

Leslie Tomasello Hart

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 13 de enero de 2017

ROL: 2351-2015

MATERIAS: Contrato de prestación de servicios. Programa de garantía extendida. Crédito documentario. Exclusividad del servicio. Ventas mínimas esperadas. Incumplimiento contractual. Entidad del incumplimiento. Indemnización de perjuicios. Excepción de nulidad absoluta de contrato. Indignidad para alegarla. Excepción de contrato no cumplido. Impuesto al Valor Agregado.

RESUMEN DE LOS HECHOS: XX SpA (en lo sucesivo, XX) interpuso demanda en contra de ZZ Limitada (en lo sucesivo, ZZ) respecto del contrato de servicios en cuya virtud la demandante debía proporcionar una garantía extendida respecto de clientes de la segunda que, ofrecida, la solicitaren, garantía adicional y posterior a la que establece la ley. Las partes pactaron una obligación de exclusividad en favor de la demandante, como asimismo una determinada cantidad a título de “ventas mínimas”. Por la exclusividad, XX pagó a ZZ una determinada cantidad, con la cual ZZ obtuvo una carta de crédito “*stand by*” en favor de XX, la que se iría extinguiendo a medidas que se alcanzaban las ventas mínimas.

XX demandó terminación del contrato e indemnización de perjuicios, con declaración de que ZZ había incumplido las obligaciones de exclusividad impidiéndole alcanzar el total de ventas mínimas, solicitando que la demandada fuere condenada al pago de lo que restaba por alcanzar. La alegación respecto a la violación de la obligación de exclusividad se fundó en la circunstancia que ZZ celebró un contrato análogo con otra entidad vinculada, dejando de ofrecer la garantía extendida de XX.

La demandada ZZ alegó la nulidad absoluta, postulando que el contrato de servicios, en realidad, era un contrato de seguros, que había sido celebrado por XX con cada cliente de ZZ que aceptó la garantía extendida, siendo ZZ un mero intermediario, no obstante no invertir XX la calidad de aseguradora en los términos del Decreto con Fuerza con Ley N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Interpuso también la excepción de contrato no cumplido y entabló demanda reconventional, alegando que XX estaba impedida de cobrar suma alguna con cargo a la mencionada carta de crédito, que garantizaba el cumplimiento de la obligación de exclusividad o, en subsidio, que sólo pudo cobrar una cantidad menor.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 1437, 1438, 1439, 1445, 1459, 1460, 1462, 1466, 1467, 1545, 1546, 1552, 1681, 1682, 1683 y 2300.

Código de Comercio: Artículos 512 y 513.

Decreto con Fuerza de Ley 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio: Artículos 4, 46 y 51.

Publicación N° 600 de la Cámara de Comercio Internacional, Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios (UCP600): Artículos 1,4, 15 y 34.

Decreto Ley 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, de 1976: Artículos 2, 3 y 4,

Oficios del Servicio de Impuestos Internos N°s. 6211, de 1979; 3195, de 1984; 1464, de 1986; 4502, de 1987; 2710, de 1988 y 2984, de 1990.

DOCTRINA: Se estableció que las ventas mínimas eran garantizadas y que, por consiguiente, ZZ, por haber frustrado el contrato violando la obligación de exclusividad al contratar con un tercero, quedaba obligada a pagar el remanente de ventas mínimas, que se concluyó estaban aseguradas y no eran meramente estimadas. Asimismo, se estableció el monto de las comisiones que habían sido pagadas a ZZ, y los incentivos, como también los gastos en que había incurrido XX. La información anterior se extrapoló proporcionalmente hacia el futuro hasta el monto de las mencionadas ventas mínimas, siendo ésta la cuantía de la indemnización de perjuicios que se declaró debía ser pagada por ZZ a XX. Correlativamente, al quedar cumplido el contrato de esta manera digamos ficta, se condenó a XX a restituir el total de la garantía que había rendido ZZ a través de la mencionada carta de crédito, que XX oportunamente hizo efectiva en su totalidad. La nulidad absoluta alegada por la demandada no fue acogida, sin perjuicio de lo cual se declaró que, en todo caso, ZZ habría celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

DECISIÓN: Se acogió la demanda interpuesta por XX en contra de ZZ en cuanto se declaró la terminación del contrato de prestación de servicios y se condenó a la segunda a pagar a la primera, a título de indemnización de perjuicios, el equivalente en moneda corriente de 24.056,6 unidades de fomento, según su valor a la fecha del pago efectivo.

En lo que concierne a la contestación de demanda por parte de ZZ, se rechazó la excepción de nulidad absoluta del contrato que vinculó a las partes, como asimismo sus alegaciones y excepciones subsidiarias relativas a que no había mediado incumplimiento de la obligación de seguridad, porque se habría extinguido; la excepción de contrato no cumplido; el que XX estuviere impedida de cobrar la carta de crédito por no haberse declarado la terminación del contrato, como asimismo de reclamar cualquier perjuicio; en cuanto a que no habría incumplimiento del contrato porque no habría existido la obligación de obtener las ventas mínimas, como asimismo en cuanto a que la acción de perjuicios sería incompatible con la de resolución del contrato y que las ventas mínimas demandadas a título de daño emergente, no constituían un perjuicio que debía ser indemnizado por ZZ.

Correlativamente, se acogió la demanda reconvenzional interpuesta por ZZ en contra de XX, condenando a la última a restituir el monto total de la carta de crédito, equivalente a 14.723,90 unidades de fomento.

Las cantidades mandadas pagar se dispuso que lo fueren con intereses corrientes para operaciones reajustables de un año o más superiores a 2.000 unidades de fomento, calculados desde la fecha de la sentencia hasta la del pago efectivo.

Finalmente, se dispuso que: Cada parte pagará sus costas.

Las partes dieron inmediato cumplimiento voluntario a la sentencia, sin que se interpusieren recursos.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 13 de enero de 2017.

VISTOS:

A. PARTE EXPOSITIVA:

1. EL CONTRATO:

Rola desde fojas 3 y siguientes, del cual se destaca:

- Se denomina “*Contrato de Prestación de Servicios*”.
- Se celebra el 19 de agosto de 2011 entre ZZ Ltda. (en lo sucesivo, “ZZ”) y XX SpA (en lo sucesivo, “XX”).
- El contrato denomina a ZZ Ltda. como el “*Intermediario*” y a XX SpA como “XX” o “*Compañía*”.
- Las partes declaran que se ha convenido en un contrato de prestación de servicios, denominado “*El Contrato*”.
- En los “*Antecedentes*”, se manifiesta:
 - Que XX comercializa, ofrece y suscribe contratos de servicios a través de tiendas que venden al por menor (en lo sucesivo, el “*Programa de Garantía Extendida*”);
 - Que el Intermediario vende ciertos muebles a personas naturales, destinados para su uso personal o en el hogar.
 - Que las partes desean colaborar en un Programa de Garantía Extendida, mediante el cual el Intermediario efectúa y/o facilita la comercialización y venta de los contratos de servicios para beneficio de los consumidores, del Intermediario y de XX.
 - Que las obligaciones asumidas bajo el presente contrato se relacionan y aplican sólo a los contratos de servicios de garantía extendida que hayan sido comercializados con XX.
- **Cláusula Primera:** Encontramos la definición de diversos términos, entre ellos:
 - “**Bono**”: El pago que realiza XX por el derecho al uso exclusivo del canal de distribución que posee el Intermediario.
 - “**Carta de crédito**” o “*Crédito documentario*” o “*Letter of Credit*”: El acuerdo irrevocable que contiene el compromiso definitivo del Banco emisor de honrar una obligación de pago a la presentación del documento por XX, siendo el solicitante ZZ, aspecto relacionado con el Anexo E a que se aludirá.
 - “**Comisión**”: La cantidad que el Intermediario percibe por el servicio y que es la diferencia entre el precio y el costo, según se establece en la cláusula cuarta.
 - “**Contrato de servicios**”: El que celebra el Intermediario por cuenta de XX con un Consumidor, en el que se establece que contra el pago de un precio determinado, XX repara, reemplaza o repone algunos bienes muebles para uso personal en el hogar, si el producto presenta fallas estructurales o de operación, en que es pertinente el Anexo “A” del contrato.
 - “**Costo**”: El monto que el Intermediario está obligado a entregar a XX por cada contrato de servicio vendido o extendido bajo el Programa Póliza de Garantía Extendida. Al respecto, es pertinente el Anexo “B”.
 - “**Precio**”: El monto que paga un Consumidor al Intermediario por el Contrato de Servicio, según lo acordado entre el Intermediario y XX y que comprende el costo, la comisión (diferencia entre costo y precio), sin perjuicio que debe recaudar cualquier impuesto aplicable.
 - “**Ventas mínimas**”: El volumen mínimo de ventas de garantías extendidas expresadas en unidades de fomento (en lo sucesivo, UF) que el Intermediario se compromete a alcanzar

durante la vigencia del contrato y que se hace equivalente al costo que debe recibir la Compañía.

- **Cláusula Segunda:** Expresa el objeto del contrato y lo califica como de prestación de servicios, haciendo otro tanto la cláusula tercera.

- **Cláusula Tercera:**

- En su N° 2 se conviene que el Intermediario cobrará a los Consumidores el precio más los impuestos correspondientes y que los depositará en la cuenta corriente de la Compañía.

- El N° 7 alude a ventas mínimas y la amortización, señalando que los valores que se indican en la tabla adjunta, que va del año 1 al 6, son las ventas mínimas esperadas durante los primeros seis años y que equivalen al costo. En la segunda columna se expresa “*ventas totales mínimas antes de impuestos, costos, pérdidas o cualquier otro gasto*”.

- **Cláusula Cuarta:** Se convienen las obligaciones de XX, a saber, desarrollar e implementar las acciones necesarias para el logro de los objetivos del Programa de Garantía Extendida; mantener una red de centros de servicios; mantener, a su propio costo, una línea telefónica libre de cargos para atender e informar a los Consumidores; investigar, procesar y adjudicar los reclamos y denuncias de averías; capacitar al personal del Intermediario; pagar cuando corresponda los gastos de “*marketing*” y la comisión por incentivos de venta; y poner a disposición del Intermediario un “*Strategic Performance Manager*”.

- **Cláusula Quinta:** Se destaca su N° 2 relativo a “*exclusividad*”, en que el Intermediario participa en el Programa de Garantía Extendida en forma exclusiva con XX, asumiendo la obligación de abstenerse de celebrar contratos de naturaleza igual o similar, pues asegura a la Compañía la exclusividad en la distribución y comercialización de los productos de garantía extendida, en términos tales que de no cumplir con esta exclusividad, XX puede hacer efectiva la carta de crédito a que se aludirá.

En su N° 5 se alude a los “*Productos elegibles*”.

- **Cláusula Sexta:** Denominada “*Circuito de pagos y reembolsos*”:

- El N° 1 se refiere al costo que XX tiene derecho a percibir por cada contrato de servicios suscrito con un consumidor, el cual recibe el Intermediario ZZ y debe depositar en la cuenta corriente de XX.

- El N° 2 alude a la comisión, pactándose que por los servicios prestados conforme al contrato, el Intermediario retiene la diferencia entre el costo y el precio, el que hemos visto está definido en la cláusula primera como el monto total que paga un Consumidor al Intermediario por el contrato de servicios según lo acordado entre el Intermediario y XX y que comprende el costo, la comisión (diferencia entre costo y precio), debiendo además recaudarse cualquier impuesto aplicable.

- Según el N° 3, el Intermediario debe entregar a XX la liquidación de los precios cobrados a los Consumidores y las cantidades correspondientes a IVA, más una factura por la comisión.

- En el N° 6 se alude a la “*Comisión por Incentivos de Venta*”, a saber, la Compañía pagará al Intermediario, por cada mes que éste haya alcanzado los objetivos de venta que se acuerden con la Compañía, una comisión ascendente a un 10% del costo neto líquido –es decir, descontados del costo de los impuestos y los montos reembolsados a consecuencia de terminaciones anticipadas de contratos o cancelaciones– efectivamente percibido por XX.

- **Cláusula Séptima:** Es la relativa a la vigencia inicial de seis años a partir de la entrega de la carta de crédito o de la fecha de la entrada en vigencia, lo que ocurra más tarde.

Se renueva automáticamente por plazos sucesivos de dos años, salvo aviso en contrario y si se produce un déficit, XX puede extender el plazo hasta que dicho déficit haya sido solventado, el

que está definido en la cláusula primera, expresando que cuando el índice de pérdidas del Programa de Garantías Extendidas exceda de un 46% calculado desde su inicio, o las ventas estén por debajo de un 100% del mínimo de ventas totales proyectadas según la cláusula tercera, precisamente estaremos en presencia de un déficit.

Luego se expresa que si, al cabo de los primeros seis años de vigencia, el Intermediario no alcanza las ventas mínimas esperadas, cuyo monto total acumulado al final del sexto año debiera ser al menos igual a lo que expresa la cláusula tercera N° 7 (UF 251.777,07), XX puede extender el contrato por plazos sucesivos hasta que se alcance ese “target” de venta, descontando cualquier déficit. Concluye que si las ventas mínimas no fueran alcanzadas por el Intermediario en los plazos acordados, XX puede extender la vigencia del contrato por los plazos adicionales necesarios.

A continuación, se indica como fecha de entrada en vigencia el 1 de septiembre de 2011.

Después se establecen las causales de terminación anticipada e inmediata del contrato, en primer lugar, por incumplimiento de alguna de sus obligaciones principales, momento en que la parte afectada debe notificar a la otra el motivo del incumplimiento y la incumplidora puede subsanarlo en 60 días y, si así no ocurre, la afectada puede terminar el contrato al finalizar el plazo. Con todo, si una parte incurre en mora o retardo en el pago de una suma adeudada, la afectada puede terminarlo anticipadamente y, sin más trámite, si subsiste el incumplimiento por más de 45 días. Si la afectada es XX, puede al cabo de transcurridos dichos plazos presentar la carta de crédito al cobro (letra A).

En la letra B. se alude a los “Efectos de la terminación del contrato”, expresando que las obligaciones cesarán automáticamente y el Intermediario debe abstenerse de comercializar el Programa de Garantía Extendida, sin perjuicio de los efectos post-contractuales acorde al N° 2, a saber, las partes continuarán cumpliendo sus obligaciones en relación a los contratos de servicio emitidos antes de la fecha de terminación, así como aquellas obligaciones que el contrato disponga subsistirán a dicha terminación, incluyendo las obligaciones de confidencialidad.

