

Raúl Tavorari Oliveros

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha Sentencia: 02 de enero de 2007

ROL 622

MATERIAS: Contrato de prestación de servicios – estudio de factibilidad – pago del precio – contrato conmutativo – negligencias e ineficiencias en el cumplimiento de la obligación contractual – Protocolo de Kyoto – excepción de contrato no cumplido.

RESUMEN DE LOS HECHOS: XX dedujo demanda de cumplimiento de contrato de prestación de servicios, solicitando se condene a la demandada ZZ a pagar el precio adeudado por el estudio de factibilidad de un proyecto que la primera había elaborado y entregado. ZZ aduce la excepción de contrato no cumplido.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y 223 inciso final.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 254 y siguientes, 640.

Código Civil: Artículos 1.437, 1.438, 1.439, 1.440, 1.441, 1.479, 1.485, 1.489, 1.496, 1.552, 1.544, 1.546, 1.545, 1.546, 1.552, 1.568.

DOCTRINA:

Entre otras características propias de estos contratos bilaterales, aparece esa modalidad de ineficacia denominada resolución, que en sus efectos prácticos, se equipara a la nulidad y que se explica, con arreglo a lo prevenido en el conocido Artículo 1.489, por la circunstancia que, de no cumplirse por una de las partes lo pactado, a petición de la otra, se podrá privar de eficacia al vínculo jurídico que las unía, con indemnización de perjuicios a favor de ésta. Es también propio de estos mismos contratos, la modalidad defensiva, que establece que no incurre en mora de cumplir el contratante que, encontrándose llano a cumplir por su parte, tiene enfrente a un contratante que no cumple lo suyo. En ambos casos, la ley toma partido en contra de quien no honra el compromiso jurídico asumido, lo que se explica por manifiestas razones de equidad (Considerando N° 4).

Al Tribunal resulta manifiesto, que las tareas asumidas por XX debían llevarse a cabo, desde un primer instante, cumplida, eficiente y oportunamente –como, por lo demás, lo impone toda Ética de las Profesiones– sin que resulte posible ni admisible, como parece desprenderse de algunos términos empleados por la señora gerente de proyecto de la actora prestando la referida declaración testimonial, dar por concluido el trabajo de modo genérico, a la espera que la institución validadora formule, más tarde, reproches u observaciones, de los cuales habría que hacerse cargo en su momento, tanto porque semejante actuar denotaría una superficialidad y ligereza inexcusables, cuanto porque esta institución está facultada, no sólo para hacer observaciones, sino para rechazar el proyecto si, a juzgar por la documentación, no reúne los requisitos para ser validado, como lo establece el acápite ii) de la letra c) del Artículo 40 del Anexo al Protocolo de Kyoto “Modalidades y Procedimientos de un Mecanismo para un Desarrollo Limpio” (Considerando N° 16).

DECISIÓN: Se rechaza la demanda en todas sus partes, con costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, dos de enero de dos mil siete.

VISTOS:

1. Que ante este Tribunal Arbitral, llamado a resolver conforme a Derecho pero al que se le han conferido facultades de Arbitrador en cuanto al procedimiento, la sociedad XX, del giro servicios de ingeniería, domiciliada en Viña del Mar, en DML, representada por don F.A., bioquímico, domiciliado en Santiago, en DML, ha deducido demanda de cumplimiento de contrato en contra de la sociedad comercial ZZ, del giro de su nombre, representada por don P.H., ambos domiciliados en DML, de Puerto Montt.

2. Fundando su demanda, expone que ella busca se declare la obligación de la demandada de cumplir el contrato de prestación de servicios de ingeniería relativos al proyecto "Captura activa de biogás en relleno sanitario EE", suscrito entre las partes con fecha 16 de febrero de 2002, en las condiciones señaladas en tal contrato y a resarcirle los perjuicios ocasionados.

3. Agrega que el objeto del contrato ha sido, de acuerdo a su cláusula sexta, que ella proceda a realizar un estudio de factibilidad en relación al proyecto antes mencionado, que de acuerdo con su criterio permita a ZZ desarrollar proyectos MDL (Mecanismo de Desarrollo Limpio) y emitir CERs (Reducciones de Emisiones Certificadas), obligándose la actora a presentar un estudio finiquitado de factibilidad en materia de MDL en el relleno sanitario EE, ubicado en DML, Provincia de Llanquihue, operado por la demandada y donde recibe residuos industriales orgánicos y residuos sólidos y semisólidos de la industria de procesamiento del salmón y otros productos marinos.

Este estudio debía incluir: **1)** Desarrollo de la actividad a ser realizada en el giro de ZZ de la cual es posible obtener CERs; **2)** Cantidad aproximada de toneladas de gases efecto invernadero, carbono equivalentes, que serán reducidas anualmente en virtud del mencionado proyecto y las nuevas emisiones que se generarán de los mismos gases como consecuencia directa e indirecta de la aplicación del proyecto; **3)** costos aproximados totales por el proyecto MDL y la emisión final de las CERs, considerando los costos de preparación del Project Design Document, línea de base, metodología de cálculo de línea de base, obtención de la aprobación de metodología, registro del proyecto ante el CDM Executive Board, validación, verificación, certificación y venta final de los CERS; **4)** presentación de un borrador de PDD (Project Design Document) o SSC-Pdd (Simplified Project Design Document) respecto del proyecto correspondiente, el cual comprende la totalidad de los puntos anteriores.

