que la demandada reconvenional fue negligente en la realización de los trabajos de impermeabilización, lo que le ocasionó perjuicios que deben ser reparados, los que de acuerdo al presupuesto que se acompaña, ascienden a la suma de 704,36 UF, por lo que solicita tener por interpuesta demanda reconvenional en contra de XX y disponer que se le condene al pago de 704,36 UF por concepto de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato celebrado con fecha 5 de septiembre de 2001 entre las partes, o la suma que este Árbitro determine, con expresa condenación en costas.

Decimotercero: Conferido traslado a la demandante para réplica, ésta reitera sus peticiones a fs. 90, junto con rebatir los argumentos expuestos por la parte demandada.

En el otrosí de su presentación, contesta la demanda reconvenzional interpuesta en su contra de su representada, negando y controvertiendo los hechos señalados en la demanda reconvenzional de indemnización de perjuicios, señalando que no son efectivas las supuestas deficiencias y falencias de la ejecución de las obras.

Concluye su presentación solicitando tener por contestada la demanda reconvenzional deducida en contra de su representada XX, y, en definitiva, rechazarla en todas sus partes con costas.

Decimocuarto: Conferido traslado a la demandada para la dúplica, ésta reitera sus peticiones a fs. 100. A fs. 103 evacua el traslado de la dúplica de la demanda reconvenzional, ratificándola en todas sus partes.

Decimoquinto: Con fecha 4 de noviembre de 2004, la parte demandada interpone medida precautoria de retención de dinero por la suma de \$ 13.285.400. La parte demandada evacua el traslado a fs. 13 del cuaderno de medida precautoria, solicitando su rechazo.

A fs. 114 del cuaderno de medida precautoria, este Árbitro concede la medida precautoria de retención de dinero interpuesta por la demandante, ordenando oficiar al Banco BO y a TR1 Administradora General de Fondos S.A.

A fs. 116 del cuaderno de medida precautoria, rola la respuesta de TR1, de fecha 14 de diciembre de 2004, en el cual señala que hasta esa fecha ZZ no mantiene cuotas de fondos mutuos u otras inversiones en dicha institución.

A fs. 122 del cuaderno de medida precautoria consta respuesta del Banco BO, firmada por el señor A.V., en la cual se señala que según lo dispuesto en el Art. 635 del Código de Procedimiento Civil, no es posible dar cumplimiento a lo solicitado en el oficio. Luego de reiterar la solicitud, a fs. 124 consta respuesta del Banco BO en el mismo sentido de la anterior.

Decimosexto: Que con fecha 7 de enero de 2005 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación de autos, que rola a fs. 123, donde el Árbitro estableció las siguientes bases para un posible arreglo:

- La parte demandada deberá pagar a la demandante la suma única de \$ 11.000.000 IVA incluido, por concepto de gastos extraordinarios en los trabajos realizados en el inmueble de propiedad de la demandada;
- Asimismo, la parte demandante deberá, en ejercicio de la garantía establecida en la cotización de fecha 3 de agosto de 2001, subsanar las observaciones efectuadas en el informe acompañado por la demandada y demandante reconvenzional en cuanto fueren procedentes de acuerdo a un revisor independiente nombrado de común acuerdo entre las partes;
- Cada parte pagará sus costas.

Al no existir en definitiva acuerdo entre las partes, pese al plazo otorgado para ello, a fs. 131 se dictó Auto de Prueba, cuyo texto es el siguiente:

1. Naturaleza del contrato de reparaciones encargado por la demandada a la demandante;
2. Trabajos presupuestados y trabajos efectivamente realizados. Estado y condiciones del área en que debían realizarse los trabajos;

3. Efectividad de haberse encargado o autorizado trabajos extraordinarios;
4. Perjuicios sufridos por las partes. Origen y naturaleza.

Decimoséptimo: Dentro de plazo legal, la demandante a fs. 132 presentó lista de testigos. A fs. 187 acompañó 23 documentos con citación, incluyendo una cinta de video correspondiente a la filmación de los trabajos de impermeabilización, y 2 documentos bajo el apercibimiento del Artículo 346 N° 3 del C.P.C., los que no fueron objetados por la demandada.

Decimoctavo: A fs. 195 y siguientes consta la prueba testimonial solicitada por la parte demandante. A fs. 206 la parte demandante solicita informe de perito a fin de acreditar los perjuicios sufridos por su parte, petición que fue denegada por el Árbitro, atendiendo el carácter de los perjuicios que motivaron su designación. A fs. 207 la parte demandada solicita inspección personal del Tribunal y designación de perito, petición denegada en parte, accediendo este Tribunal sólo a la designación de perito.