- **Cláusula Décima:** Se denomina “*Relación entre las Partes y Responsabilidad Laboral*”, declarando que el contrato tiene la naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios, así como de administración de recursos y coordinación de servicios, en términos tales que no existe vínculo de subordinación y dependencia entre los trabajadores del Intermediario y XX.

- **Cláusula Décimo Primera:** Se denomina “*Resolución de controversias*”. Se entregan al conocimiento de un Árbitro Arbitrador y con renuncia de recursos, salvo los de queja, de aclaración, interpretación, rectificación o enmienda y el de la casación en la forma por *ultra petita*, árbitro que debe ser designado de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo, por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. de entre los integrantes de la lista arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

Se agrega que “*el Árbitro actuará sin forma de juicio y estará siempre facultado para fijar el procedimiento con entera libertad, incluso en lo concerniente al sistema de notificaciones, salvo la primera que se haga en el proceso, la que deberá ajustarse a las reglas del Título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil*”.

- **Cláusula Décimo Segunda:** Se denomina “*Cesión de Derechos*”. Se pacta que las partes no lo pueden hacer, salvo consentimiento escrito de la otra y que, con todo, XX puede ceder el contrato a una sociedad relacionada en caso que XX o una sociedad relacionada a ésta constituya en Chile una Compañía de Seguros o que, a consecuencia de una modificación legal o de un cambio en la normativa aplicable dictada por la autoridad competente, se establezca que la prestación de los servicios regidos por el contrato sólo pueden ser prestados por compañías de seguros.

- **Cláusula Decimocuarta:** Se denominada “*Misceláneos*”: Se alude a los Anexos A a E 2, a saber, “*Formato del contrato de servicio*”, “*Productos elegibles y costos*”, “*Formatos de informes*”, “*Instrucciones para la administración de la cuenta corriente de XX*”, “*Bono*” y “*Modelo de carta de crédito*”.

El contrato será regido e interpretado de acuerdo a la ley chilena.

- **Anexo “A”:** Se ha dicho denominado “*Formato de contrato de servicio*” (fojas 16), en el cual se destaca que consiste en extender el plazo que cubre la garantía original del fabricante en un período de 1, 2 o 3 años adicionales. La garantía extendida cubre reparación por fallas que deben ser mecánicas, eléctricas, electrónicas u operacionales, distinguiéndose entre productos grandes y productos pequeños. Se pacta cuándo se puede reemplazar el producto, como asimismo las exclusiones de servicio.

En “*Términos y condiciones de garantía extendida*”, a propósito del “*Objeto del contrato*”, se expresa que es de prestación de un servicio que XX entrega a los clientes de ZZ.

A continuación, se alude a “*Servicio de Garantía Extendida*”, señalando que tiene como principal propósito proteger al cliente contra los altos costos de reparación de los productos fuera de garantía original, cubriendo asistencia y reparación, o bien la sustitución de los aparatos y equipos mecánicos, eléctricos y/o electrónicos que presenten fallas funcionales, siempre que dichas deficiencias se encuentren comprendidas dentro de las garantías otorgadas por los fabricantes. Se convienen plazos para reparar y reemplazar y otras cláusulas pertinentes.

A propósito de “*Criterio para la valoración de los daños*”, XX asume el costo de la reparación si se hace a través de un servicio técnico autorizado por XX.

- **Anexo “B”:** Se denomina: “*Productos elegibles y costos en pesos chilenos*” (fojas 22).
- **Anexo “C”:** Se denomina “*Formato de informes*”: Es una hoja en blanco (fojas 26).
- **Anexo “D”** Se denomina “*Instrucciones para la administración de la cuenta corriente de XX*”. Lo único que contiene es la indicación de las cuentas en que ZZ debe depositar (fojas 27).
- **Anexo “E 1”:** Se denomina “*Bono*” (fojas 28):

- En la **Cláusula Primera** se establece que XX debe pagar al Intermediario por el acceso con exclusividad a los canales de distribución del Intermediario y por la derivación de clientes para la venta de contratos de servicio un *Bono* ascendente a UF 14.723,90.

- En la **Cláusula Segunda** se pacta que a los diez días hábiles de la firma del contrato, el Intermediario debe presentar una carta de crédito “*stand by*” irrevocable a favor de XX por la cantidad citada, válida por todo el período de vigencia del contrato y sus renovaciones, en garantía de las obligaciones que asume el Intermediario. Se pacta cómo la Compañía debe pagar el *Bono* recibida que sea la carta de crédito, a saber, con una cuota inicial de 50% dentro de los diez días posteriores a haberla recibido y una segunda cuota dentro de los diez días del mes siguiente a la fecha de implementación del programa en la totalidad de las sucursales del Intermediario.

- En la **Cláusula Tercera** se alude a la recuperación acelerada del *Bono*, entre otras circunstancias, si el Intermediario no logra vender, antes del 1° de septiembre de 2017, contratos de servicios cuyos costos netos (es decir, descontando comisiones, gastos e impuestos) acumulados ascienden al menos al monto equivalente en pesos de UF 251.777,07.

Se pacta la forma de calcular la parte no amortizada del *Bono* del Intermediario.

- La **Cláusula Cuarta** alude a la entrega de la carta de crédito que debe ajustarse al Anexo E 2, como garantía de cualquier pago del Intermediario de la parte no amortizada del *Bono* y cualquier otro monto adeudado a la Compañía. Se rige por las “*Costumbres y Prácticas*”

Uniformes para Créditos Documentarios” (UCP N° 600) de la Cámara Internacional de Comercio, debiendo emitirse por un monto nominal en US\$ equivalente a UF 14.723,90 y por un plazo de seis años, más 90 días contados a partir de la fecha de vigencia o de la fecha de implementación, lo que ocurra antes.

Se conviene cómo se determina la equivalencia entre el monto en dólares norteamericanos y la unidad de fomento, como asimismo que es irrevocable y ejecutable inmediatamente ante la solicitud escrita de XX directamente al Banco emisor, sin requerimiento alguno de efectuar una solicitud previa al Intermediario, obtener la intervención del Intermediario o requerir solicitud de prueba, es decir, “*sin condiciones*”.

- **Anexo E 2:** Contiene el “*Modelo de carta de crédito*” (fojas 30), dejando constancia que es pagadera contra presentación y que queda sujeta a la mencionada Resolución 600.

2. EL TRIBUNAL Y EL PROCEDIMIENTO:

a) Cláusula compromisoria: Ya se ha expresado lo concerniente a la Cláusula Décimo Primera “*Resolución de controversias*” contenida en el contrato a que se ha aludido en el número anterior (fojas 13).

b) Solicitud de arbitraje nacional: Rola a fojas 1 y 2, presentada por don R.A. en representación de XX, y don A.G. en representación de ZZ.

c) Designación: Por resolución de 10 de junio de 2015, la Cámara de Comercio de Santiago A.G. designa como Árbitro en calidad de Arbitrador al suscrito Leslie Tomasello Hart, para que se aboque a conocer y resolver las controversias en relación al contrato (fojas 42).

d) Aceptación y juramento: El 3 de julio de 2015 el Árbitro que suscribe acepta y jura el cargo (fojas 43).

e) Primera resolución: El 9 de julio de 2015 el Árbitro tiene por constituido el compromiso y cita a las partes a un comparendo de fijación de normas de procedimiento para el 23 de julio de 2015 (fojas 44).

f) Nuevas fechas para la celebración del comparendo tendiente a fijar normas de procedimiento: Por resoluciones de fojas 45 y 46 se fijan el 21 y 29 de julio de 2015, respectivamente.

g) Acta tendiente a acordar normas de procedimiento (fojas 74): La referida audiencia se celebra el 1° de septiembre de 2015 conviniéndose todo lo pertinente al efecto, siendo del caso destacar lo que sigue:

- N° 12 “*Etapa de Prueba*”, letra e): Sin perjuicio de la obligación de presentar lista de testigos dentro del término acordado, se convino que “*a más tardar el décimo día del término probatorio, (la parte) deberá acompañar las declaraciones de sus testigos contenidas en declaraciones juradas suscritas ante notario público. En la declaración el testigo deberá dejar constancia de su calidad, aptitudes o títulos y de su vinculación con una o ambas partes del juicio. Dentro de los cinco días siguientes contados desde la resolución que recaiga en el escrito en que las partes acompañen la respectiva declaración, la contraparte podrá solicitar la fijación de una audiencia a fin de contrainterrogar al testigo sólo respecto de aquellos puntos en que su declaración fuere dudosa, oscura o ambigua, lo que quedará entregado a la calificación del Árbitro durante la respectiva audiencia*”.
- Conforme al N° 15 “*Plazo del Arbitraje*”, “*se entenderá suspendido en los siguientes casos: i) durante el período de conciliación; ii) mientras el perito no evacue su informe; iii) si el Tribunal así lo determina, durante el tiempo que sea necesario para rendir alguna prueba; y iv) cuando las partes lo soliciten de común acuerdo*”.

- Conforme al N° 16 “*Incidentes*” deben fallarse en la sentencia definitiva.

3. PLAZO DEL ARBITRAJE:

- a) De acuerdo al N° 15 del Acta resumida en el número anterior, “*el Árbitro deberá dictar sentencia dentro del plazo y bajo las condiciones establecidas en el Art. 4° del Reglamento Procesal de Arbitraje, debiendo la prórroga a la que hace referencia el inciso 1° del artículo citado ser notificada a las partes antes de la expiración del plazo original, la cual podrá ser decretada de oficio o a petición de parte*”. Asimismo, se establecen los casos en que el plazo se entendería suspendido.

De esta manera, el Tribunal debía dictar su sentencia definitiva en el término de seis meses contado desde la notificación de la resolución que recae sobre la demanda, pudiendo ser prorrogado hasta por seis meses más si lo estimare necesario, debiendo comunicarse a las partes antes de la expiración del plazo original.

Atendido que la demanda fue proveída el 24 de septiembre de 2015 (fojas 99), en principio, el señalado plazo de seis meses expiraba el 24 de marzo de 2016, sin perjuicio de la posibilidad de ser prorrogado de la manera ya referida.

- b) Sin embargo, para el debido cómputo del plazo cabe tener presente las siguientes circunstancias:
- Desde luego, cabe descontar todos los días del mes de febrero de 2016, por ser inhábiles acorde al N° 6 de las Normas de Procedimiento convenidas por las partes (fojas 76).
 - Por resolución de 3 de mayo de 2016 (fojas 851), el plazo del arbitraje fue prorrogado por el término de seis meses.
 - Por resolución de 7 de diciembre de 2015, el Árbitro citó a audiencia de conciliación para el 15 de diciembre de 2015 (fojas 331);
 - Por escrito que rola a fojas 331, las partes solicitaron se fijara como nueva fecha el 3 de marzo de 2016 –sin perjuicio que, según lo ya dicho, igualmente deben considerarse inhábiles todos los días transcurridos durante febrero de 2016– solicitud a la cual este Árbitro dio lugar por resolución de 13 de enero de 2016 (fojas 336).
 - Por resolución de 1° de marzo de 2016, que rola a fojas 337, por motivos de salud, el Árbitro fijó como nueva fecha el 10 de marzo de 2016, oportunidad en que la audiencia se celebra, no alcanzando las partes una conciliación.
- c) A fojas 592, la parte de ZZ solicita se decrete un informe pericial contable, solicitud que es proveída a fojas 664 citando a las partes, para los efectos del Art. 414 del Código de Procedimiento Civil, a una audiencia a celebrarse el 2 de mayo de 2016, la que se celebra en tal fecha según acta que rola a fojas 844.
- Por resolución de 13 de mayo de 2016 (fojas 927), se designa como perito a don PE, cuyo cometido, acorde a lo que se expresará a propósito de la prueba pericial, concluye el 9 de agosto de 2016, según consta de presentación que rola a fojas 981.
- d) Por resolución de 29 de agosto de 2016 (fojas 1023), el Árbitro decretó dos medidas para mejor resolver, cuales son el nombramiento como Perito de don PE y, al efecto, la exhibición parcial de la contabilidad por parte de XX, habiendo el Perito agotado su cometido con fecha 12 de diciembre de 2016, según consta a fojas 1072 y a fojas 1094.
- e) Por resolución de 14 de octubre de 2016 (fojas 1069), el plazo del arbitraje fue prorrogado por el término de cinco meses.

En estos términos, manifiesto es que el Árbitro está dictando su sentencia definitiva dentro de plazo.

4. PERIODO DE DISCUSIÓN:

4.1. La demanda principal de XX (fojas 84 y siguientes):

Se sintetizará siguiendo su estructura:

Capítulo Primero. ANTECEDENTES DEL CONTRATO:

Se explica la esencia del contrato.

1.- Características del Contrato: Se refiere al plazo de seis años y a su objeto según Cláusula Segunda, más Anexos ya mencionados, en lo que también nos remitimos a lo expresado en el N° 1.

2.- Obligaciones contraídas por ZZ: Se alude a la Cláusula Tercera:

2.1. Promoción del Programa de Garantía Extendida: Se refiere a la Cláusula Tercera N° 1, también ya referida, consignando que ZZ actuaba por cuenta de XX.

2.2. Cobro del Contrato de Servicios: Destaca que ZZ debía recibir el pago total, lo que incluía el valor del producto más el valor de la extensión de la garantía, denominado “costo”, definido en la Cláusula Primera ya mencionada.

2.3. Ventas mínimas: Se expresa que ZZ se obligó a cumplir las que equivalen al Costo, agregando que si no se cumplían dentro del plazo del contrato, éste se prolongaría por el tiempo necesario para lograrlas (Cláusula Séptima). Reitera el cuadro de los años 1 a 6, por un total acumulado de 251.777,07 UF. Destaca que ZZ dejó de promocionar, ofrecer y vender la garantía extendida a contar de enero de 2014 (a dos años y algo más del contrato), lo que imposibilitó lograr las ventas mínimas, que estima constituyen los perjuicios causados a XX.

3.- Obligación de exclusividad y la Carta de Crédito *Stand By*: Alude a la Cláusula Quinta y su numeral 2 “Exclusividad”, ya resumida. Añade que, por esta exclusividad, XX pagó a ZZ UF 14.723,90 y que, para garantizar su cumplimiento, ZZ tomó la carta de crédito por el mismo monto, en términos tales que si ZZ incumplía la obligación de garantía, XX podía cobrarla de inmediato.

Capítulo Segundo. INCUMPLIMIENTO DE ZZ:

1.- Antecedentes previos:

Expresa que la relación contractual se desarrolló en forma normal durante aproximadamente dos años, pero que las circunstancias variaron drásticamente el 29 de noviembre de 2013, en que ZZ remitió a XX una carta denominada “*Término anticipado de contrato de garantía extendida*”, comunicando su decisión de poner término anticipado al contrato a partir del 31 de diciembre de 2013, sin invocar causa alguna ni aportar antecedentes.