4. Expresa que habiendo puesto el 27 de marzo de 2006, a disposición de la demandada, el estudio solicitado, que se contiene en el documento denominado PDD y en el que se encuentra la totalidad de la información requerida, ella ha cumplido cabalmente con sus obligaciones. Explica que el documento está hecho en el formato exigido por la normativa internacional aplicable, en idioma inglés y que ZZ queda habilitada para iniciar el proceso de registro del proyecto.

5. Sostiene que la demandada recibió la primera de las 12 cuotas (sic) señaladas en el Anexo A del contrato, documentada con la factura N° 99 por un monto de \$ 645.938 más IVA, factura que no fue pagada aun cuando ella sí pagó el IVA; que la segunda de las cuotas, por \$ 657.725 documentada con la factura N° 65, de 3 de abril, fue devuelta por la demandada, aduciendo incumplimiento de contrato y que respecto de las facturas de mayo, junio, agosto y septiembre, ni siquiera se le ha acusado recibo;

6. Afirma que la demandada está en condiciones de iniciar el proceso de validación y posterior registro, lo que ha postergado y que siendo una actividad que compete exclusivamente a ZZ ella se encuentra habilitada para exigir el pago total del precio del proyecto, esto es, la suma de US\$ 30.000.

7. Tras sostener que ha realizado para otras empresas, en forma exitosa, el mismo estudio que le encomendara ZZ, por ejemplo, para las propietarias del relleno sanitario EM y la concesionaria del relleno sanitario MM de la Región Metropolitana, concluye pidiendo se declare la obligación de la demandada de pagarle las 12 cuotas mensuales consecutivas, con vencimiento “los primeros días de cada mes” a contar del mes de abril de 2006 de US\$ 1.250 cada una y la suma de US\$ 15.000, todos valores netos y en su equivalencia en moneda nacional, conforme con lo estipulado en el contrato referido y se declare también la obligación de esa demandada de indemnizarle los perjuicios ocasionados, para litigar acerca de cuya especie y monto se reserva para la ejecución del fallo, con costas.

8. Junto a la demanda y de acuerdo a las reglas procedimentales convenidas, acompañó como prueba documental, el llamado PDD, que se analizará más adelante; sendos certificados emitidos por los gerentes de las empresas a cargo de los vertederos EM y MM, acreditando que la actora efectuó para sus empresas los estudios que se tradujeron en los respectivos PDD y les asesoró eficientemente en el trabajo encaminado a la venta de emisiones; carta por la que el representante de ZZ le devuelve dos facturas; lista de empresas que prestan servicios dentro del contexto MDL del Protocolo de Kyoto, recomendadas por ProChile, en la que aparece XX; listado de Proyectos de MDL que ProChile pone a disposición de los interesados, siendo uno de ellos el confeccionado por XX; información sobre un Seminario en México en el que expuso doña L.F. el proyecto EE, 45 días después de haberlo entregado a la demandada.

9. Notificada de la demanda, ZZ ha contestado oponiendo excepción de contrato no cumplido, en los términos del Artículo 1.552 del Código Civil, la que justifica indicando que el PDD debió efectuarse en forma cuidadosa y demostrando y aplicando todos los conocimientos técnicos idóneos para realizar una tarea tan compleja como la encomendada al actor; expone que si bien el PDD se le entregó antes de vencer el plazo convenido, contenía errores garrafales que a simple vista dejaban de manifiesto que se había elaborado en base a suposiciones sin efectuar un estudio serio, acabado y real del terreno ni de los residuos que en él existen, lo que llevó a conclusiones erradas y a tablas de resultados distorsionados y ajenas a cualquier proyección seria y real.

10. Expone que en atención a que el PDD constituye un antecedente fundamental, si ella hubiere desarrollado el proyecto de acuerdo al mismo, se le habrían ocasionado perjuicios irreparables, ya que el PDD entrega la información relativa a los costos económicos que implicará la quema activa del gas. Si la información del PDD es errada en cuanto a las reducciones de emisiones de GEI, continúa, la inversión que se efectúe será desproporcionada en relación a los beneficios que realmente se producirán, por todo lo cual hubo de consultar otras empresas que informaron que los ingresos proyectados por la actora excedían en 300% a sus estimaciones, lo que la llevó a pedir la revisión del trabajo por un consultor externo, el que habría detectado los siguientes errores:

- a) En cuanto a la descripción del proyecto (Sección A.2): **i)** demostrando lo poco exhaustivo y poco profesional del trabajo, en él se indica que el terreno está ubicado a 7 Km. de la ciudad de PM, en circunstancias que lo está a 35 Km.; **ii)** se señala en el documento que el vertedero no recibe residuos sólidos municipales lo que es falso, ya que se reciben los de la ciudad de M.; **iii)** en nota al pie se indica que los ingresos de la industria salmonera en el año 2002 fueron MUS\$ 16.000, pero realmente fueron 1.600;
- b) En cuanto a la tecnología a emplear por la actividad del proyecto (Sección A.4.3): expone que en la nota 4 al pie de página se anota que en la línea base –situación actual sin proyecto– hay un 6% de eficiencia en la captación y recolección del gas de relleno dato basado en la información recopilada en terreno pero no existe estudio alguno en terreno que pueda fundar este porcentaje;
- c) En cuanto a las emisiones estimadas por fuentes de gases de efecto invernadero en la línea de base (Sección E.4); explica que en la página 19 del informe que se le entregó, se incorpora

una tabla de composición de residuos, la que no fue generada por ZZ y los datos que contiene no corresponden a la realidad, siendo lo más grave, el que la actora haya utilizado esa información para realizar estimaciones finales evidentemente erradas. Cita el caso de la afirmación que indica que la basura del vertedero está constituida en “un 60% por material orgánico” en circunstancias que nunca se hicieron muestras ni cuantificaciones de ninguna especie de los materiales que se acumulan en el vertedero;

- d) En cuanto a comentarios de interesados o afectados (Sección G.1): Indica que el informe señala que “se hicieron las siguientes actividades: **i)** Dos anuncios públicos, se realizaron en un diario regional; **ii)** cartas a todas las autoridades públicas y vecinos, se enviaron explicando el proyecto y **iii)** se realizaron dos reuniones públicas en el sitio del proyecto...” pero el actor nunca efectuó tales actividades ni solicitó a ZZ que las efectuara y en consecuencia –concluye– no pueden ser ciertas las conclusiones contenidas en los puntos G.2 y G.3 que son consecuencia de dichas actuaciones;
- e) En relación al Anexo 3: en él se incorpora una tabla con el resumen de la línea de base y se indica que la cantidad de residuos al comenzar el proyecto es de 6.562.707 toneladas en circunstancias que el proyecto se inicia con 525.000 toneladas;
- f) Tabla de valores: en el informe se dice que al año 2027 se habrán acumulado 6.562.707 toneladas de basura, lo que es físicamente imposible porque ZZ sólo dispone de 5 hectáreas para desarrollar su actividad; agrega que en la parte de los documentos que el demandante presenta en el punto G en realidad se refiere a otro proyecto y revisado ese otro, no le cabe duda que el PDD entregado a ZZ es copia modificada del publicado por ProChile.

11. Sostiene la demandada, que al no haber cumplido el actor con su obligación de entregar el informe acabado, real y serio al que se obligó, no puede pretender que ella le cancele suma alguna e invoca, en apoyo, el Art. 1.552 del Código Civil, que señala que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple por su parte. En subsidio, alega la existencia de plazo y condición pendientes porque el plazo para pagar las cuotas por un total de US\$ 15.000, que se le cobran, no se ha cumplido y el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, según el Artículo 1.496 del mismo Código y porque el pago de los US\$ 15.000 restantes, está sujeto a la condición suspensiva de haberse iniciado el proceso de registro del proyecto, pero éste no se puede registrar, porque no pueden registrarse los que no pueden ejecutarse al adolecer de errores tan garrafales como los descritos e invoca al efecto, los Artículos 1.479, 1.489 y 1.485 del Código Civil y concluye pidiendo el rechazo de la demanda.

12. Acompaña copia de la carta que le enviara la gerente y socia de la actora, L.M., con la que le remite el PDD y le hace hincapié en que se lo envía a 39 días de haber sido encomendado y copia del PDD que se le mandó por la actora, de sólo 30 páginas.

13. Después de la contestación, la actora acompañó (fs. 83) un conjunto de cinco correos electrónicos intercambiados entre las partes que, aunque extemporáneos al tenor de las reglas de procedimiento convenidas, el Tribunal admitió, entendiendo que concurrían las circunstancias que autorizaban la excepcional presentación de documentos fuera de la oportunidad prevista. Con todo, corresponde consignar que se trata de correspondencia por la cual la actora le pide a la demandada que le proporcione información sobre el vertedero, para poder ejecutar el trabajo y esta última le remite una síntesis proporcionada a un potencial comprador de bonos y, luego, se adjuntan los documentos por los cuales la actora remite a la demandada la información solicitada, enfatizando que lo hace sobre la base de los datos que ésta ha proporcionado.

14. No hubo conciliación y se recibió la causa a prueba, fijándose como hecho controvertido, según aparece a fs. 89 el de “Efectividad de haberse incumplido por las partes los términos del contrato de

prestación de servicios de ingeniería celebrado el 16 de febrero de este año...” y, a su tenor, por la demandada, declararon don P.G. y don O.K.

15. El primero, (fs. 90 y siguientes) declarando tener un máster en comercio internacional otorgado en EE.UU. y estar familiarizado con el mecanismo diseñado por el protocolo de Kyoto, expuso haberle llamado la atención la falta de prolijidad del documento traducido en errores gramaticales en el idioma inglés; afirma que en este proyecto es fundamental la composición de los residuos del vertedero y que en el de ZZ se recibe un 80% de residuos industriales y un 5% aproximado de residuos sólidos domiciliarios, ignorando la composición del remanente, lo que sabe por la información de la misma ZZ.