Decimonoveno: A fs. 214, con fecha 31 de octubre de 2005, se designa perito al arquitecto señor PE2, y en subsidio, al ingeniero señor PE3. Dicho medio de prueba no se concretó en definitiva ya que la parte demandada, por razones que este Árbitro desconoce, aparentemente decidió prescindir de dicha diligencia al no continuar con los trámites necesarios para su realización.

Vigésimo: A fs. 215, con fecha 12 de enero de 2006, la parte demandante interpone medida precautoria de prohibición de demoler el edificio de propiedad de la comunidad demandada mientras no quede ejecutoriada la sentencia definitiva de autos. La parte demandada evacuó el traslado a fs. 220, solicitando el rechazo de la misma.

A fs. 250 este Árbitro resuelve no dar lugar a la solicitud de medida precautoria interpuesta a fs. 215, por no ser de aquellas contempladas en el Artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, y por estimar que no resulta necesaria para asegurar el resultado del juicio. Sin perjuicio de lo anterior, se ordena poner en conocimiento de la nueva propietaria del inmueble objeto del contrato que motivó el juicio de autos, sobre la existencia de este procedimiento arbitral. Además se ordenó oficiar a la demandada a fin de que haga una declaración en cuanto a su vigencia como persona jurídica.

A fs. 254, con fecha 1° de marzo de 2006, la parte demandada presenta escrito haciendo presente que la personalidad jurídica de ZZ se encuentra vigente a esa fecha. Junto con lo anterior acompaña certificado en el que se acredita que dicha Comunidad mantiene a su favor una cuenta corriente contable ascendente a \$ 13.226.590.

Vigésimo Primero: En cuanto a suspensiones solicitadas, se deja constancia que a fs. 127, con fecha 18 de marzo de 2005, las partes de forma conjunta solicitan por escrito la suspensión del procedimiento por el plazo de diez días hábiles, solicitud acogida por este Árbitro, sin perjuicio de que anteriormente, en reiteradas ocasiones, hicieran la misma petición por medio de correo electrónico, a las que también se accedió. Luego, con fecha 22 de junio y a fs. 129, ante la nula actividad de las partes luego de la suspensión solicitada, este Árbitro las apercibe para que manifiesten su intención de continuar con este arbitraje, bajo sanción de archivar la causa.

Vigésimo Segundo: Que a fs. 208 y a fs. 209, con fecha 4 de agosto de 2005, las partes piden la prórroga de la competencia de este Árbitro por seis meses para conocer de este procedimiento, solicitud que fue acogida a fs. 210.

Vigésimo Tercero: Que a fs. 259, con fecha 6 de marzo de 2006, se citó a las partes a oír sentencia.

Y CONSIDERANDO:

Vigésimo Cuarto: Que, en cuanto a las objeciones de documentos: La demandante ha objetado los documentos acompañados por la demandada a fs. 78 y siguientes, consistentes en una copia del informe de PE1, de 31 de agosto de 2002, relativo a los defectos constatados en las obras de impermeabilización ejecutadas por XX y en un presupuesto para obra de reparación de impermeabilización existente en sectores de losa de cubierta, Edificio ZZ. La objeción a tales documentos se fundó, el primero, por tratarse de un informe pericial que no ha sido solicitado en la causa y al cual no ha concurrido su representada, y para ambos en el hecho de ser instrumentos privados que emanan de terceros que no son parte en este juicio, no constándole ni pudiendo constarle su autenticidad e integridad.

Vigésimo Quinto: Que, no se acogerá la objeción alegada respecto del informe emanado por PE1 fundado, en primer lugar, y en cuanto a su veracidad, en el hecho de que el organismo que elabora el informe es de reconocido prestigio dentro del rubro de la construcción, especialmente por su directa vinculación con la Universidad TR2 y, en segundo lugar, por el hecho de constarle a este Árbitro la integridad del documento objetado ya que el mismo informe señala, en su primera página, el número de páginas que éste y sus anexos contienen, lo que es efectivo.

En cuanto al segundo documento, consistente en un presupuesto elaborado por un tercero que no forma parte del juicio, se acoge la objeción por cuanto no consta su autenticidad ni su integridad.