Añade que XX contestó el 6 de enero de 2014 por correo electrónico de don Q.J. (gerente general a la sazón), señalando que el contrato reguló en forma clara y expresa las causales de terminación, que no resultaban aplicables y que ZZ ni siquiera invocó.

Expresa que luego, el 24 de enero de 2014, ZZ contestó fundamentando la procedencia de término del contrato en el supuesto incumplimiento de obligaciones accesorias y no sustanciales por parte de XX y que ésta supo la verdadera razón de lo anterior, cual es que ZZ había suscrito con TR S.A., competidor directo de XX, un contrato para ofrecer garantías extendidas del mismo tipo, violando flagrantemente el contrato, hecho constatado en enero de 2014 en una tienda de ZZ en la ciudad de CC, donde se promocionaba una garantía igual a la de XX, mes en que ya no se ofrecía la de ésta.

Concluye que, ante ello, el 10 de febrero de 2014 XX envió una carta refutando las alegaciones de ZZ en el sentido que los pretendidos incumplimientos eran accesorios y no sustanciales, notificándole que había incumplido gravemente la obligación de exclusividad.

2.- Los incumplimientos en que incurrió ZZ:

Expresa que fueron principalmente dos obligaciones del contrato: la de exclusividad y la de lograr las denominadas “ventas mínimas”.

2.1. Incumplimiento de obligación de exclusividad en la comercialización y distribución del servicio de garantía extendida a través de sus canales de distribución:

Reitera que el 10 de febrero de 2014, XX procedió a notificar a ZZ el incumplimiento grave de su obligación de exclusividad en la comercialización y distribución del servicio de garantía extendida a través de sus canales de distribución, hecho constatado el 29 de enero de 2014, expresándole en la respectiva carta que, conforme a la cláusula pertinente, en el evento de no cumplir ZZ con esta obligación, XX quedaba facultada para cobrar la carta de crédito dejada en su oportunidad como garantía del cumplimiento de las obligaciones de ZZ. Igualmente destaca el numeral 2 de la Cláusula Quinta del contrato, citado en la referida carta, en el sentido que *“el Intermediario garantiza a la Compañía durante la vigencia del presente contrato, la exclusividad en la distribución y comercialización de los Productos de Garantía Extendida por medio de cualquiera de sus canales de distribución a sus clientes pasados, presentes o futuros. De no cumplir el Intermediario con esta exclusividad, XX podrá hacer efectiva la carta de crédito”*.

Añade que esta obligación tenía carácter “sustancial”, por lo que el incumplimiento –sin duda– habilitaba a XX para poner término al contrato.

Refiere cláusulas del contrato que destacarían este carácter sustancial, por ejemplo, la definición de “Bono”.

Añade que según Cláusula Séptima, N° 1, ZZ tenía la posibilidad de subsanar el incumplimiento y enervar el término del contrato dentro del plazo de 60 días contado desde la notificación contenida en la carta de 10 de febrero de 2014, lo que no ocurrió porque ZZ siguió ofreciendo la garantía extendida de TR.

2.2. Incumplimiento de obligación de “ventas mínimas”:

Expresa que se le denominó “Costo”, asegurando un mínimo de ventas para cada año, pero que como ZZ incumplió el contrato no se cumplió con este mínimo de ventas, dejando de recibir XX el monto a que tenía derecho, constituyendo esto los perjuicios que se demandan. Reitera que esta obligación tenía carácter esencial, lo que se infiere particularmente de las Cláusulas Segunda y Tercera, numeral segundo.

3.- Cobro de la carta de crédito:

Alude a la Cláusula Quinta, N° 2, y que, como la situación no fue subsanada dentro de los 60 días siguientes a la notificación, XX la cobró, sin que ello motivara queja de la contraria, pero añade que el incumplimiento de las ventas mínimas acarreó los perjuicios que se demandan, no cubiertos por el valor percibido en virtud de la carta de crédito.

Capítulo Tercero. LOS INCUMPLIMIENTOS DE ZZ AMERITAN DECLARAR LA RESOLUCIÓN O TÉRMINO DEL CONTRATO:

Invoca el Art. 1489 del Código Civil y el incumplimiento de dos obligaciones sustanciales del contrato: exclusividad y lograr el mínimo de ventas aseguradas anuales que corresponden al “Costo”.

Agrega que se cumplen los requisitos de la acción resolutoria y que, siendo el contrato de tracto sucesivo, cabe hablar de terminación.

Capítulo Cuarto. PERJUICIOS SUFRIDOS POR XX:

Expresa que los incumplimientos denunciados acarrean la responsabilidad contractual de ZZ por haber incumplido obligaciones de un contrato bilateral; que el incumplimiento es doloso o

gravemente culpable, o al menos culpable; que ZZ está en mora; y que se causaron perjuicios patrimoniales a XX.

Vuelve sobre el hecho que el incumplimiento de la exclusividad posibilitaba hacer efectiva la carta de crédito, lo que XX efectuó por el flagrante incumplimiento de ZZ.

Añade que ZZ aseguró contractualmente la percepción de las ventas mínimas y que el incumplimiento de la obligación de exclusividad lo hizo imposible, por lo que se demanda una indemnización a título de daño emergente, equivalente a las cantidades que no fueron solventadas y que el contrato aseguró a XX. Reitera la tabla de la Cláusula Tercera, N° 7, añadiendo que como el contrato se cumplió durante los primeros dos años de vigencia (1° de septiembre de 2011 a 31 de agosto de 2012, primer año, y 1° de septiembre de 2012 a 31 de agosto de 2013, segundo año) y que durante la vigencia del tercer año (1° de septiembre de 2013 a 31 de agosto de 2014), se tomó conocimiento de los incumplimientos, lo que se constató en enero de 2014, y que desde esa fecha XX dejó de percibir ingresos por concepto de “Costo”, habiendo transcurrido a enero de 2014 casi 5 meses del tercer año, razón por la cual se dejó de percibir 7/12 de las ventas mínimas de ese año, lo que asciende a UF **25.831,35**. **A.- Excepción de nulidad absoluta del contrato**

Luego agrega que le corresponden ventas mínimas de los años 4, 5 y 6, indicando sus parciales (del cuarto año UF 45.472,69; del quinto año UF 52.578,37; y del sexto año UF 62.742,05), lo que arroja un total de 160.793,11 UF, que sumadas a las UF 25.831,55 ya mencionados, arrojan el total que se reclama ascendente a 186.624,46 UF.

En la parte petitoria, reitera que es demanda de terminación de contrato e indemnización de perjuicios, debiendo declararse que ZZ incumplió las obligaciones de exclusividad y de cumplir con el mínimo de ventas anuales, declarando terminado el contrato y condenando a la demandada al pago de UF 186.624,46, o la suma que el Árbitro determine según el mérito del proceso, más intereses corrientes que se devenguen desde la presentación de la demanda y hasta la fecha del pago, o en la forma que el Árbitro estime de derecho, más costas.

4.2. Excepción dilatoria opuesta por la demandada ZZ:

A fojas 100, ZZ opone la excepción dilatoria de ineptitud del libelo. Habiéndose conferido el correspondiente traslado por resolución de 16 de octubre de 2015 (fojas 108), es evacuado por XX a fojas 109 para, finalmente, por resolución de 22 de octubre de 2015 (fojas 111), ser rechazada por cuanto el Árbitro no apreció en la demanda los defectos que se señalaron en el correspondiente escrito, es decir, no lo entendió vago, ininteligible ni susceptible de ser entendido de diversas maneras y, lo que es más relevante, no apreció cómo los términos de la demanda puedan acarrear indefensión para la demandada. En consecuencia, ordenó a la parte de ZZ contestar derechamente la demanda.

Acompaña la carta 23 de junio de 2014 dirigida por XX a ZZ en que, además de comunicar su decisión de poner término al contrato, invoca el supuesto incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de ZZ, señalando que lo que correspondería pagar es *“la parte no amortizada del Bono que XX pagó a ZZ por el acceso a la exclusividad a los canales de distribución de esta última y la derivación de clientes para la venta de los contratos de servicios”* (garantías extendidas), suma que calcula en el equivalente a US\$601.000.

4.3. La contestación de la demanda por parte de ZZ:

A fojas 99 y con fecha 24 de septiembre de 2015, se confirió traslado el efecto.

Rola a fojas 112 y siguientes y, tal como se hizo a propósito de la demanda, se sintetizará siguiendo su estructura:

Comienza por resumir la demanda y enuncia que las dos pretensiones, sin perjuicio de la nulidad absoluta de la convención, son improcedentes porque XX incumplió gravemente

obligaciones, lo cual derivó en la terminación del contrato a partir del 31 de diciembre de 2013 y que ello le impedía cobrar la carta de crédito, como asimismo que no existen las ventas mínimas aseguradas, sino que constituían un resultado “esperado”, sin configurar un perjuicio constitutivo de daño emergente, sino una mera expectativa, sin perjuicio que la pretensión excede a la suma que constituía el eventual beneficio económico que le reportaba el contrato, toda vez que los montos representativos de las ventas incorporaban los costos que debía asumir.

I. ANTECEDENTES GENERALES:

A.- El contrato prestación de servicios celebrado por XX y ZZ:

Refiere el contrato y cómo un porcentaje era retenido (se verá más adelante que la aplicación práctica del contrato fue otra) por ZZ a título de comisión por la intermediación en la venta de la garantía (10%) y el 90% restante se transfería a XX para financiar los programas de garantía ofrecidos y, al mismo tiempo, obtener la ganancia y utilidad proveniente del negocio. Añade que por el acceso a la exclusividad y los canales de distribución de ZZ y la derivación de clientes, XX pagó a ZZ una suma denominada en el contrato “Bono”, ascendente a UF 14.723,90 y que, como garantía de la recuperación acelerada del Bono, ZZ contrató una carta de crédito “stand by” irrevocable a favor de XX por el mismo monto del denominado “Bono”, el cual se amortizaría durante los primeros seis años de vigencia del contrato y, sólo para los casos expresamente previstos, se pactó el derecho de XX a obtener su recuperación anticipada y parcial, sobre la base de una fórmula acordada en la Cláusula Tercera del Anexo E 1 del contrato.

Agrega que en el numeral 7 de la Cláusula Tercera se incorpora una tabla anexa correspondiente a las ventas mínimas esperadas, pero cuando habla de las ventas mínimas esperadas, señala que era un resultado eventual y que si no se alcanzaba, se producían dos efectos alternativos y excluyentes: (i) prorrogar la vigencia del contrato por el plazo necesario para que se alcanzara la meta, o (ii) recuperar anticipadamente la parte no amortizada del “Bono”, calculado de acuerdo a la fórmula pactada en el Anexo E 1 del contrato que, como se ha visto, efectivamente alude al recupero acelerado del “Bono”, señalando que se produce si el contrato termina por una razón no imputable a XX o el Intermediario no logra vender antes del 1° de septiembre de 2017 contratos cuyos costos netos (descontados comisiones, gastos e impuestos) acumulados asciendan al menos al equivalente en pesos a UF 251.777,07.

Reitera que no existe convención que sirva de fundamento a la acción porque las ventas mínimas eran “esperadas”, un resultado eventual y esperado del negocio, pero en caso alguno, garantizadas.

II. PETICIONES DE LA DEMANDA:

Destaca que se interpuso una demanda de resolución fundada en los dos incumplimientos ya mencionados, alegando que el incumplimiento de la obligación de exclusividad daría derecho a XX a cobrar la carta de crédito. Enfatiza que XX no demanda indemnización alguna, limitándose a plantearla como fundamento de la acción de terminación del contrato, a saber, a título de daño emergente, la suma de UF 186.624,46 que corresponde a ventas mínimas no alcanzadas y que, en cuanto a obligaciones incumplidas, no sólo se alude al incumplimiento de las ventas mínimas anuales, sino también que se declara incumplida la obligación de exclusividad, sin agregar más en cuanto a la carta de garantía.

III. CONSIDERACIONES DE DERECHO. EXCEPCIONES, ALEGACIONES Y DEFENSAS:

A. Excepción de nulidad absoluta del contrato:

En esencia, postula que en verdad XX era un asegurador y que no podía serlo al no constituir una sociedad anónima, ni tener como giro exclusivo celebrar contratos de seguro.

Cita el Art. 4° del DFL 251 (sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, de 22 de mayo de 1931), en cuya virtud *“el comercio de asegurar riesgos a base de primas, sólo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a éste, que autorice la Superintendencia (de Valores y Seguros)¹ mediante norma de carácter general....”*.

Expresa que XX no era vendedor ni fabricante de los productos objeto de la garantía, sino que asumía una garantía distinta de la responsabilidad que la ley y el contrato ponen de cargo del fabricante y del vendedor, obligación distinta e independiente de éstos, la cual surge del contrato de servicio y no es una extensión de las obligaciones del fabricante y del vendedor.

Señala que en virtud del contrato se transfiere a XX uno o más riesgos a cambio de una suma de dinero, convención que según el Art. 512 del Código de Comercio es un contrato de seguro, recordando también la definición de asegurado del Art. 513 (*“Aquel a quien afecte el riesgo que se transfiere al asegurador”*: 4 del DFL 251; y 51 del mismo cuerpo legal, que sanciona con la pena de estafa a la persona o entidad que ejerciere en cualquier forma el comercio de seguros, contraviniendo las normas contenidas en los Arts. 4 y 46 del citado DFL 251”).

Agrega que esta es una actividad que la doctrina denomina “reservada”, que debe ser ejercida por sociedades anónimas nacionales con giro exclusivo en el comercio de seguros, sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, debiendo contratar pólizas registradas en el depósito a cargo de esa entidad; obligada a constituir reservas técnicas y otras; y a ajustar los siniestros según la reglamentación especial.

Luego destaca que XX es una sociedad por acciones (SpA) que, conforme a sus estatutos, su objeto principal dice relación con contratos de servicios conocidos como contratos de extensión de garantía.

Expresa que se contraviene el Art. 4° del DFL 251, norma imperativa y que, por consiguiente, el contrato adolece de nulidad absoluta según los Arts. 1437, 1438, 1439, 1445, 1460 y 1466 del Código Civil, en relación con los Arts. 1681 y 1682 del mismo cuerpo legal, por ilicitud del objeto, que el Tribunal Arbitral incluso podría declarar de oficio sin perjuicio de la titularidad de ZZ, no obstante haber concurrido al otorgamiento del contrato viciado, puesto que al hacerlo desconocía por completo el vicio que le afectaba, por haber sido inducido por la actora a la celebración del contrato.