Sostiene que en el informe sólo hay residuos sólidos domiciliarios, por lo que los números del informe no corresponden a la verdadera composición de los residuos. Explica que la composición de los residuos es fundamental para determinar la proyección de las reducciones de gases que producen el efecto invernadero y que lo se descompone es la parte orgánica encontrándose en el residuo industrial un porcentaje orgánico mayor que en el residuo domiciliario. Le llamó la atención que en el informe se reconozca que hay algo más de 600.000 toneladas de residuos que ocupan 2 hectáreas. Y se dice en un par de años esa cantidad se duplicará, lo que importa ocupar prácticamente el remanente del predio que es de 5 hectáreas, en circunstancias que el proyecto está pensado para desarrollarse en tres etapas de siete años cada una.

16. Declara que en el proyecto se dice que para el 2027 habrá 6.500.000 toneladas de residuos lo que es físicamente imposible y, en consecuencia, habría que recabar autorizaciones especialmente de Conama. Sostiene que le consta que para el proyecto no se efectuaron las publicaciones que se indican ni se enviaron las cartas ni finalmente se efectuaron las reuniones públicas que se señalan, lo que sabe porque ZZ se lo informó y porque él ha estado siguiendo el proyecto. Sostiene que al reparar que en el proyecto se aludía a otro vertedero denominado “EM o LM”, revisó éste en Internet y encontró que había elementos idénticos, como la tabla de composición de residuos, ocurriendo lo propio con las cifras de inversión esperada (US\$ 3.100.800) y gastos de operación y mantenimiento (US\$ 340.571). Le parece que el proyecto es una copia del preparado para “EM”.

17. Indica que él mismo sugirió a ZZ pedir a otra empresa que le hiciera otro informe, el que se encomendó a TR1 Internacional, empresa consultora extranjera con agencia en Chile, informe que, aunque pedido hace seis meses, no está aún listo, entre otras razones, porque se ha pedido un informe de impacto ambiental y luego hay que obtener la autorización de calificación ambiental lo que puede durar seis meses más.

18. Interrogado, expone que en el proyecto hay errores garrafales y falta de prolijidad, anotando entre los primeros la estimación de que la inversión debe ser de US\$ 3.000.000 en circunstancias que no debe ser mayor de US\$ 800.000. Agrega que el tema de la participación ciudadana no es error sino invención y, entre los errores, reitera el de la composición de los residuos. Declara que el proyecto no se ha sometido a registro.

19. El segundo testigo de la demandada –O.K. (fs. 96 y siguientes)– expone ser gerente de proyectos de ZZ y estar a cargo del vertedero, por lo que le consta que las cifras del proyecto no corresponden a la realidad del vertedero. Sostiene que desde septiembre de 2000 hasta la fecha se han depositado entre 500.000 y 550.000 toneladas de residuos ocupando casi la mitad de las 5 hectáreas. Y que en el proyecto se dice que al final habrá 6.500.000 toneladas de residuos, las que físicamente no caben. Expresa que no existen dos vertederos iguales y que cualquier experto confirmará que cada uno tiene características propias, al extremo que se dice que son organismos vivos. Expone que al revisar el proyecto, comprobó que se incluían cifras iguales al proyecto EM.

Declara que hasta donde sabe, no se efectuaron las publicaciones ni se informó a vecinos o autoridades. Informa que el vertedero recibe residuos industriales mayoritariamente de la industria del salmón, de la industria láctea e hidrobiológica y en un caso, residuos domiciliarios en pequeño porcentaje de la ciudad de M. Sostiene que la base de la información relativa a la composición de los residuos del vertedero la tomó la actora de la misma ZZ pero esto debe confirmarse en terreno aun cuando sostiene que las cifras del proyecto no se ajustan las informaciones proporcionadas por ZZ. Cree que lo que sucedió fue que la actora tomó el proyecto LM y “cortó y pegó” es decir, usó los números de LM. Afirma que son completamente distintos los números en vertederos con residuos domiciliarios que con residuos industriales y que “EM” o “LM” es un vertedero de residuos domiciliarios, aunque en el informe se dice que son los mismos porcentajes del de ZZ. Sostiene que la gente de la actora no volvió al vertedero, después de firmado el contrato.

20. Presentada por la demandante, declaró como testigo (fs. 108 y siguientes) doña L.M., socia y gerente de proyectos de la sociedad XX, expresando que el proyecto satisface las exigencias internacionales y que todos los proyectos deben contar con la misma información y que tratándose de proyectos chilenos, habrá datos que van a coincidir siempre. Afirma que no es relevante determinar si los residuos tienen origen industrial o domiciliario sino si son orgánicos o inorgánicos y ambos aparecen en domiciliarios y no domiciliarios. Los de ZZ son preponderantemente orgánicos por venir de industrias salmoneas y lácteas; sostiene que XX no debe comprobar la exactitud de la información y que esa es labor de una entidad verificadora.

Expone que es deber del cliente socializar la información en la comunidad, agregando que el cliente debe pedir autorización a la Conama, contratar la entidad verificadora y dar inicio al proceso de comunicación a la comunidad. Lo que aparece en el PDD está dirigido al validador de modo que cuando él intervenga, las actividades deben estar realizadas; declara que a ZZ se le envió los formatos de cartas que debía remitir, incluyendo hasta borradores de sesiones de directorio, es decir, se le mandó toda la información.