Vigésimo Sexto: Que la parte demandada ha tachado al testigo don C.M., cuya declaración rola a fs. 199 y siguientes. La tacha se fundamenta en el Artículo 358 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, al ser el testigo un dependiente de la parte que lo presenta. Luego, la parte demandada tacha al testigo don J.M., cuya declaración rola a fs. 203 y siguientes. La tacha se fundamenta en el Art. 358 N°s. 5 y 6 ya que el testigo ha señalado tener cierto grado de dependencia con la parte que lo presenta.

Vigésimo Séptimo: Que ambas tachas serán admitidas. La primera, fundada en que el testigo ha señalado ser empleado de XX, que es la parte que lo presenta. La segunda, fundada en el hecho que el testigo ha señalado que presta servicios a XX en calidad de subcontratista desde hace seis años y de forma permanente, por lo que este Árbitro estima existe un interés, aún indirecto en este procedimiento que versa sobre sus calidades profesionales.

Vigésimo Octavo: Que, sin perjuicio de las objeciones documentales, o de las tachas aceptadas o denegadas por este Tribunal Arbitral, se deja constancia que en su calidad de Arbitrador no le ha sido necesario atenerse al régimen de prueba tasada que caracteriza a un procedimiento civil ordinario, y es facultad exclusiva del Árbitro la ponderación de estos medios probatorios.

Vigésimo Noveno: Que, XX demanda a ZZ el pago de \$ 13.285.400 IVA incluido, que corresponden a obras extraordinarias ejecutadas con ocasión del contrato de impermeabilización celebrado entre las partes con fecha 5 de septiembre de 2001. Alega que dichos trabajos se hicieron con el conocimiento de la demandada de acuerdo a las cartas que acompaña.

Trigésimo: Que, con los antecedentes aportados por las partes, corresponde a este Árbitro calificar la naturaleza del contrato en cuestión como un contrato de construcción a suma alzada. Para ello, se tiene en especial consideración lo estipulado por las partes en sus cláusulas tercera: "Las obras que se obliga a ejecutar el contratista comprenden la total ejecución de lo estipulado en las cláusulas primera y segunda, con todas sus terminaciones, y en general, la ejecución de todas las obras inherentes a la naturaleza de las obras a efectuar" y séptima: "La propietaria se obliga a pagar al contratista como único

y total precio por la ejecución de las obras a que se refiere el presente contrato, la suma de \$ 70.371.586 IVA incluido, que se paga y pagará de la siguiente forma...”.

Trigésimo Primero: Que, los contratos de construcción a suma alzada se caracterizan por establecer un precio total y único por la ejecución de la totalidad de las obras contratadas, salvo que el mismo contrato contenga la posibilidad de pactar obras extraordinarias.

Trigésimo Segundo: Que, luego de examinar el contrato celebrado entre las partes de este arbitraje, este Árbitro ha llegado a la conclusión que no se estableció la posibilidad de desarrollar obras extraordinarias y que, de acuerdo a las cláusulas tercera y séptima citadas, la ejecución total de los trabajos de impermeabilización tenían como único y total precio la suma de \$ 70.371.586 IVA incluido, y que éste ya ha sido pagado por la demandada.

Trigésimo Tercero: Que, si en el contrato celebrado no consta la facultad o alternativa de ejecutar obras extraordinarias, sino que un precio único por la totalidad de los trabajos, corresponde a la parte demandante probar que dichos trabajos se realizaron con el consentimiento de la demandada y, además, que su cobro sería independiente del precio originalmente pactado, todo ello de acuerdo al Artículo 1.698 del Código Civil.

Trigésimo Cuarto: Que, la demandante alega que dichos trabajos se desarrollaron con el conocimiento de la demandada, fundándose en una serie de cartas acompañadas al proceso en las que constaría que XX informó oportunamente a la Comunidad de los trabajos a realizar. Sin perjuicio de lo anterior, ni en dichas cartas, que en su mayoría no están firmadas, ni en ningún otro documento hay constancia de la aceptación de la demandada para que se realicen dichos trabajos. Tampoco hay constancia del hecho de haber aceptado y consentido la demandada en que dichos trabajos tendrían el carácter de extraordinarios y que, por lo tanto, su precio no estaría incluido en el originalmente pactado. Es más, no hay constancia de recepción definitiva de la obra encargada. A título ejemplar se puede citar que en el caso del SERVIU, según lo indica el D.S. N° 236 de 2003, que reglamenta la contratación de obras, se consigna que toda obra extraordinaria que sea necesario ejecutar debe ser informada al mandante y sólo una vez que se cuente con la autorización expresa de éste, se puede llevar a cabo la obra.