Añade que, declarada la nulidad del contrato, las partes deben ser repuestas al estado anterior a su celebración, teniendo XX como único derecho obtener la restitución del Bono pagado por la exclusividad que ZZ le otorgó.

¹ Superintendencia de Valores y Seguros: Actualmente Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Conforme Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, 23 de febrero de 2017 (16 de enero 2018).

B.- Alegaciones y excepciones subsidiarias:

1.- La demanda debe ser rechazada por cuanto la obligación de exclusividad que la actora da por incumplida a partir del 1° de enero de 2014, se extinguió el 31 de diciembre de 2013, en virtud de la terminación anticipada del contrato por incumplimiento de las obligaciones que éste le imponía a la demandante.

Señala que XX le imputa haber cesado injustificadamente, a partir del 1° de enero de 2014, en la venta de garantía extendida y haber celebrado un nuevo contrato semejante con TR, pero que el supuesto incumplimiento no se configura porque la obligación de exclusividad se extinguió conjuntamente con la terminación anticipada del contrato a partir del 31 de diciembre de 2013, decisión que adoptó ZZ frente a los incumplimientos de XX.

Señala que la decisión de poner término al contrato se adoptó el 29 de noviembre de 2013, con efecto a contar del 31 de diciembre del mismo año, comunicada a la actora sin que existiera rechazo de su parte, sino, por el contrario, manifestó entender la postura. En nota menciona correo electrónico de 3 de diciembre de 2013 de don Q.J., de XX, a don B.I. y don A.G., de ZZ, al cual se aludirá a propósito de la prueba documental.

Reitera que celebró el contrato con la convicción inducida por XX de que se trataba de intermediar un programa de garantía extendida, pero que con posterioridad advirtió que en verdad se trataba de contratos de seguro.

Expresa que ZZ entendió que, para el correcto funcionamiento de la garantía, era requisito esencial que XX no sólo cumpliera con las obligaciones en relación a los clientes/consumidores, sino con su contraparte ZZ, vendedor del producto e intermediario en la celebración del contrato que extiende la garantía. Se refiere a la Cláusula Cuarta del mismo e indica las obligaciones que imponía a XX, señalando que era con el propósito de que el negocio fuera eficiente frente al cliente/consumidor.

Añade que la que se perjudicó frente a los clientes fue ZZ; que no se proporcionó un “*strategic performance manager*”; que no se capacitó al personal de ZZ; que XX no actuó con la debida diligencia frente a los clientes que responsabilizaban a ZZ; que el “*call center*” fue centralizado en un país vecino; que no se estableció una plataforma tecnológica que facilitara la gestión de los servicios técnicos, etc.; y que los esfuerzos de ZZ para que XX cumpliera fueron infructuosos, en términos que hacía fines de 2013 la relación comercial habría sufrido un franco deterioro y desgaste que hacía inevitable sostener el contrato, por lo que el 29 de noviembre de 2013 ZZ decidió ponerle término, invitando a la contraria a coordinarse para determinar el monto de la parte no amortizada del Bono que correspondía restituir según Anexo E 1, no habiendo cuestionado XX esa decisión, sino que, al revés, por intermedio de su gerente general don Q.J., en correo electrónico de diciembre de 2013, la calificó como “*una buena decisión para ZZ*”, planteando la posibilidad de explotar otras líneas de negocios.

Concluye que la obligación de exclusividad se extinguió, junto con la terminación del contrato, el 31 de diciembre de 2013, quedando ZZ, a partir de esa de esa fecha, no sólo liberada de esa obligación, sino plenamente habilitada para vincularse contractualmente con otras compañías que ofrecieren el servicio de garantía extendida.

Por ello, señala que no estando vigente la obligación que la actora da por incumplida, la acción de resolución debe ser necesariamente desestimada, disponiéndose –según demanda reconventional– la restitución de la parte de la carta de crédito que la demandante cobró en exceso porque, como consta, XX no demandó perjuicios por el supuesto incumplimiento de esa obligación, siendo improcedente e ilegítimo el cobro total de la carta de crédito.

2.-En subsidio de la alegación anterior, la excepción de contrato no cumplido, excepción que debe conducir al rechazo de la demanda por cuanto el supuesto

incumplimiento de la obligación de exclusividad que la actora atribuye a ZZ no se configura frente al incumplimiento en que incurrió la demandante en relación a sus obligaciones propias y que asumió en el contrato de autos:

Da por reproducidos los incumplimientos que ya ha mencionado; cita el Art. 1552 del Código Civil; expresa que, por los incumplimientos de XX, es inexigible la obligación correlativa que asumió ZZ; que XX no demanda en esta parte perjuicio alguno, sino que se limita a informar al Tribunal que cobró la carta de crédito, pero lo cierto es que de acuerdo al citado Art. 1552 carece del derecho de demandar perjuicios, aun cuando procediera el cobro de la carta de crédito, por haber incumplido sus obligaciones propias y no configurarse el requisito de la mora respecto de ZZ.

3.-En subsidio de la excepción anterior solicitó que se declare que XX estaba impedida de cobrar la carta de crédito por no haberse declarado la terminación del contrato por incumplimiento de la obligación de exclusividad que se atribuye a ZZ y, asimismo, impedida de cobrar cualquier perjuicio derivado de su incumplimiento, por no haberlo demandado.

Expresa que, con fecha 23 de junio de 2014, XX comunicó a ZZ la decisión de poner término al contrato a contar de esa fecha, invocando el incumplimiento de ZZ y, en la misma comunicación formal, señaló que el *Bono* que había pagado por la exclusividad correspondía cobrarlo en la parte no amortizada, que valorizó en US\$601.000.

Añade que el 31 de julio de 2014 XX procedió al cobro de la carta de crédito en circunstancias que estaba impedida, constituyendo la demanda prueba del incumplimiento, de modo que procede su restitución hasta que el Tribunal resuelva sobre la acción de terminación.

Detalla cómo debía amortizarse la carta de crédito según Anexo E 1 del contrato y que ello se podía hacer conforme a su Cláusula Tercera: si el contrato terminaba por razón no imputable a XX; si ZZ no lograba vender antes del 1° de septiembre de 2017 contratos de servicios cuyos costos netos (descontados comisiones, gastos e impuestos) acumulados asciendan al menos al equivalente en pesos a UF 251.777,07; si ZZ no lograba implementar la totalidad de las sucursales a que alude el mismo Anexo (Cláusula Segunda b); y si XX no logra recuperar de algún otro modo el *Bono* del Intermediario antes del 1° de diciembre de 2017. Luego se refiere a la forma de calcular la parte no amortizada.

Añade que si se está a lo que XX indicó en su carta de 23 de junio de 2014 y que reitera en la demanda, la causal que invoca sería incumplimiento de la obligación de exclusividad, contemplada en el primero de los casos del Anexo E 1, o sea, incumplimiento no imputable a XX.

Agrega que la parte no amortizada, según cálculo de XX en la carta de 23 de julio de 2014, era de US\$601.000, pero que la cobró por un valor al momento en que se hizo efectiva (31 de julio de 2014) equivalente a US\$688.394,10, es decir, cobró en exceso US\$87.394.

Reitera que, para cobrar la carta de garantía era indispensable que el contrato terminare por causa no imputable a XX y que, más allá de la “terminación” según carta de 23 de junio de 2014, lo cierto es que hasta la fecha no se ha declarado tal terminación de acuerdo al procedimiento establecido en la convención, habiendo sido la propia actora quien, a través de la demanda, ha pedido que se declare la terminación del contrato, correspondiendo al Tribunal acogerla o rechazarla, no pudiendo emitir pronunciamiento acerca de si procede o no la restitución de la parte no amortizada de la carta de crédito y cuál es el porcentaje que procede restituir, porque no forma parte de las peticiones de la actora, de modo que si el Tribunal se extiende a estos aspectos, incurriría en *ultra petita*.

Luego imputa a XX autotutela contradictoria con la pretensión contenida en la demanda, que sólo es de resolución y pago de perjuicios; alega que el Tribunal debe declarar la improcedencia del cobro de la carta de crédito y ordenar la restitución a ZZ, lo que es materia de la reconvención; además, se debe declarar la improcedencia de tal cobro porque la actora no lo incluyó entre las peticiones de la demanda, de modo que aunque el Tribunal diere por establecido que ZZ infringió obligaciones, XX no tiene derecho a que se declare en su favor la facultad de cobrar la carta de crédito a título de perjuicios ni ningún otro, porque la carta de crédito no garantizaba perjuicios, sino sólo la recuperación de la parte no amortizada del *Bono* en la medida que el contrato terminara por causa no imputable a XX durante la vigencia pactada y no se demandó que se declarara que el cobro efectuado era procedente.

Reitera que XX no ha pedido en su demanda perjuicios por incumplimiento de la obligación de exclusividad, quedando impedido el Tribunal de emitir pronunciamientos, so pena de *ultra petita*.

4.-La demanda resolución de contrato y de perjuicios interpuesta por XX y que se funda en el incumplimiento de la obligación de obtener las ventas mínimas que supuestamente habría asumido ZZ debe ser rechazada, toda vez que dicha obligación no existe en el contrato y, como efecto de ello, tampoco existe el derecho correlativo de percibir el monto representativo de dichas ventas y que la actora alega a su favor:

Vuelve sobre la alegación de XX en el sentido que el contrato habría asegurado la percepción de un mínimo de ventas anuales y que ZZ incumplió el contrato al cesarlo a partir de enero de 2014. Agrega que tal obligación no existe porque ZZ no se obligó a obtener las ventas mínimas, ni se contempló el derecho de XX a percibir las a todo evento; se trataba de un resultado esperado al cual las partes aspiraban; y la obligación de ZZ era de medios y no de resultado.

Expresa que los únicos dos caminos que tenía XX, si no se obtenían las ventas mínimas dentro del plazo inicial de seis años, eran: (i) Extender el plazo del contrato por el tiempo necesario para que dichas ventas mínimas se obtuvieran; y (ii) Recuperación acelerada de la parte no amortizada del “*Bono*”, pagado por XX por la exclusividad en la venta de programas de garantía extendida.

Vuelve sobre el hecho que el contrato no habría establecido una obligación de resultado y que la obligación de ZZ se agotaba con la realización de las gestiones necesarias para alcanzar ese resultado, agregando que las obligaciones de ZZ están detalladas en la Cláusula Tercera del contrato, sin que contemple obtener las ventas mínimas esperadas como resultado asegurado, que en el contrato se definen o califican como “*esperadas*”, y no “*aseguradas*” o “*garantizadas*”.

Al respecto, transcribe la Cláusula Primera “*Definiciones*”, respecto de ventas mínimas; Tercera N° 7, en el mismo sentido que se trata de ventas mínimas “*esperadas*” durante los primeros seis años del contrato; Séptima “*Vigencia*”, que también emplea la palabra “*esperadas*”; y Tercera del Anexo E 1, que establece la posibilidad de recuperación acelerada del *Bono* si no se consigue el volumen de ventas que equivalen a las ventas mínimas, sin que se establezca sanción para ZZ ni derecho de reclamar perjuicios para XX.

5.-La acción de perjuicios debe ser rechazada por cuanto (i) es incompatible con la resolución del contrato y (ii) el monto de las ventas mínimas que la actora demanda a título de daño emergente, no constituye perjuicio que deba ser indemnizado por ZZ:

Vuelve sobre los únicos dos efectos previstos en el contrato por el hecho de no obtenerse las ventas mínimas dentro de los primeros seis años; sobre la negación de la obligación de resultado; que el contrato no contemplaba el derecho de XX de percibir las ventas mínimas en

su totalidad a título de perjuicios; que los resultados eran esperados; y que la acción de terminación es incompatible con la pretensión de obtener el pago de las ventas mínimas a título de daño emergente, puesto que declarada la resolución, la propia demandante es la que a través de su acción se pone en la imposibilidad de obtener el resultado esperado por haber demandado terminación y no cumplimiento forzado, ventas mínimas que no se podrán lograr nunca por una decisión propia.

Agrega que es improcedente demandar un resultado eventual a título de daño emergente y vuelve sobre los resultados esperados y eventuales, no asegurados, la mera expectativa, y la falta de certidumbre.

4.4. La demanda reconvenzional por parte de ZZ en contra de XX:

Rola a fojas 147 y siguientes y está contenida en el primer otrosí del escrito de contestación de demanda de fojas 112 y siguientes. La resumiremos siguiendo su estructura:

Al inicio resume a qué apunta, cual es restituir el monto de la carta de crédito, en primer término, por el total de UF 14.723,90, que al 19 de agosto de 2011 representó \$392.873.400; en subsidio, que se restituya el monto cobrado en exceso de la parte no amortizada, que asciende a \$124.205.131; y, en subsidio, que se restituya la parte no amortizada conforme a los propios cálculos de XX, que representa \$49.876.690, en todo caso, con intereses corrientes para operaciones no reajustables calculados entre el 31 de julio de 2014 y la fecha de su pago efectivo o, en subsidio, desde la notificación de la demanda hasta el pago efectivo, con costas.

I.- ANTECEDENTES GENERALES:

Destacaremos los acápites más relevantes:

1.- a 3.-: Vuelve a relatar el aspecto contractual relativo al pago de XX a ZZ denominado en el contrato “Bono” por UF 14.723,90, y que ZZ, como garantía de exclusividad y para que XX obtuviera en los casos previstos en la convención la recuperación acelerada y anticipada del “Bono”, contrató la carta de crédito “stand by” por el referido monto de UF 14.723,90, “bono” que se amortizaría durante los primeros seis años de vigencia del contrato y, sólo en los casos previstos por éste, se pactó que XX podía obtener la recuperación anticipada y parcial, según fórmula de la cláusula tercera del Anexo E 1 del contrato.

6.- Destaca que el 23 de noviembre de 2013 ZZ, frente a los incumplimientos de XX, que ha indicado en el Apartado B.1. de la contestación y que da por reproducidos, tomó la decisión de poner término al contrato a partir del 31 de diciembre de ese año y que XX estuvo dispuesta a coordinarse para llegar a un acuerdo acerca de la parte no amortizada del Bono a restituir; más aún, luego de precisar en carta de 24 de enero de 2014 las razones que justificaban la decisión de terminar anticipadamente el contrato, el 6 de febrero de 2014, siempre en la idea de evitar un conflicto con XX, ZZ le comunicó que aunque no estaba obligada a pagar, sí lo estaba a restituir la parte no amortizada del Bono, calculado aplicando la fórmula del Anexo E 1 por \$268.668.269. Agrega que no hubo respuesta de XX.