21. Explicando el procedimiento, relata que el validador publica el proyecto que el cliente le ha enviado en Internet y se inicia un proceso mundial de treinta días de consultas, y si éstas se producen, lo lógico es que el cliente las mande a la consultora (en este caso XX) lo que en ocasiones obliga a generar nuevas versiones del proyecto. Concluido esta etapa el validador envía un equipo a terreno para que realice una auditoría de medición y entonces se requerirá toda la documentación, incluyendo autorización de Conama, cartas a la comunidad, etc.

Expone que no es relevante, para la proyección final, la superficie de que disponga el cliente, en atención a que periódicamente se verificará el modo como se desarrolla el proyecto y las toneladas de CO2 que se está evitando ir a la atmósfera. Dice que le corresponde a una autoridad distinta determinar la superficie que se necesita para llevar a cabo el proyecto y que no le corresponde a su empresa, determinar si el proyecto puede o no llevarse a cabo sino al cliente y a sus asesores profesionales.

22. La superficie que el cliente les indicó, era de 2 hectáreas según planos que se les mostró pero que no necesitaron. Los proyectos se registran para 7, 10, 14 y 21 años, según lo pida el cliente y pague el honorario respectivo. Reitera que las obligaciones de XX se cumplieron con la remisión del PDD al cliente dentro de plazo, pero ZZ no ha cumplido con sus obligaciones de pagar lo convenido ni ha contratado al validador, que está siempre obligado a publicar el proyecto aunque le merezca observaciones. Informa que la entrega del PDD es la primerísima etapa de un proceso que va hasta que el validador entrega el proyecto al Executive Board de la Comisión de Cambio Climático de la ONU, el que tiene treinta días para efectuar el registro efectuado el cual, se puede llevar a cabo el proyecto. Finalmente, sostiene haberse desempeñado en la Agencia de Protección Ambiental de EE.UU., en Europa e Israel y hablar fluidamente, inglés y francés, por lo que no tiene problemas para redactar en esos idiomas.

23. Las partes acompañaron, tanto el PDD materia de esta controversia y, en acatamiento a la medida para mejor resolver decretada por el Tribunal, el efectuado por la actora para LM; ésta acompañó, además, el PDD para el relleno EC elaborado por TR2 de Países Bajos y el correspondiente al relleno MM, elaborado por TR3 todos documentos extendidos en idioma inglés y que el Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones y teniendo en cuenta que las partes coinciden plenamente en el contenido de los documentos, no estimó necesario hacer traducir. A petición de la demandada –y sin oposición de la actora– se ofició a TR1 para que informara al Tribunal al tenor de los puntos expuestos en el segundo otrosí del escrito de fs. 103.

24. Llegado el oficio antes mencionado, se le tuvo por acompañado, con citación, sin que, dentro de plazo, se formularan observaciones: de su texto resulta que, efectivamente, ha celebrado un contrato con ZZ, en el que la oficiante ha asumido las obligaciones de desarrollar el documento de proyecto, otorgar servicios de ingeniería; colaborar con el proceso de validación, de registro y de verificación y otorgar soporte a la transacción de las Reducciones Certificadas de Emisiones. Agrega que la elaboración del PDD supone visitas a terreno por un técnico suyo; recopilación de la información específica de proyecto todo lo cual debe cotejarse para tener un panorama real y poder hacer proyección y detalla un conjunto de actividades a realizarse. Expone que el trabajo de recopilación y análisis de la información toma varios meses y que en conjunto con ZZ han resuelto ampliar la superficie de explotación a 18 hectáreas, para cuyo efecto esperan la entrega de un Estudio de Impacto Ambiental.

CONSIDERANDO:

1. Que la controversia sometida a la decisión del Tribunal se reduce a determinar si XX cumplió con las obligaciones que le impuso el contrato, celebrado con ZZ, el 16 de febrero de 2006, toda vez que, si así hubiere acontecido, ésta debe pagar las sumas a las que en pago de tales servicios se comprometió. En caso contrario, tendrá ella derecho a asilarse en la regulación jurídica que establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir, si la parte contraria no cumple o no está llana a cumplir lo suyo, en tiempo y forma.

2. Que no es controvertida por las partes, en primer término, la circunstancia de no haber efectuado ZZ, pago alguno por concepto de las remuneraciones u honorarios que por el mencionado contrato se obligó a pagar. Tampoco lo es, el hecho de haberse remitido por la actora a la demandada, el PDD dentro del plazo estipulado, circunstancia que, incluso, la demandada destaca, a los efectos de enfatizar que, lo que para la actora constituiría un mérito –prontitud para desarrollar el encargo– para ella constituye un demérito, en atención a que, en tan breve plazo, no se habría podido efectuar un trabajo serio de recopilación de antecedentes.

3. Que de conformidad a lo prevenido en el Artículo 1.439 del Código Civil, identifica a los contratos bilaterales, la circunstancia de obligarse las partes contratantes recíprocamente, esto es, el que cada una de ellas contraiga una obligación a favor de la otra, al paso que lo que torna al contrato en conmutativo, es el que lo que una de las partes se obliga a dar o a hacer, se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer, a su vez. (Art. 1.440 Código Civil).