Trigésimo Quinto: Que, de acuerdo a la cotización que se adjunta al contrato, y que forma parte integrante de éste, si bien tampoco se contempla la alternativa de ejecutar obras extraordinarias, se hace expresa referencia a algunas exclusiones que se cobrarían por separado.

La primera exclusión, hace referencia a la instalación de refuerzos de impermeabilización necesarios para los ductos de ventilación existentes sobre la cubierta. Dichas instalaciones, de acuerdo a lo señalado por la demandante en su escrito de demanda, específicamente en el cuadro que ilustra las obras y gastos extraordinarios en que funda sus peticiones, y que rola a fs. 47 de estos autos, ascienden a la suma de \$ 420.000. A este respecto, se deja expresa constancia que, si bien es cierto que de acuerdo a las cartas acompañadas por la parte demandante a fs. 167 y 169 de estos autos el precio por dichas instalaciones de ventilación ascenderían a \$ 945.000, el escrito de demanda sólo hace referencia a \$ 420.000 por dicho concepto, razón por lo cual se tendrá como referencia lo exigido en la demanda. Lo contrario haría incurrir a este Árbitro en un vicio de *ultrapetita*.

La segunda y tercera exclusión no aparecen reflejadas en el cuadro de cobro insertado en la demanda.

Trigésimo Sexto: Que, la cuarta y última exclusión, hace referencia a la detención en la ejecución de las obras por causas pertinentes a los copropietarios. Para acreditar el cobro de gastos extraordinarios

basados en el mayor tiempo de ejecución de las obras, la demandante acompaña una serie de cartas, la mayoría de ellas no firmadas, en las que se deja constancia que algunos propietarios no han retirado los equipos que tienen instalados sobre la cubierta del edificio, impidiendo así la ejecución de las obras. Del mismo tenor son las declaraciones de testigos. Sin perjuicio de ello, no queda establecido qué días o qué porcentaje del mayor tiempo de ejecución de las obras se debe exclusivamente al atraso en el retiro de los equipos por parte de los propietarios, y qué porcentaje se debe a la ejecución de las obras extraordinarias y que de acuerdo a lo señalado anteriormente por este Árbitro corresponden a obras que estaban incluidas en el contrato. Dicho de otra forma, corresponde determinar el porcentaje del mayor tiempo de ejecución de la obra es imputable a la Comunidad (atraso en el retiro de equipos), y qué porcentaje del mayor tiempo de ejecución es imputable a la demandada (obras que sin perjuicio de que la demandada reclama como extraordinarias, este Árbitro las califica como obras propias del contrato, incluidas en el precio inicialmente pactado).

Trigésimo Séptimo: Que, no habiendo constancia de lo anterior, y para calcular el perjuicio y los montos así adeudados, por el retraso imputable a la Comunidad, y atendidas las facultades legales de que está revestido el Árbitro Arbitrador y al sentido de la prudencia y equidad que su conciencia le dicten, se ha atendido a una proporción respecto de las “obras extraordinarias” cuyo pago se concederá por estimarse excluidas en la cotización original, y de acuerdo a lo que se establece en los considerandos siguientes y en el trigésimo quinto anterior, sumas que, en relación a su participación en el total de las obras reclamadas, permite a este Árbitro adicionar a tales cantidades, la suma única de \$ 883.613 por concepto de gastos generados por retrasos por obras adicionales. (Corresponde al 18,9% de los mayores gastos generales reclamados ya que se accederá a acoger el mismo porcentaje respecto de mayores costos por obras excluidas en la cotización: Retiro de escombros y ventilaciones).

Trigésimo Octavo: Que, respecto del cobro adicional por concepto de escombros, se debe señalar que, si bien no estaban contemplados dentro de las exclusiones, la misma cotización establece, en el punto N° 3, que “... parte de los escombros no son cuantificables, ya que se encuentran en buena parte debajo de los techos construidos por los copropietarios”, razón por la cual este Árbitro estima que la demandante tiene derecho a reclamar el sobrecosto que el retiro de escombros adicionales le significó. Para ello, se tomará en cuenta lo señalado por la demandante en el cuadro de mayores costos por obras extraordinarias, que rola a fs. 47, que coincide con las distintas cartas acompañadas, y cuyo monto total asciende a \$ 1.200.000 IVA incluido.