7.- Indica que posteriormente XX, imputando incumplimiento de la exclusividad, por carta de 23 de junio de 2014 comunicó a ZZ su decisión de poner término al contrato a partir de esa fecha, señalando que ya se había puesto término al contrato por decisión de ZZ a contar del 31 de diciembre de 2013, o sea, casi seis meses antes, siendo relevante destacar que, para fundar su decisión, invocó incumplimiento de ZZ sólo en cuanto a la exclusividad; precisó que el “Bono” correspondía cobrarlo en la parte no amortizada

según Anexo E 1; y valorizó esa pretensión en US\$601.000, a la fecha equivalente a \$334.841.140.

8.- Posteriormente, el 31 de julio de 2014, XX procedió al cobro total de la carta de crédito por un total de \$392.873.400, equivalentes a la fecha a US\$688.394, pese a que en la carta de 23 junio de 2014 el monto declarado, según sus propios cálculos, era sólo US\$601.000. Añade que XX no tenía derecho a cobrar suma alguna por cuanto ZZ nada incumplió.

II.- FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN RECONVENCIONAL:

1.-XX estaba impedida de cobrar suma alguna por parte no amortizada del Bono con cargo a la carta de crédito que garantizaba el cumplimiento de la obligación de exclusividad.

Expresa que la carta de crédito garantizaba la devolución del “Bono” que debía amortizarse durante los primeros seis años de vigencia del contrato, pero que podía, según procedimiento y cálculo de la Cláusula Tercera del Anexo E 1, ser recuperado parcial y anticipadamente a través del cobro de la carta de crédito, sólo en los casos, siempre y cuando, se cumplieran las condiciones que señala la Cláusula Tercera del referido Anexo: que el contrato terminare por razón no imputable a XX durante la vigencia pactada; que ZZ no lograra vender, antes del 1 de septiembre de 2017, contratos cuyos costos netos, es decir, descontados comisiones, gastos e impuestos acumulados, asciendan al menos al equivalente en pesos de UF 251.777,07; si ZZ no logra implementar la totalidad de las sucursales según Cláusula Segunda letra b) del Anexo E 1; y si XX no logra recuperar, de algún otro modo, el “Bono” antes del 1 de diciembre de 2017.

Expresa que no concurrió ninguna de estas condiciones y que XX hizo efectivo el cobro de la carta de crédito, invocando un supuesto incumplimiento de la obligación de exclusividad de un contrato que había terminado seis meses antes por causas imputables a XX, por lo que corresponde que el Tribunal declare la obligación de restituir el total.

Añade que si estamos a los términos de la acción de XX, se confirma la improcedencia del cobro que hizo de la carta de crédito y la obligación de restituirla, porque era condición esencial que se declarare el incumplimiento de ZZ y que, en razón de él, terminaba resuelto el contrato, en circunstancias que a la fecha en que XX procedió al cobro de la carta de crédito no se había producido ninguna de las situaciones que condicionaban la posibilidad de cobrar esa garantía, porque ni siquiera se había iniciado el procedimiento arbitral, de manera que mal se podía declarar incumplimiento alguno, ni menos la resolución del contrato, confirmándose que el cobro de XX contradice sus actos propios manifestados a través de la acción que interpuso en autos, debiendo obligarse a su restitución por la vía de acogerse la presente demanda.

Añade que la restitución procede a todo evento y aunque el Tribunal acogiera la acción de resolución de XX porque ejerció una acción de resolución fundada en dos supuestos incumplimientos de ZZ, a saber, exclusividad y ventas mínimas, pretendiendo que se trataba de sumas aseguradas.

Agrega que el incumplimiento de la obligación de exclusividad lo invoca sólo para fundar la resolución o terminación del contrato, pero no demanda perjuicios; tampoco el cobro de la suma representativa de la carta de crédito, ni que se declare su derecho a retener la suma representativa de la referida carta.

Concluye que aún en el improbable evento que se llegara a acoger la acción de resolución, igualmente el Tribunal debe acoger la acción reconvenzional, ordenando la restitución del valor cobrado porque no forma parte ni fue incluido en la demanda principal, en términos tales que el Tribunal tampoco podría ordenar pago o retención, total o parcial, del valor de esa carta, puesto que incurriría en *ultra petita*.

Acusa que el cobro de la carta de crédito carece de causa y que se trata de una autotutela, encontrándonos en presencia de un pago de lo no debido. Agrega falta de causa y que ella sea lícita (Art. 1467 del Código Civil).

Expresa que el acto jurídico consistente en el cobro de la carta de crédito para extinguir una obligación inexistente carece de causa, puesto que el motivo que autorizaba su realización según contrato había desaparecido conjuntamente con la terminación del contrato. Alude al pago de lo no debido, citando el Art. 2300 del Código Civil y que XX, por vías de hecho, ingresó a su patrimonio el total de la carta de crédito, estando obligada a restituirla, más intereses corrientes. Le imputa mala fe.

2. EN SUBSIDIO y en el improbable evento que el Tribunal acogiera la demanda de resolución de contrato y –aun actuando ultra petita– estimara que mi parte aceptó que la demandada reconvenzional cobrara la parte no amortizada del Bono, resolviéndose el derecho de esta última a retener la suma que ZZ estuvo dispuesta a restituir por este concepto, debe declararse la obligación de XX de devolver a nuestra representada el exceso entre la suma cobrada efectivamente y aquella que mi parte estuvo dispuesta a entregar, exceso que asciende a \$124.205.131.

Vuelve sobre la carta de 29 de noviembre de 2013, en que ZZ, por los incumplimientos imputados a XX, tomó la decisión de poner término al contrato a partir del 31 de diciembre de 2013, por lo que XX podía retener la parte no amortizada, habiéndose demostrado que ZZ estuvo dispuesto a coordinar la determinación de ese monto, pero que hubo silencio de la contraria, por lo que con carta de 6 de febrero de 2014 ZZ remitió el cálculo que había efectuado por la suma de US\$507.448, equivalente al 31 de diciembre de 2013, fecha a partir de la cual se puso término al contrato, a la suma de \$268.668.269.

Señala que exhortó a XX que revisara el cálculo e hiciera las observaciones que le mereciera, pero que guardó silencio y que, con posterioridad y bajo el supuesto incumplimiento de la obligación de exclusividad, ya terminado el contrato a partir del 31 de diciembre de 2013, por carta de 23 de junio de 2014 comunicó su decisión de poner término al contrato a partir de esa fecha, planteando un cálculo propio de la parte no amortizada por US\$601.000, equivalente a \$334.841.140, procediendo XX el 31 de julio de 2014 a cobrar el valor total de la carta de crédito por \$392.873.400.

Manifiesta que en la hipótesis que el Tribunal acogiere la acción de resolución por incumplimiento de la obligación de exclusividad y entienda que la disposición de ZZ en orden a restituir la parte no amortizada es vinculante, el Tribunal debe declarar la obligación de XX de restituir el exceso entre la suma cobrada y aquella que ZZ estuvo dispuesta a restituir.

Vuelve sobre la *ultra petita* y el hecho que ZZ estuvo dispuesta a restituir \$268.668.269 versus \$392.873.400 cobrados, o sea, \$124.205.131 en exceso.

3.- EN SUBSIDIO y, en el improbable evento que el Tribunal acoja la acción de resolución de contrato y –aun actuando de ultra petita– declare el derecho de la demandada reconvenzional de percibir la parte no amortizada del Bono garantizada con la carta de crédito, se debe disponer igualmente la obligación de XX de restituir

el monto cobrado en exceso por ese concepto, que, conforme a sus propios cálculos asciende a la fecha en que, sin derecho alguno hizo efectivo dicho documento, a la suma de \$49.876.690.

Cita la carta de 23 de julio de 2014 en que XX comunicó la decisión de poner término al contrato (expresa ya terminado a partir del 31 de diciembre de 2013), señalando que la causa por la cual le ponía término era el incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de ZZ y que ésta debía pagar la parte no amortizada del “Bono”, que estima en US\$601.000.

Añade que de los propios dichos de XX queda manifiesto que lo que ZZ debía pagar, en caso de incumplimiento de la obligación de exclusividad, era la parte no amortizada y que, más allá del monto de la parte no amortizada del “Bono” será muy inferior a la cantidad que se indicó en la carta de ZZ, esa suma no excedía del equivalente a US\$601.000.

Luego expresa que el 31 de julio de 2014 XX procedió en forma unilateral, sin que existiera resolución ni acuerdo de las partes, a cobrar el total de la carta de crédito por un valor de \$392.873.400, agregando que al 31 de julio de 2014, fecha de cobro de la carta de crédito, la suma de US\$601.000 en que XX calculó la parte no amortizada que ZZ debía restituir, era equivalente a \$342.996.710, o sea, \$49.876.690 menos que la cantidad que XX cobró ilegítimamente.

Concluye que, en esta hipótesis subsidiaria que necesariamente pasa por una sentencia viciada por *ultra petita*, el Tribunal debe declarar que XX debe restituir lo percibido en exceso respecto de su propio cálculo.

Reitera que respecto de las cantidades cobradas en exceso en las dos hipótesis planteadas como subsidiarias, el cobro carece de cusa, configurándose un pago de lo no debido (Arts. 1467 y 2300 del Código Civil).

4.- Intereses:

En todos los casos, reclama intereses corrientes para operaciones no reajustables calculados entre el 31 de julio de 2014 (fecha en que XX percibió los fondos) y la fecha en que proceda su devolución efectiva a ZZ o, en subsidio, los mismos intereses sobre las sumas a restituir entre la fecha de notificación de la demanda reconvencional y la restitución efectiva.

5.- Costas:

Pide condenación en costas.

4.5 La réplica en la demanda principal por parte de XX:

Por resolución de 30 de octubre de 2015, que rola a fojas 166, se tiene por contestada la demanda principal y, por considerarlo el Árbitro necesario, confiere traslado para replicar, a la vez que tiene por interpuesta la demanda reconvencional, confiriendo traslado para contestarla.

Igualmente la resumiremos siguiendo su estructura:

1.- EXCEPCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA

Reproduciendo las alegaciones de ZZ en este sentido, argumenta:

Primero: La nulidad no puede oponerse como excepción, sino necesariamente alegarse como acción, citando una jurisprudencia.

Segundo: Expresa que ZZ olvida el Art. 1683 del Código Civil, en el sentido que no puede alegar la nulidad el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato debiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Explica que ZZ se escuda en que XX le habría inducido o

engañado a celebrar el contrato y que, si así fuere, ZZ debió alegar algún vicio del consentimiento, lo que no hizo; y que sorprende la alegación porque apenas ZZ “sacó” a XX del negocio, celebró un mismo acuerdo de las mismas características con TR, que tampoco está registrada en la Superintendencia de Valores y Seguros. Se pregunta acaso TR también engañó a ZZ y el contrato adolecería de nulidad absoluta.

Tercero: ZZ incurre en un insubsanable error al indicar que el contrato adolecería de objeto ilícito por tratarse de uno de seguro sin cumplir con las exigencias legales, señalando que XX celebró un contrato de prestación de servicios, de intermediación o distribución, que no tiene similitud alguna con un contrato de seguro; y que la demandada confunde los contratos, puesto que el reproche sólo podría verificarse respecto de los contratos que XX celebró con quienes prorrogan la garantía del producto, no el contrato que celebraron ambas empresas, por lo que el reproche estaría mal dirigido.

Cuarto: XX no ejerce una actividad asegurativa porque la garantía extendida no es un contrato de seguro, sino un contrato de prestación de servicios de naturaleza jurídica y económica distinta, cual es crear, organizar y controlar una red de talleres de reparación, implementar un *call center* para atender los requerimientos y gestionar un servicio de entrega a domicilio. No indemniza la afectación de un riesgo cubierto, de la esencia del contrato de seguro, sino que presta el mismo servicio que cualquier proveedor, reparando o reemplazando.

Quinto: Cualquier reproche que ZZ impute al contrato celebrado con XX también afectaría la relación que actualmente mantiene con TR, que presta idéntico servicio de garantía extendida y que no cumple con los requisitos cuya ausencia ZZ reprocha a XX, porque no es una sociedad anónima especial, no tiene como giro exclusivo el comercio de seguros, no está inscrita ni registrada ante la Superintendencia de Valores y Seguros, no es supervisada en el desarrollo de su giro, no deposita o registra póliza, el contrato no es una póliza, las cajas de ZZ que ofrecen las garantías extendidas no son corredores de seguros, etc.

Concluye entonces que TR tampoco ejerce una actividad asegurativa.

2.- SUPUESTA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO

Expresa que ZZ alega que el contrato habría terminado, por la carta de 29 de noviembre de 2013, el 31 de diciembre de 2013, lo que estima contradictorio con la página 27 de su escrito de contestación, en que señala que, a la fecha, no se ha declarado la terminación del contrato, no siendo efectivo que el contrato haya terminado anticipadamente, señalando:

Primero: El contrato sólo puede ser terminado por mutuo acuerdo o declaración judicial, salvo que se contemple una forma especial. Hasta la fecha no hay acuerdo ni declaración judicial.

Segundo: ZZ señala que el contrato habría terminado por su comunicación de 29 de noviembre de 2013, pero es claro que no procedió acorde al contrato porque la Cláusula Séptima dispone que deben notificarse los incumplimientos a la otra parte, la que tiene 60 días para subsanarlo. ZZ no comunicó incumplimientos, ni menos pidió subsanarlos.

Tercero: ZZ dice que el aviso de terminación anticipada habría sido aceptado por XX, porque su gerente general manifestó por correo electrónico de 3 de diciembre de 2013 que entendía era una buena decisión para ZZ. Niega que XX haya aceptado la terminación del contrato; lo que ZZ reconoció expresamente en carta de 24 de enero de 2014 al manifestar que el contrato no había terminado por existir una expresa negativa de XX.

Cuarto: Destaca que en la página 14 y siguientes de la contestación se describen supuestos incumplimientos de XX, de todos los cuales se hace cargo: **a)** No poner a disposición de ZZ un *strategic performance manager*. lo niega; **b)** No se capacitó al personal de ZZ: lo niega; **c)**

No se cumplió diligentemente con el servicio prestado al cliente por la garantía extendida: lo niega; **d)** El *call center* fue centralizado en un país vecino: dice que el contrato no señaló que debía estar en Chile; y **e)** En cuanto a la plataforma tecnológica que facilitara la gestión de los servicios técnicos: se cumplió con la implementación del portal *web*.