4. Entre otras características, propia de estos contratos bilaterales, aparece esa modalidad de ineficacia denominada resolución, que en sus efectos prácticos, se equipara a la nulidad y que se explica, con arreglo a lo prevenido en el conocido Artículo 1.489, por la circunstancia que, de no cumplirse por una de las partes lo pactado, a petición de la otra, se podrá privar de eficacia al vínculo jurídico que las unía, con indemnización de perjuicios a favor de ésta. Es también propio de estos mismos contratos, la modalidad defensiva, que establece que no incurre en mora de cumplir el contratante que, encontrándose llano a cumplir por su parte, tiene enfrente a un contratante que no cumple lo suyo. En ambos casos,

la ley toma partido en contra de quien no honra el compromiso jurídico asumido, lo que se explica por manifiestas razones de equidad.

5. Pues bien, a la hora de determinar la intensidad del incumplimiento que hace operante estas consecuencias legales, es preciso recordar que el Artículo 1.546 del mismo Código, establece que los contratos imponen cumplir lo que en ellos se expresa, idea que se agota con la proclamación que dispone que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, (Art. 1568) vale decir, no de parte de lo adeudado, sino de todo ello.

6. Con todo, como se ha resuelto por nuestros Tribunales Superiores, el principio de proporcionalidad es común al derecho y así se explica que el Artículo 1.544 del Código señalado, autorice a pedir la rebaja de la cláusula penal excesiva y que el inciso final de la norma entregue a la prudencia del Juez, rebajar la pena pactada en las obligaciones de valor inapreciable, cuando, atendidas las circunstancias, pareciere enorme.

7. En consecuencia, este Tribunal estima que para determinar si corresponde acoger la excepción, que a la luz del Artículo 1.552 del Código Civil, ha opuesto la demandada ZZ, es preciso ponderar la entidad del o de los incumplimientos que se atribuyen a la actora.

8. En esta línea de análisis, y en función de las obligaciones asumidas por esta demandante y de los reproches que de contrario formula ZZ, se advierten en el producto final del trabajo de la actora –el llamado documento PDD– entre otras, las siguientes notorias y evidentes faltas de prolijidad:

- i)** cierta desaprensiva redacción (v.gr repetición de la frase “baseline scenario” en el párrafo de la sección A.4.4 o “at the moment”, en una misma oración en el primer párrafo de la sección Table 2. “Financial results of sensitivity analysis”);
- ii)** el equivocado uso del idioma inglés (“..they are at a(sic) early stages(sic)” (párrafo 5º de la misma sección anterior) o “letters...was (sic) sent” (letra b) del tercer párrafo de la sección G.1);
- iii)** la equivocada indicación de encontrarse el vertedero EE a 7 y no a 35 Km. de distancia de la ciudad de PM –sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, en relación a esta equivocación–;
- iv)** los errores cometidos en cita –a luces intrascendente– a pie de página, referida a los valores de las exportaciones de la industria del salmón en el año 2002, y
- v)** el hecho de indicar en el párrafo 4 de la sección A.2, que el proyecto tiene acumuladas 0,6 millones de toneladas de basura y sostener, en el Anexo 3, que el proyecto comienza con 6.562.707 toneladas.

Pues bien, sin perjuicio de la opinión que el intérprete se forme sobre la seriedad del trabajo de la actora, parece posible descartar, por su propia menor entidad o escasa gravedad, que los episodios antes descritos, constituyan inejecuciones de la obligación de emitir el PDD en los términos pactados por las partes en el contrato, que autoricen, ora la resolución del contrato ora el incumplimiento de sus propias obligaciones por la demandada, razón por la cual corresponde descartarlos, desde luego, como justificantes de una decisión que acoja la excepción deducida.

9. Que, además, se aduce, como demostración de los incumplimientos de XX, a sus obligaciones, el que en el referido PDD, indique en nota 4, a pie de página, el que en la línea base “hay un 6% de eficiencia en la captación o recolección del gas del relleno basado en información recopilada en el terreno” sin que exista estudio alguno que lo demuestre y, además, el señalar que la basura del vertedero está compuesta en un 60% de material orgánico, en circunstancias que nunca se hicieron tomas de muestras, reproches que aunque no se probaron –son hechos negativos– ni se desmintieron, lo que no

parecía tarea ardua, pueden también obviarse, en la idea de poder constituir parámetros más o menos generalmente aceptados, en relación a estas actividades de vertederos sanitarios que presenten las características generales del vertedero EE. En otras palabras, tampoco representan, a juicio del Tribunal, incumplimientos obligacionales de entidad suficiente.

10. ZZ sostiene, adicionalmente, que parte importante del estudio que se le entregó por XX, no es más que copia del que la actora ya había elaborado antes; para el proyecto del vertedero EM, imputación para confirmar o desvirtuar la cual, cada parte acompañó –según se dejó constancia, cumpliendo la medida para mejor resolver decretada por el Tribunal– este último estudio. Del análisis del mismo, es posible reparar en que en su párrafo 2, rotulado “Investment analysis”, se expresa que la inversión extra o adicional requerida, es de US\$ 3.100.800 y que el costo de operación y mantención es de US\$ 340.571 anuales, información del todo sorprendente, porque éstas, son, efectivamente, las mismas cifras que se incluyeron en el trabajo efectuado por la actora para el proyecto del vertedero EE, de la demandada, en circunstancias que, según el documento que dicha actora acompañó a los autos, aquél –el vertedero EM– presenta características muy diferentes a las de EE.