Trigésimo Noveno: En cuanto a la demanda reconvenzional, la demandada exige el pago de la suma de 704,36 UF por concepto de indemnización de perjuicios derivados del supuesto incumplimiento del contrato celebrado entre las partes con fecha 5 de septiembre de 2001. Funda su petición en el hecho de que, con fecha 31 de agosto de 2002 el PE1 elaboró un informe que daba cuenta de una serie de defectos en la ejecución de las obras por parte de XX y que, posteriormente, con fecha 2 de septiembre de 2004, la empresa TR3 usó de base para elaborar su presupuesto de 704,36 UF.

Cuadragésimo: Que, a fs. 173 de estos autos, consta carta original dirigida por el administrador de ZZ a XX, de fecha 29 de abril de 2004, en la que se refiere a un problema de filtración en el techo del Local N° 16 de DML, “contándose con un presupuesto referencial que asciende aproximadamente a \$ 420.000 en lo que significa reponer parte del sector de las capas asfálticas realizadas por su empresa”. Cabe señalar que éste ha sido el único reclamo detallado por parte de la demandada y demandante reconvenzional, y el único en que se hace referencia a un defecto específico de la ejecución de las obras.

Cuadragésimo Primero: Que consta en estos autos que la demandante reconvenzional acompaña como único fundamento de sus pretensiones el informe del PE1 y el presupuesto elaborado por la empresa TR3, este último objetado por este Árbitro de acuerdo a lo establecido en el considerando

vigésimo quinto. En cuanto al informe, si bien constata una serie de supuestos defectos en los trabajos ejecutados por XX, no consta en estos autos que hayan existido instrucciones por parte de ZZ dirigidas a la demandada reconvenional en miras a que esta última subsane los eventuales defectos.

Cuadragésimo Segundo: Que, este Árbitro considerará lo alegado por la demandada reconvenional en su escrito de contestación de demanda reconvenional, en el sentido que “la única deficiencia, real, que podría eventualmente existir es la mencionada por el administrador señor B.E. en su carta de 29 de abril de 2004, quien no hace alusión a ningún informe de PE1 y que constituye una verdadera confesión de parte de la demandante reconvenional”.

Cuadragésimo Tercero: Que, por lo expresado anteriormente, este Árbitro accederá a conceder la indemnización de perjuicios a la demandante reconvenional, pero sólo por los \$ 420.000 que la propia demandante reconvenional, dos años después del término de las obras, reconoció haber sufrido producto de filtraciones en el Local N° 16.

Y de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil relativos a los arbitrajes, Acta de Primer Comparendo y Fijación de Procedimiento, Artículos 1.547, 1.563, 1.698, 2.003 N° 2 y demás normas del Código Civil, del Código de Comercio, D.S. 236 MINVU del año 2003, y principios generales del derecho y de equidad atendida la naturaleza de este arbitraje,

SE RESUELVE:

- 1°. Que ha lugar a la demanda interpuesta a fs. 38 y siguientes por XX en contra de ZZ, en cuanto deberá pagársele por esta última, la suma de \$ 2.503.613 por concepto de obras y trabajos que estaban excluidos del presupuesto original, incluyendo los retrasos asociados a dichos trabajos.
- 2°. A su vez, se declara ha lugar a la demanda reconvenional interpuesta por ZZ en contra de XX, condenándose a esta última a pagar a favor de la primera, la suma de \$ 420.000 por concepto de indemnización de perjuicios derivados de obras defectuosas.
- 3°. Todas las sumas ordenadas pagar por la demandada, deberán adicionar el reajuste experimentado por la UF y el interés corriente para operaciones reajustables, desde el 29 de abril de 2002, hasta la fecha de su pago efectivo.
- 4°. Por su parte, la suma ordenada pagar por la demandante, por concepto de demanda reconvenional, deberá adicionar el reajuste experimentado por la Unidad de Fomento y el interés corriente para operaciones reajustables, desde el 29 de abril de 2004, hasta la fecha de su pago efectivo.
- 5°. Finalmente, se permitirá que los montos adjudicados a cada una de las partes en el juicio sean compensados entre sí.
- 6°. Cada parte pagará sus costas, por haber tenido fundamentos plausibles para litigar.

Notifíquese personalmente o por cédula por notario público. Regístrese y archívese en su oportunidad en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Sentencia dictada por el Árbitro señor Blas Bellolio Rodríguez, y autorizada y notificada por el notario público que se indica.