Quinto: No es profesional y atenta contra la buena fe que ZZ alegue terminación del contrato en base a inexistentes incumplimientos, cuya entidad, por lo demás, constituye una parte mínima de la relación contractual. Se remite al principio de la buena fe objetiva del Art. 1546 del Código Civil, en el sentido que los incumplimientos deben revestir gravedad o ser esenciales, citando en nota a Luis Claro Solar y Carlos Pizarro Wilson.

Sexto: ZZ intentó dar por terminado el contrato imputando falsos incumplimientos, con la exclusiva finalidad de contratar con otro proveedor, se supone más favorablemente, el mismo servicio que prestaba XX, lo que califica como un incumplimiento flagrante, expreso y doloso.

3.- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Manifiesta que ZZ pretende compensar su incumplimiento de la obligación de exclusividad con supuestos incumplimientos de XX, tesis que no puede acogerse porque los últimos son inexistentes y, de existir, algunos se refieren a cuestiones puntuales y de menor importancia. En cambio, el incumplimiento de ZZ atentó con la esencia misma del contrato, pues no se podía desarrollar si paralelamente se dio la exclusividad a TR.

4.- ZZ SOLICITA A SJA DECLARAR QUE XX NO PODÍA COBRAR LA CARTA DE CRÉDITO POR NO HABERSE DECLARADO LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Lo refuta, porque:

Primero: ZZ incurre en contradicción, pues dice “a la fecha no se ha declarado la terminación del contrato” (página 27 de la contestación), intentando con ello justificar una supuesta ilegalidad en el cobro de la carta de crédito, en circunstancias que en el acápite B.1 (página 12 de la contestación) discurre sobre la supuesta terminación del contrato.

Segundo: XX no incurrió en falta al cobrar la carta de garantía, porque garantizaba la exclusividad en el desarrollo del contrato y era una garantía a primer requerimiento.

Alude al Anexo E y señala qué son las garantías a primer requerimiento, en términos que no es necesaria una declaración judicial, sin que pueda ZZ cuestionar acaso las razones eran o no valederas, lo que se reserva para un juicio posterior en que se reclame el cobro indebido, llamando la atención que ZZ no haya reclamado esta cuestión sino hasta que XX dedujo la demanda. Tampoco se requiere una declaración judicial de mera certeza. ZZ incumplió su obligación de exclusividad mientras estaba vigente el contrato.

5.- SOBRE LA SUPUESTA IMPROCEDENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR XX

Al respecto, expresa:

Primero: El entendimiento de ZZ es errado, citando la definición de “ventas mínimas” en la Cláusula Primera del contrato. También reproduce la definición de “Costo”.

Añade que la Cláusula Tercera señala a cuánto ascienden las ventas mínimas según cada año de vigencia del contrato, dando cuenta del monto que ZZ aseguró a XX, la que sabía exactamente que, al final del sexto año, su ganancia sería al menos de UF 251.777,05. Cita la cláusula relativa a la amortización de las ventas mínimas.

Señala que tan evidente es la obligación, que la Cláusula Séptima del contrato autorizó a XX a prorrogar la vigencia del contrato todo lo necesario para que se alcancen estas ventas

mínimas y, si no estaba garantizado el monto, la cláusula no tendría sentido, por lo que las ventas mínimas o “costos” son las sumas que ZZ aseguraba a XX.

Imputa a ZZ que intenta fundar su defensa en una revisión de 4 cláusulas (página 32 de su contestación), en circunstancias que las citadas en los puntos ii) y iii) están incompletas.

Concluye que de la revisión completa del contrato sólo se infiere que ZZ aseguró a XX una determinada cantidad y que la recibiría aunque tuviere que prorrogar el contrato, de modo que lo que se demanda no es una mera expectativa.

Segundo: En cuanto al monto demandado, expresa que ZZ discute que no se hayan descontado los costos asociados al contrato, alegación que expresa se opone a su texto expreso, porque la Cláusula Tercera letra b) del Anexo E 1 dispone que XX debía recibir el equivalente neto a UF 251.777,07, monto al que ya se habrían descontado comisiones, gastos e impuestos, por lo que no procede un doble descuento.

Indica que lo que plantea ZZ no tiene lógica jurídica porque le sería más beneficioso incumplir el contrato que cumplirlo y que, habiendo sacado a XX del negocio, pretenda hacer un doble descuento de todos los costos asociados, con lo que pagaría menos de lo que tendría que pagar en caso que hubiera honrado el contrato.

ZZ pretende ilícitamente compensar su deuda con los eventuales costos en que XX no incurriría, en circunstancias que de incurrir en ellos éstos no serían percibidos por ZZ, por lo que ZZ pretende beneficiarse de su incumplimiento, obteniendo un enriquecimiento o ganancia.

6.- SOBRE LA SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CON LOS PERJUICIOS RECLAMADOS Y SU PROCEDENCIA

Expresa que ZZ intenta imputar a XX la culpa por no alcanzar las ventas mínimas, pero olvida que unilateralmente dejó de ofrecer las garantías extendidas de XX y, al parecer, también olvida que contrató a TR.

Agrega que no hay incompatibilidad entre la acción ejercida y los perjuicios demandados porque del tenor del contrato fluye que las ventas mínimas no eran una expectativa de ganancia, sino un monto contractualmente asegurado, lo que tiene plena justificación económica.

En el otrosí acompaña diversos documentos, sobre los cuales se volverá al analizar la prueba documental espontánea:

- a) Contrato de prestación de servicios de 19 de agosto de 2011 (fojas 184 y siguientes): Es el ya analizado en el N° 1.
- b) Carta de ZZ a XX de 29 de noviembre de 2013, en que ZZ pretende dar término anticipado al contrato a partir del 31 de diciembre de 2013 (fojas 212).
- c) Carta de ZZ a XX de 24 de enero de 2014, en que reconoce que el contrato no había terminado por existir negativa de XX (fojas 213).
- d) Carta de XX a ZZ de 10 de febrero de 2014, en que XX reitera su negativa a dar término al contrato, pues su intención es que se mantenga vigente y le comunica que se ha tomado conocimiento que se dio acceso a sus canales de venta por parte de TR, incumpliendo la obligación de exclusividad y otorgándole 60 días para subsanarlo (fojas 215).
- e) Correo electrónico de 9 de septiembre de 2013 enviado por don N.P. (XX) a don B.I. (ZZ), relativo a reunión de 5 de septiembre de 2013 en que se instruyó lo relativo al portal web de reclamos y se informaron los avances del portal para control de productos de reemplazo (fojas 217).

f) Presentación del portal *web* de reclamos (fojas 218).

g) Informe post-venta de noviembre de 2013, en que informa el funcionamiento del “*call center*”, el seguimiento de los casos y la propuesta de mejora (fojas 246).

4.6. La contestación a la demanda reconvenzional por parte de XX: Rola a fojas 261 y siguientes y comienza resumiendo lo que pretende ZZ.

A continuación, nos referiremos a ella siguiendo su estructura:

1.- XX COBRÓ LEGÍTIMAMENTE LA CARTA DE CRÉDITO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE ZZ

Primero: Expresa que XX procedió de tal manera ante el incumplimiento de ZZ y que nada corresponde restituir porque ZZ no ha dado ni entregado nada a XX, pues lo cierto es que quien entregó dinero fue XX a ZZ (UF 14.723,90), y de allí la carta de crédito tendiente a asegurar su restitución.

Segundo: Señala que XX cobró legítimamente la carta de crédito frente al flagrante incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de ZZ; que no requería declaración judicial porque era una carta de crédito a primer requerimiento; que XX podía cobrar la carta de crédito en cuanto estimara que había sido incumplida la obligación de exclusividad; y que cualquiera reclamación de ZZ sobre la legalidad del cobro debía reservarse para instancia judicial posterior; que no ha habido autotutela; que la alegación de ZZ en cuanto a que no habría incumplido la obligación de exclusividad porque el contrato habría terminado el 31 de diciembre de 2013 en virtud de la carta de 29 de noviembre del mismo año, es falsa, porque en carta de 24 de enero de 2014 ZZ reconoció expresamente que el contrato no había terminado.

Derechamente imputa a ZZ un incumplimiento doloso para poder hacer lo mismo a través de TR, agregando que con anterioridad ZZ no se ha quejado por el cobro de la carta de crédito.

Tercero: Reitera que el cobro de la carta de crédito fue justificado y procedente, porque ZZ incumplió abierta y flagrantemente su obligación de exclusividad durante la vigencia del contrato. Añade que no sólo el Anexo E 1 señala las causales en virtud de las cuales se autoriza el cobro de la carta de crédito, sino que la Cláusula Quinta del contrato contempla expresamente que procederá su cobro cuando el Intermediario (ZZ) incumpla su obligación de exclusividad.

Cuarto: Expresa que hace notar al Tribunal que llama la atención que ZZ no se haya quejado del cobro de la carta de crédito sino luego que XX dedujo su demanda.

2.- RESPECTO DE LAS SUMAS QUE XX SUPUESTAMENTE COBRÓ EN EXCESO Y QUE RECLAMA ZZ

Dejando constancia que ZZ deduce dos pretensiones subsidiarias por supuestos cobros en exceso de la carta de crédito, expresa que ninguna de ellas puede ser acogida, según se pasa a revisar:

Primero: Expresando que en subsidio de su demanda principal ZZ pide la restitución de \$124.205.131 correspondientes a la suma cobrada por XX que excede la parte que ZZ estuvo dispuesto a pagar, manifiesta que las obligaciones no se extinguen cuando el deudor entrega aquello a lo que está dispuesto, sino cuando paga lo que debe conforme al tenor de la obligación (Arts. 1568 y 1569 del Código Civil).

Manifiesta que la alegación carece de asidero, pues la parte amortizada de la carta de crédito es mucho menor que la referida cantidad y añade que la demandante reconvenzional no explica ni justifica de qué forma llegó al monto pretendido.

Segundo: Recordando que en subsidio de la pretensión subsidiaria ZZ solicita la restitución de \$49.876.690, y que en carta de 31 de julio de 2014 XX habría reconocido que la parte no amortizada de la garantía sólo corresponde a US\$601.000, en circunstancias que al hacer efectiva la carta de crédito procedió a cobrarla íntegramente, manifiesta que no es efectivo, porque el cálculo de la parte no amortizada de la carta de crédito se realiza según la fórmula contemplada en el Anexo E 1 del contrato, agregando que se cobró íntegramente porque ZZ no entregó datos fidedignos sobre las ventas reales, por lo que si bien estimó preliminarmente que la parte no amortizada era del orden de US\$601.000, no hubo ningún respaldo de esta circunstancia por parte de ZZ. Concluye que sólo corresponde el pago de \$49.876.690 si ZZ acredita fehacientemente a cuánto ascendieron las ventas reales al 31 de julio de 2014.

Tercero: Respecto de los intereses, expresa que sólo podrían calcularse desde que la sentencia quede ejecutoriada, no desde su notificación ni menos el cobro de la carta de crédito, puesto que la sentencia sería declarativa de derechos.

En el primer otrosí, refiriéndose a la alegación de ZZ en cuanto a la nulidad absoluta del contrato de autos, reitera que TR presta el mismo servicio y, por ello, pide respecto de ZZ exhibir todos los contratos suscritos con las empresas del Holding TR desde el año 2012 en adelante, en particular, lo relativo a prestación de servicios de intermediación de contratos de extensión de garantía.

Por su parte, en cuanto a TR, pide otro tanto y los antecedentes relativos a su constitución, inscripción en la Superintendencia de pólizas y registro de corredores.

Acompaña, con citación, garantías extendidas por TR (fojas 271).

Sobre esta prueba documental, provocada y espontánea, se volverá al analizar la prueba.

4.7. Dúplica principal por parte de ZZ:

Por resolución de 11 de noviembre de 2015 (fojas 273), se tiene por evacuada la réplica principal y se confiere traslado para duplicar, escrito que se agrega a fojas 274 y siguientes y que también resumiremos siguiendo su estructura:

A.- Excepción de nulidad absoluta del contrato:

1. Resulta plenamente procedente alegar la nulidad absoluta como excepción, no existiendo norma alguna que sustente la postura que asume la actora:

Vuelve sobre su argumento citando a Arturo Alessandri Besa, quien se refiere a lo que ocurre en el juicio ejecutivo. También vuelve sobre el hecho que el Tribunal podría declararla de oficio, supuesto que aparezca de manifiesto en el contrato.

2. ZZ se encuentra plenamente habilitada para alegar la nulidad absoluta del contrato, no siendo aplicable a su respecto la norma del Art. 1683 del Código Civil:

Refuta que le sea aplicable la indignidad del citado precepto, señalando que ZZ no conoció el vicio ni estuvo en condiciones de conocerlo, porque XX le presentó un modelo de negocio y contrato redactado en que disimulaba su real naturaleza jurídica.

Agrega que ello se habría mantenido hasta que ZZ obtuvo asesoría letrada.

Añade que ZZ no fue informada por XX respecto de los vicios, por lo que no habría actuado de buena fe.

3. El contrato celebrado por las partes, no es un contrato de prestación de servicios como se aparenta y alega XX en la réplica, sino que es un contrato de seguro celebrado con infracción a los Arts. 512 del Código de Comercio y 4° del DFL 251 de 1931, lo que deriva en su nulidad absoluta:

Refuta que el contrato sea de prestación de servicios, porque ZZ actuaba como intermediario de XX. Esta asumía riesgos de pérdida o deterioro de bienes

comercializados por ZZ, sin ser su fabricante ni vendedor y que, a cambio de ello, recibía un precio.

Agrega que la causa de la obligación indemnizatoria no es la responsabilidad del fabricante o vendedor, sino el pago de una suma de dinero, con la que XX constituye un fondo del que extrae los recursos para reemplazar en dinero o en especie, o reparar los bienes dañados o perdidos, quedándose con un margen de utilidad. Cita los Arts. 512 y 513 del Código de Comercio, este último cuando define al “asegurado” y al “asegurador”. Vuelve sobre el hecho que XX es una sociedad por acciones y no una sociedad anónima. Respecto al argumento de XX que distingue los contratos, dice que también es nulo el contrato celebrado entre XX y ZZ por ser su objeto la intermediación de contratos de seguro por cuenta de un mandante que no es compañía de seguro, contraviniéndose el Art. 4° del DFL 251 de 1931.