Así, se destaca que entre estas diferencias (Anexo 3), aparece el tener un promedio diario de 326 toneladas de basura contra 719 de EE; y una capacidad de aprovechamiento de 119 metros cúbicos por hora, ante 9.606 de EE.

11. A la singular coincidencia anotada, debe agregarse el hecho, no menos llamativo, de indicarse en cada uno de los dos proyectos, una idéntica composición del material o desechos recolectados, según se desprende de un listado de once elementos, entre los cuales se incluyen orgánicos, vidrios papeles textiles, metales, plásticos, etc., lo que aparece aún más difícil de aceptar, si se repara en que, en el proyecto para EE, se afirma por XX, que éste no recibe desechos domiciliarios y que sólo recibe desechos de la industria del salmón y de otras alimentarias y en el proyecto de EM, se sostiene, por el contrario, que recibe los desechos de las ciudades de V., VM. y C., a razón de 680 toneladas por día, lo que hace prácticamente imposible aceptar que la composición de ambos rellenos, ubicados además en zonas geográficas tan extremadamente distantes, vale decir, con realidades climáticas notoriamente diferentes, como las ciudades de PM y V., puedan ser, no sólo parecidas, sino idénticas.

12. Lo anterior, a más de la inexplicable afirmación de que la distancia que media entre EE y la ciudad de PM, es igual a la que media entre EM y V., aunque la primera es de 35 Km. y la segunda de sólo 7, configura una fundada presunción de que el proyecto entregado por la actora a ZZ, se haya copiado, en gran parte, del vertedero EM, con el suficiente descuido como para incluir los datos que eran distintivos de un proyecto y no aplicables al otro.

13. Que sin desconocer la veracidad del reparo formulado por ZZ, en el sentido que su vertedero, contra lo que se expone en el PDD, sí recibe residuos domiciliarios, la señora socia y gerente de proyectos de la actora, L.M., declara a fs. 108, que no es importante determinar si los residuos de un vertedero son de origen industrial o domiciliario, sino si son orgánicos o inorgánicos. Aunque la afirmación, parece razonable, a juicio del Tribunal, i) en primer término, no rebate la inexactitud que se atribuye al trabajo de XX, ii) ni explica, en segundo lugar, el motivo, entonces, por el cual, tratándose de un dato de menor relevancia, en cada uno de los proyectos acompañados (vertederos EE, EM, EC y MM) se deje expresa constancia de tratarse de residuos de origen domiciliario o industrial, lo que confirma que la confusión e imprecisión de los términos empleados por la actora en su PDD, no resulten admisibles. Unida esta situación, a las descritas en los considerandos precedentes, se va conformando un innegable cuadro de negligencias e ineficiencias de la actora en el cumplimiento de su principal obligación contractual.

14. Que se censura además, a XX, haber errado, en el informe, en relación a la superficie que el vertedero EE cuenta para recolectar los desechos, a lo que ha replicado la actora, por intermedio de la testigo nombrada, sosteniendo que se le informó por el cliente –ZZ– que la superficie era de 2 hectáreas, agregando que no es relevante el tema de la superficie porque “periódicamente se efectuará una verificación del modo cómo el proyecto se está desarrollando y allí se verificará las toneladas de CO2 que se están evitando de ir a la atmósfera y que no le corresponde (a su empresa) resolver si el proyecto puede o no llevarse a cabo” porque tal es responsabilidad del propio cliente y de sus asesores... olvidándose así, de modo inexcusable, que la primera obligación que XX contrajo según el contrato acompañado, fue la de presentar un “estudio finiquitado de factibilidad en materia de MDL de las actividades señaladas en el Anexo A” y en éste, se indica que el proyecto respecto del cual se confeccionará el estudio de factibilidad es el de “captura activa de biogás en relleno sanitario EE...”.

Lo anterior exige recordar que, conforme al sentido natural y obvio, “factible” es “lo que se puede hacer”, de donde resulta que el estudio al que se obligó la actora, debía indicar, precisamente, si había o no la posibilidad –material, técnica, legal y financiera– de llevar a cabo el proyecto, y ninguna duda puede caber, en torno a que un predio de 2 hectáreas tiene una capacidad de recibir residuos, proporcionalmente inferior a otros de 10, de 20 o de 40 hectáreas lo que condiciona los términos del proyecto que se pretenda ejecutar en las diferentes superficies, al grado que, puede concebirse que, en algunas de ellas, simplemente no resulte rentable llevar a cabo proyecto alguno.

15. De lo expuesto y, principalmente, de lo reseñado en relación a los montos de inversión, a la composición de los desechos y a la extensión del terreno, aspectos todos determinantes para concluir si es o no, posible y/o conveniente, llevar a cabo el proyecto, aparece que el trabajo encomendado a la actora y las obligaciones que ésta asumió, no se han ejecutado como en derecho corresponde.

16. Que, idénticamente, se reprocha a XX haber incluido (secciones G.1 y G.2) información falsa en el informe, consistente en sostener que efectivamente se consultó a la comunidad y a las autoridades en relación al proyecto, mediante dos publicaciones efectuadas en un diario regional, con la remisión de cartas a las autoridades y vecinos explicando el proyecto y con la celebración de dos reuniones públicas en el propio sitio, concluyéndose –en el documento enviado por XX– que, “en general la percepción del proyecto es positiva” y que los beneficios relacionados con la salud son bien evaluados por la comunidad, al tiempo que “otras inquietudes sobre la construcción y operación del proyecto aparecen como solucionables y no determinantes”, reparo que la señora gerente de proyectos de la actora salva en su testimonio prestado ante el Tribunal, sosteniendo que es responsabilidad de ZZ socializar el proyecto y que “cuando se entreguen los antecedentes a las instituciones validadoras, la actividad de información social debe estar cumplida, lo que explica que en su trabajo (el PDD), se hable en tiempo pasado,” respuesta que no desmiente la imputación sobre falsedad de la información comprendida en el documento, sino, en el mejor de los casos, supone que la actividad informativa tendrá lugar más tarde y que el resultado será el que se adivina.

Lo anterior, es del todo inaceptable, tanto porque –al margen de la censura ética que semejante comportamiento merece– carece de toda seriedad inventar el resultado de una consulta social por efectuarse, cuanto, porque de aparecer negativo ese resultado, el proyecto no podría ejecutarse y XX –que asumió la obligación de informarle a su cliente si el proyecto se podía o no llevar a cabo– da por bueno un supuesto determinante del mismo, sin efectuar el estudio que valide su conclusión, lo que importa no cumplir con la principal obligación contraída.

17. Que al Tribunal resulta manifiesto, que las tareas asumidas por XX debían llevarse a cabo, desde un primer instante, cumplida, eficiente y oportunamente –como, por lo demás, lo impone toda Ética de las Profesiones– sin que resulte posible ni admisible, como parece desprenderse de algunos

términos empleados por la señora gerente de proyecto de la actora prestando la referida declaración testimonial, dar por concluido el trabajo de modo genérico, a la espera que la institución validadora formule, más tarde, reproches u observaciones, de los cuales habría que hacerse cargo en su momento, tanto porque semejante actuar denotaría una superficialidad y ligereza inexcusables, cuanto porque esta institución está facultada, no sólo para hacer observaciones, sino para rechazar el proyecto si, a juzgar por la documentación, no reúne los requisitos para ser validado, como lo establece el acápite ii) de la letra c) del Artículo 40 del Anexo al Protocolo de Kyoto “Modalidades y Procedimientos de un Mecanismo Para un Desarrollo Limpio”.

18. Que sólo a mayor abundamiento, cabe destacar que la demandada ha opuesto también a la demanda, la circunstancia de no ser exigible las obligaciones de pago que ella contrajo, en razón de existir plazo y condición pendientes, desde que, parte del honorario pactado, debía ser pagado en 12 cuotas iguales, mensuales y sucesivas de US\$ 1.250, aunque no se fijó época a partir de la cual debían contarse los referidos doce meses y porque el saldo de US\$ 15.000, debía pagarse contra inicio del proceso de registro del proyecto, trámite no verificado.

Que de los antecedentes aparece que, celebrado el contrato el día 16 de febrero de 2006, al notificarse la demanda –6 de septiembre del mismo año– en el mejor de los casos sólo serían exigibles las cuotas devengadas entre el 16 de marzo, treinta días después de celebrado tal contrato (aunque en la demanda se alude a “los primeros días de abril”) y el 16 de agosto.

La segunda cuota de US\$ 15.000 es pagadera contra el inicio del registro –aceptación oficial por la junta ejecutiva de un proyecto validado como actividad de proyecto del MDL– lo que, de acuerdo a lo establecido en la sección G N° 36 del Anexo al Protocolo de Kyoto antes nombrado supone que, tras la validación, se haya, a lo menos, presentado el documento al órgano señalado, lo que ostensiblemente no ha acontecido.

Lo expuesto, empero no lleva a que este fallo emita juicio de procedencia sobre tal excepción, porque se estima incompatible con lo que se resolverá.

Y teniendo presente lo dispuesto en los Artículos 1.437, 1.438, 1.439, 1.441, 1.545, 1.546 y 1.552 del Código Civil y 222 y 223 inciso final del Código Orgánico de Tribunales y 3, 254 y siguientes y 640 del Código de Procedimiento Civil, y en mérito de las consideraciones que preceden, se acoge la excepción de contrato no cumplido opuesto por la demandada y, declarándose que ésta no está en mora de pagar las sumas de dinero a que se obligó de acuerdo al contrato de 16 de febrero de 2006, por no haber cumplido XX con lo pactado en tal contrato, se niega lugar a la demanda deducida en autos, en todas sus partes, sin costas, por estimarse que tuvo la actora, motivo plausible para litigar.

No se emite pronunciamiento sobre la alegación subsidiaria de la demandada por estimarse incompatible con lo resuelto.

Autorícese la presente sentencia por los abogados del CAM Santiago, señores Karin Helmlinger Casanova y Javier Cruz Tamburrino. Notifíquese por cédula por receptor judicial. Rol 622-06. Juez Árbitro, señor Raúl Tavorari Oliveros.