B. Dúplica a otras alegaciones:

1.- Terminación anticipada del contrato:

Alega que la carta en que se terminaba el contrato al 31 de diciembre de 2013 no fue rechazada inicialmente por XX, sino que, por el contrario, fue calificada como una buena decisión para ZZ. Por ello, estima que el contrato terminó en forma anticipada, señalando que la postura de XX luego cambió, para cobrar la carta de crédito y exigir una improcedente indemnización de perjuicios. En cuanto a la contradicción que representa XX, dice que los argumentos están en alegaciones no simultáneas, sino una en subsidio de la otra.

Expresa que XX incurre en una doble terminación del contrato para justificar su pretensión indemnizatoria, a saber, para cobrar la carta de crédito, da por terminada la convención seis meses después que ZZ le había notificado la decisión de no perseverar por los incumplimientos de XX, y luego, olvidándose de esa terminación, la demanda nuevamente ante el Tribunal Arbitral con el objeto de justificar el cobro de una indemnización adicional. Expresa que no se puede declarar terminado un contrato dos veces. Reitera los incumplimientos de XX y agrega que ZZ comprometió su prestigio en la relación con sus clientes.

2.- Excepción de contrato no cumplido:

Destacando que XX sostiene la improcedencia de la excepción por no haber incumplimiento de su parte y, de haberlo, se trataría de cuestiones puntuales y de menor importancia en la relación contractual, expresa que tradicionalmente se ha sostenido, con base en el Art. 1489 del Código Civil, que cualquier incumplimiento es suficiente para demandar la resolución, sin discriminar entre obligaciones principales o secundarias o de menor relevancia en la relación contractual. Sin embargo, admite que otros autores y jurisprudencia han hecho la distinción en que pretende asilarse XX al sostener que los incumplimientos que mi parte le atribuye tendrían un carácter secundario o menor. Concluye que si la doctrina señalada, aunque no unánime, puede ser atendible, no es la aplicación que la contraria pretende hacer de ella al caso *sub-lite*, puesto que los incumplimientos fueron reiterados, graves y fundamentales.

3.- Improcedencia del cobro de la carta de crédito:

Argumenta que XX se encontraba impedida de cobrarla, lo que se confirma con la acción ejercida en autos, en que ha imputado a ZZ incumplimiento que exige declaración judicial, de modo que mientras ésta no se emita confirmando el incumplimiento, no puede cobrar la carta de garantía y, si lo hizo, debe restituirla.

4.- Inexistencia de la obligación de ventas mínimas aseguradas. Improcedencia de los perjuicios reclamados por esta vía:

Vuelve sobre lo mismo en el sentido que las ventas esperadas no estaban aseguradas, la obligación era de medios y nunca de resultado, y el hecho que los únicos dos efectos que se establecían para el caso que no se obtuvieran las ventas mínimas eran la facultad de XX de extender el plazo para que se alcanzaren, o la recuperación acelerada de la parte no amortizada del *Bono*.

También disputa que se puedan reclamar a título de daño emergente, porque el valor no se integró nunca al patrimonio de la demandante, de modo que el perjuicio no sería cierto.

5.- En cuanto a la incompatibilidad de la acción de perjuicios con la de resolución de contrato:

Expresa que XX no entendió el argumento, pues lo concreto es que si demanda la resolución que le permitiría hipotéticamente obtener las ventas mínimas, esa acción de ser acogida le impide obtener el resultado esperado, porque como consecuencia de la resolución tales ventas no se podrán lograr nunca, lo que sería distinto a si hubiese demandado el cumplimiento forzado.

4.8. La réplica en la demanda reconvenicional por parte de ZZ.

Por resolución de 20 de noviembre de 2015 (fojas 298), se tiene por evacuada la dúplica respecto de la demanda principal y se expresa que, en lo demás, se proveerá una vez agotado el período de discusión respecto de la demanda reconvenicional, debiendo recordarse que por resolución de 16 de noviembre de 2015 (fojas 273), se había conferido traslado para replicar en la demanda reconvenicional, escrito que rola a fojas 299 y siguientes.

La resumiremos siguiendo su estructura:

A.- EN CUANTO A LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DEL TOTAL DE LA SUMA REPRESENTATIVA DE LA CARTA DE CRÉDITO COBRADA INDEBIDAMENTE POR XX:

Se resume lo expresado por la demandada reconvenicional en el sentido que (i) Sería improcedente ordenar la restitución del monto cobrado por cuanto dichas sumas no habrían sido de propiedad de ZZ; y (ii) Que el cobro fue legítimo, justificado y procedente, por estar fundado en el supuesto incumplimiento de la obligación de exclusividad en que habría incurrido ZZ.

1.- Es falso que las sumas cuya restitución reclama ZZ y que corresponden al monto cobrado por la carta de crédito no sean de su propiedad:

Expresa que el pago del *“Bono”* debía efectuarse después que ZZ hubiese tomado la carta de crédito, que es la garantía que debía contratar para caucionar la obligación de exclusividad, carta que ZZ tomó con recursos propios y cuando se cobró el Banco la pagó con recursos propios.

2.- No es efectivo que el cobro de la carta de crédito sea legítimo, justificado y procedente toda vez que la causa que la demandada reconvenicional invoca para justificarlo no se configura:

Se refiere a lo relativo a *“garantía a primer requerimiento”*, reconociendo que en teoría es así, como asimismo atendida la naturaleza del documento, pero que el cobro fue injustificado porque se ha invocado un incumplimiento contractual por parte de ZZ no configurado ni declarado judicialmente, puesto que para que procediera era necesario que el contrato terminara por causa no imputable a XX, que ZZ hubiese incumplido la obligación de exclusividad, y que se determinare el monto de la parte no amortizada.

Repite que fue XX la que da por terminado el contrato aplicando las reglas del Anexo E 1, en particular aquella relativa a la suma que tendría derecho a recuperar –contra la carta de crédito– como parte no amortizada del *Bono*.

Reitera que ZZ nada ha infringido durante la vigencia del contrato y menos la obligación de exclusividad, insistiendo en que a partir del 1° de enero la obligación de exclusividad ya no era exigible, porque ZZ terminó el contrato.

Señala que la carta enviada por ZZ el 24 de enero de 2014, cuya respuesta XX dice que ZZ reconoce que el contrato no habría terminado, lo niega porque no contiene tal reconocimiento.

B.- EN CUANTO A LAS PETICIONES SUBSIDIARIAS DE RESTITUCIÓN PARCIAL DE LAS SUMAS COBRADAS EN EXCESO CONTRA LA CARTA DE CRÉDITO:

1.- Exceso sobre la suma que ZZ estuvo dispuesta y ofreció pagar por concepto de recupero acelerado de la parte no amortizada del *Bono*.

2.- Exceso sobre la suma que XX calculó que correspondía restituir por concepto de recupero acelerado de la parte no amortizada del *Bono*:

En estos dos aspectos, reitera sus alegaciones contenidas en la demanda reconvenicional.

C.- PAGO DE INTERESES:

Reitera su alegación anterior, pero agrega la imputación de mala fe respecto de las actuaciones de XX a partir de la fecha en que se le comunicó la terminación del contrato.

4.9. Dúplica en la demanda reconvenicional por parte de XX:

Por resolución de 24 de noviembre de 2015, que rola a fojas 310, se tiene por evacuada la réplica en la acción reconvenicional y se confiere traslado para duplicar, escrito que rola a fojas 311 y siguientes, el que resumiremos siguiendo su estructura:

1.- SOBRE LA SUPUESTA PROCEDENCIA DE LA “RESTITUCIÓN” A ZZ:

Se refiere al hecho que ZZ alega que contrató la carta de crédito con recursos propios, por lo que XX se habría apropiado de su dinero al cobrarla, lo que califica como un error y que ignora la lógica económica tras la carta de crédito y el contrato.

Señala que la obligación de exclusividad y la carta de crédito eran dos caras de la misma moneda y que no es efectivo que ZZ habría entregado recíprocamente la misma cantidad, porque lo cierto es que previamente había recibido de XX el mismo monto de la carta de crédito para asegurar la obligación de exclusividad, en términos tales que una lectura ligera del contrato podría llevar a la conclusión que ambas partes se entregaron recíprocamente la misma cantidad de dinero, lo que no es exacto, porque ZZ tomó la carta de garantía, pero a su vez recibió dicha cantidad de dinero por medio del “*Bono*” que XX le pagó, o sea, no sufrió disminución patrimonial, a diferencia de XX, que sí la experimentó. Concluye que si ZZ hubiere cumplido con la obligación de exclusividad, se habría quedado con la totalidad del *Bono* y la carta de crédito no se habría hecho efectiva.

2.- EL COBRO DE LA CARTA DE CRÉDITO FUE TOTALMENTE PROCEDENTE:

Refuta el argumento de ZZ en el sentido que el contrato terminó el 31 de diciembre de 2013, reiterando que los contratos sólo pueden terminar por mutuo acuerdo o declaración judicial, salvo que el contrato disponga otra cosa.

Agrega que no ha existido tal acuerdo ni menos declaración judicial, por lo que el contrato evidentemente no ha terminado y que ZZ no cumplió con la forma para dar término anticipado al contrato y, más aún, hubo rechazo expreso a esa terminación.

Añade que el contrato sólo podría haber terminado 60 días después del envío de la carta de ZZ, pero lo cierto es que dejó de ofrecer las garantías extendidas de XX antes de los 60 días señalados en el contrato.

3.- RESPECTO DE LA RESTITUCIÓN PARCIAL DE LA CARTA DE CRÉDITO:

Expresa que la ecuación contenida en el contrato hacía imposible que XX calculara adecuadamente la parte no amortizada, pues uno de los factores se calculaba con antecedentes que sólo tenía ZZ.

4.- RESPECTO DE LA SUPUESTA NULIDAD DEL CONTRATO:

Alega que XX está violando el Art. 312 del Código de Procedimiento Civil, pues en la contestación imputó que el contrato adolecía de objeto ilícito al ser desarrollado sin cumplir una serie de exigencias legales, mientras que ahora manifiesta que el contrato también es nulo porque su objeto es acordar la intermediación de contratos de seguro (página 10 de su dúplica), contraviniendo el Art. 312 del Código de Procedimiento Civil.

Luego expresa que el Art. 4° del DFL 251 no es una norma prohibitiva, por lo que el contrato no adolece de vicio alguno.

5.- RESPECTO DE LA LÓGICA ECONÓMICA DEL CONTRATO:

Señala que ZZ sabía que el negocio debía ser atractivo para XX, por lo que le aseguró una determinada cantidad mínima que cubriera los porcentajes de falla de los productos.

En el otrosí acompaña acta notarial que da cuenta que se comprobó el 29 de enero de 2014, comprando un celular, que se ofreció una garantía extendida por parte de TR (fojas 319). Luego está la garantía extendida.

5. PERÍODO DE CONCILIACIÓN:

Por resolución de 3 de diciembre de 2015, que rola a fojas 325, se tuvo por evacuada la dúplica en la acción reconvenzional y por resolución de 7 de diciembre de 2015, que rola a fojas 331, se citó a las partes a audiencia de conciliación para el 15 de diciembre de 2015, pero por escrito de fojas 335 las partes la suspendieron de común acuerdo solicitando nuevo día y hora para el 3 de marzo de 2016, petición a la que este Árbitro accedió por resolución de 13 de enero de 2016, que rola a fojas 336. Sin embargo, por resolución de 1° de marzo de 2016, que rola a fojas 337, por razones de salud, el Árbitro debió suspenderla, fijando como nuevo día al efecto el 10 de marzo de 2016.

El Acta de la respectiva audiencia rola a fojas 338 y en ella consta que no se alcanzó conciliación. En dicha audiencia el Árbitro propuso bases de arreglo, haciendo entrega de un documento que, por su naturaleza, no fue agregado a los autos.

6.- PERÍODO DE PRUEBA:

6.1. Interlocutoria de prueba:

- a) Por resolución de 11 de marzo de 2016, que rola a fojas 339, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes, los que siguen:
“1. Negociaciones preliminares y contrato celebrado entre las partes. Sus estipulaciones. Vigencia, hechos y circunstancias.

2. *Cumplimiento de las obligaciones contractuales. Hechos y circunstancias.*
3. *Perjuicios que habrían experimentado las partes con ocasión del incumplimiento de obligaciones contractuales. Causas, Naturaleza. Circunstancias y entidades”.*
- b) Por escrito que rola a fojas 341, XX interpuso recurso de reposición solicitando la agregación de un cuarto punto, del siguiente tenor: *“Existencia de acuerdo entre ZZ y terceras empresas para intermediar contratos de garantías extendidas que constituyan incumplimiento de la obligación de exclusividad. Vigencia y estipulaciones”.*
- c) Por su parte, ZZ interpuso idéntico recurso a fojas 343, en los siguientes términos:
1. La modificación del punto N° 1, de manera que quedare redactado en los siguientes términos: *“Negociaciones preliminares y contrato celebrado entre las partes. Sus estipulaciones. Vigencia. Hechos y circunstancias. Hechos que configuran vicios que afectan la validez del mismo contrato”.*
2. Se modificare el punto N° 2, de manera que quedare redactado en los siguientes términos: *“Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones contractuales. Hechos y circunstancias”.*
3. Se agregara un punto N° 4 del siguiente tenor: *“Procedencia del cobro por parte de la demandada reconvencional del total de la carta de crédito con cargo a parte no amortizada del Bono. Hechos y circunstancias”.*
- d) Por resolución de 17 de marzo de 2016, que rola a fojas 341, se confirió traslado de las reposiciones, habiéndolo evacuado XX por escrito que rola a fojas 346 y ZZ por escrito que rola a fojas 348.
- e) Por resolución de 23 de marzo de 2016, que rola a fojas 350, el Árbitro rechazó ambos recursos de reposición.

[Se extracta de la sentencia detalle de la prueba rendida]

6.2. Prueba documental.

6.2.1. Espontánea.

6.2.1.1. Producida por XX.

6.2.1.2. Producida por ZZ.

6.2.2. Provocada.

6.2.2.1. A requerimiento de XX.

6.2.2.2. A requerimiento de ZZ.

6.2.3. Percepción documental.

6.3. Prueba testimonial.

6.3.1. Producida por XX.

6.3.2. Producida por parte de ZZ.

6.4. Prueba confesional.

6.4.5. Prueba pericial.

6.5. Observaciones a la prueba.

6.5.1. Por parte de XX.

Las formula por escrito que rola a fojas 983, que se pasa a resumir conforme a su estructura:

Capítulo Primero. BREVE RESUMEN DE LA CONTROVERSIA:

Destaca que XX demandó terminación de contrato con indemnización de perjuicios; que ZZ debía actuar como Intermediario de las garantías extendidas; y que la demanda se funda en el incumplimiento de la obligación de exclusividad por parte de ZZ, que dejó de vender las garantías extendidas de XX desde el 1° de enero de 2014 y, en su lugar, vendió, en idénticos términos, las garantías extendidas por su competencia TRa), por lo que se demandó terminación judicial del contrato e indemnización de los perjuicios causados, que equivalen al monto de las ventas mínimas. Agrega que ZZ alegó primeramente la nulidad absoluta del contrato y, en subsidio, negó el incumplimiento imputado y desconoció que las ventas mínimas hayan sido aseguradas, alegando supuestos incumplimientos en los que habría incurrido XX, e imputando la supuesta improcedencia del cobro de la carta de crédito. Junto con ello, dedujo demanda reconvencional solicitando la restitución total de la carta de crédito o, en subsidio, las cantidades que señala.

Capítulo Segundo. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

Destaca que, previo a revisar la prueba, formula las siguientes consideraciones:

Primero: ZZ alega la nulidad absoluta del contrato y que, si así fuere, debe dar término también al vínculo que desde noviembre de 2013 mantiene con TRa), pues ambos contratos son análogos, a saber, tienen el mismo objeto, en ambos el servicio es ofrecido por empresas que no son corredoras de seguros; en ambos ZZ aseguró una cantidad de “ventas mínimas” a su contraparte; en ambos se pagó a ZZ por la exclusividad en sus canales de venta; y ambos contratos tenían la posibilidad de ser prorrogados en caso de no cumplirse las ventas mínimas.

Segundo: ZZ incumplió su deber de exclusividad, pues el contrato con TRa) fue suscrito el 7 de noviembre de 2013, vigente el vínculo con XX. Lo anterior aunque se acogiera la tesis de ZZ en el sentido que el contrato con XX habría terminado el 31 de diciembre de 2013.

Tercero: Para ZZ el contrato suscrito con TRa) era más beneficioso que el firmado con XX, lo cual permite entender dos cuestiones: (i) que ZZ califique como “graves incumplimientos” cinco situaciones puntuales y aisladas, en circunstancias que se vendieron miles de garantías extendidas durante los 27 meses; y (ii) que ZZ sólo haya reprochado el actuar de XX después de firmar el nuevo contrato con TRa).

Cuarto: El monto demandado corresponde a daño emergente porque el contrato aseguró dicha cantidad, no siendo una ganancia esperada (lucro cesante), pues de lo contrario no habría tenido sentido la facultad de XX de prorrogar discrecionalmente el contrato hasta alcanzar las ventas mínimas. Lo dicho sin perjuicio que, siendo una cuestión jurídica, el Árbitro puede darle la connotación de lucro cesante a lo demandado conforme al principio “*iura novit curia*”.

Quinto: ZZ alega que XX no tenía derecho a las ventas mínimas porque no demandó aquella parte de los primeros 27 meses que no recibió, lo cual implica confundir la causa con el efecto, que estima es un error. Las ventas mínimas estaban aseguradas por la existencia de la cláusula que permite prorrogar la vigencia del contrato.

Sexto: La circunstancia que el perito haya señalado que no se debe considerar el IVA, no afecta la cantidad señalada en la parte petitoria de la demanda, puesto que como lo señala la cláusula tercera del Anexo E 1 “Bono”, lo que debía recibir XX al final del contrato es la cantidad neta de UF 251.777,07, lo que obviamente implica que se debía recibir esta cantidad después de descontar las comisiones, gastos e impuestos. Concluye que ZZ ha evidenciado que no quiere asumir las consecuencias del contrato, por lo que debe ser sancionada obligándole a pagar todo lo adeudado, y no premiándole dejando de pagar lo que debe.

Capítulo Tercero. LA SUPUESTA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO:

Expresa que cualquier reproche que ZZ haga al contrato también se verificaría respecto de la relación que mantiene con TRa) y, en lo relativo al aspecto formal, que la alegación debe ser rechazada por las siguientes razones:

Primero: La indignidad de ZZ para alegar la nulidad absoluta, por aplicación del principio *nemo auditur* consagrado en el Art. 1683 del Código Civil.

Segundo: ZZ confunde distintos contratos, pues el reproche que hace sólo podría referirse a los contratos que XX celebró con quienes prorrogan la garantía de los productos adquiridos en las tiendas de ZZ, pero no al contrato que celebraron ambas empresas, pues este último es de intermediación o distribución, no teniendo similitud con un contrato de seguro.

En lo relativo al fondo, manifiesta que la alegación también carece de asidero por las siguientes razones:

Primero: XX no ejerce una actividad asegurativa porque la garantía extendida no es un contrato de seguro, sino un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud XX crea, organiza y controla una red de talleres de reparación e implementa un *call center* para atender los requerimientos de sus clientes.

Segundo: En cuanto a la ilicitud del objeto, ello no se funda en ninguna de las hipótesis sancionadas por la ley, puesto que el Art. 4 del DFL 251 de 1931 no es una norma prohibitiva, desde el momento que sólo exige cumplir con ciertos requisitos para desarrollar la actividad, pero no impide desarrollarla, citando los Arts. 10 y 1466 del Código Civil, que sólo sancionan con nulidad por objeto ilícito los actos o contratos prohibidos por la ley y no los que tienen una regulación específica.

Capítulo Cuarto. LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR ZZ Y SU INCUMPLIMIENTO:

Manifiesta que ZZ incumplió de mala fe sus obligaciones de exclusividad y de “ventas mínimas”.

1.- Obligación de exclusividad

a) Refiere la Cláusula Quinta del contrato, la que obliga a ZZ a *“abstenerse de celebrar contratos, convenios y acuerdos, así como aceptar comisiones o encargos de naturaleza igual o similar a los establecidos en el presente contrato, ya sea para comercializar servicios similares, equivalentes o complementarios al Programa de Garantía Extendida ofrecido por XX...”*

Expresa que ZZ incumplió flagrantemente esta obligación por las siguientes razones:

Primero: El 7 de noviembre de 2013 suscribió con TRa) un contrato de análogas características al celebrado con XX; y que ha reconocido que a esa fecha el vínculo con XX estaba vigente, puesto que sostiene –aunque inviablemente– que dicho contrato habría terminado el 31 de diciembre de 2013.

Segundo: El 29 de enero de 2014 el Notario Público certifica haber realizado una compra en la sucursal de ZZ en la ciudad de CC, en que se le ofreció y compró una garantía extendida de TR, nombre de fantasía de TRa), y que ZZ pretende excusarse señalando que el contrato con XX terminó el 31 de diciembre de 2013 en virtud de la carta de 29 de noviembre del año, por lo que podía libremente vender las garantías extendidas de terceros.

Agrega que lo anterior carece de importancia, desde el momento que la firma del contrato con TRa) ocurrió en una época en que no existe controversia sobre la vigencia del contrato con XX, sin perjuicio que la carta no fue enviada de acuerdo al protocolo establecido, pues no notificó los incumplimientos que imputa y, de hecho, ni siquiera los mencionó ni pidió subsanarlos. Concluye que ZZ no tenía ninguna intención de que los supuestos incumplimientos fueran subsanados, pues tres semanas antes del envío de la carta ya había suscrito su nuevo contrato con TRa).

Concluye que ZZ incumplió su obligación de exclusividad tanto (i) al haber suscrito el contrato con TRa); (ii) al haber promocionado, ofrecido y vendido las garantías extendidas de TRa) (bajo el nombre de fantasía TR); y (iii) al haber dejado en consecuencia de promocionar, ofrecer y vender las garantías extendidas por XX.

b) ZZ incumplió esta obligación de mala fe.

Argumenta que mientras XX cumplía plenamente sus obligaciones contractuales, ZZ negoció y firmó en forma paralela e ilegítima el contrato de garantías extendidas con TRa) y sólo después de ello reprobó el actuar de XX, pues antes de la firma no existió ningún reproche, por lo que los incumplimientos que le imputa, los califica como una “burda excusa” para contratar el mismo servicio bajo condiciones económicas más ventajosas.

2.- Obligación de “ventas mínimas”

a) Expresa que le estaban contractualmente aseguradas a XX por las siguientes razones:

Primero: Porque se extrae de su definición contractual, en el sentido que “es el volumen mínimo de ventas de Garantías Extendidas, expresadas en Unidades de Fomento, que el Intermediario se compromete a alcanzar durante la vigencia de este contrato. La Venta Mínima será el equivalente al “costo” que debe recibir la Compañía”.

Segundo: Esta misma cuestión señala la cláusula tercera del Anexo E 1 “Bono”, cuando contempla un recupero acelerado del Bono que en caso que ZZ no logre vender durante todo el plazo del contrato una cantidad neta (es decir, descontados comisiones, gastos e impuestos) de UF 251.777,07, que es el monto que debía recibir XX al final del contrato.

Tercero: XX podía prolongar el contrato por el tiempo que fuera necesario hasta lograr estas ventas mínimas, lo que no tendría sentido si no tuviera contractualmente garantizado el monto.

Cuarto: La lógica económica avala la postura de XX, pues ZZ sabía que el negocio debía ser atractivo para la primera.

Quinto: Si bien el peritaje erró en cuestiones de fondo de la controversia y prácticamente en todos los cálculos, es claro que XX recibió durante 27 meses el 56,2% de las ventas facturadas, de lo que se colige que si no existiera cláusula de prórroga le correspondería el 56,2% de las ventas mínimas, pero como el contrato aseguró a XX la totalidad de éstas, la expectativa de ganancia no puede ser la base para calcular lo adeudado.

b) ZZ alega que las ventas mínimas no estaban garantizadas y que XX lo habría reconocido, lo que califica de falso, por las siguientes razones:

Primero: El monto demandado no puede modificar la naturaleza de las “ventas mínimas”, pues el que no se haya demandado lo no recibido de los primeros 27 meses no hace que éstas dejen de estar aseguradas y pasen a ser una mera expectativa.

Segundo: La alegación es ilógica, pues confunde la causa con el efecto, siendo la primera el que las ventas mínimas estaban aseguradas y el efecto el que XX podía demandarlas.

Tercero: El argumento de ZZ adolece de un error jurídico porque la exigibilidad de las “ventas mínimas” viene dada por los términos contractuales, siendo la Cláusula Séptima la que permite la extensión del vínculo.

Cuarto: Se renunció a la suma no demandada relativa a los primeros 27 meses del contrato para facilitar el cálculo de lo adeudado, según lo autoriza el Art. 12 del Código Civil.

Quinto: Según ZZ, en la carta de 23 de junio de 2014, XX habría reconocido que las ventas mínimas eran una mera expectativa, expresando que en juicio no son vinculantes para las partes los montos señalados en sede extrajudicial, sino el indicado en el petitorio de la demanda.

Sexto: ZZ sustentó su defensa en que las “ventas mínimas” eran “esperadas”, basado en la lectura parcial de dos cláusulas contractuales, pero la lectura íntegra de esas cláusulas y de todo el contrato desestima lo dicho por la contraria.

Séptimo: Se trata de una cuestión de justicia material: aun cuando las “ventas mínimas” fueran esperadas y no aseguradas, lo que niega, ZZ hizo que fuere imposible obtenerlas, pues ilícitamente sacó a XX del negocio para vincularse con TRa), por lo que corresponde en justicia que ZZ sea sancionado por incumplir el contrato, pagando todo lo adeudado a XX y no premiado dejando de pagar lo que debe.

XX incumplió flagrantemente su obligación de exclusividad y de ventas mínimas.

Capítulo Quinto. LOS INCUMPLIMIENTOS QUE ZZ IMPUTA A XX NO SON EFECTIVOS, SINO QUE FUERON UNA EXCUSA PARA TERMINAR EL CONTRATO Y VINCULARSE CON TRa) BAJO CONDICIONES ECONÓMICAS MÁS CONVENIENTES:

Califica de “ardid” para terminar el contrato la imputación de supuestos incumplimientos y dar inicio a su vínculo con TRa), debiendo remarcarse que fue suscrito bajo condiciones económicas más favorables.

1.- Los incumplimientos imputados no son efectivos:

a) En cuanto al “*strategic performance manager*” (SPM), expresa que el contrato jamás exigió que fuera exclusivo, habiendo XX cumplido con la obligación de designarlo, fuera de que en todo momento estuvo a disposición de ZZ más personal que el exigido por el contrato.

b) En cuanto a que no se habría capacitado al personal de ZZ, expresa que ésta acompañó un solo correo relativo a la supuesta falta de capacitación y que da cuenta que don N.P. no asistió a una reunión, pero omite señalar que se pidieron las disculpas y se reagendó la reunión.

Agrega que lo normal y esperable es que la gerencia y los jefes de Local de ZZ enviaran numerosas cartas y correos denunciando esta situación, pero que ZZ no acompañó un solo correo en tal sentido.

Si no se hubieran llevado a cabo las capacitaciones, no se explica cómo los locales obtuvieron buenas ventas ni tantos vendedores fueron premiados.

c) En cuanto a que supuestamente no se cumplió con el servicio prestado a los clientes por la garantía extendida, lo niega, expresando que ZZ tan solo encontró antecedentes de cuatro situaciones aisladas, equivalentes aproximadamente al 0,003% del total de servicios prestados. Agrega que si el servicio era tan malo, lo esperable era que los clientes reclamaran en masa o que derechamente lo hicieran al SERNAC, pero no ocurrió, acompañándose sólo cuatro correos de situaciones aisladas.

d) XX se comprometió a establecer una plataforma tecnológica que facilitara la gestión de los servicios técnicos en forma independiente para cada local, lo que cumplió con la implementación del portal *web*.

e) En cuanto a que el *call center* fue centralizado en un país vecino, el contrato no obligó a que estuviera en Chile y tan solo un día el servicio al parecer presentó algún tipo de mal funcionamiento.

2.- La prueba rendida acredita el pleno cumplimiento por parte de XX de sus obligaciones:

a) Se llevaron a cabo las capacitaciones acordadas y hubo nutrida comunicación por correo que resolvió dudas y dio instrucciones, pero los Jefes de Local no transmitían esta información a su fuente de venta ni tampoco pedían capacitaciones.

b) Los clientes estuvieron conformes con el servicio dado por XX y la prueba más palmaria es que no hubo ningún reclamo al SERNAC, ni tampoco por infracción a la Ley de Protección al Consumidor.

c) Los resultados de las ventas de garantías extendidas eran buenos.

De todo lo anterior se concluye que los incumplimientos alegados tuvieron como único propósito intentar el término del contrato con XX para que ZZ iniciara su nueva y ventajosa relación con TRa).

3.- El contrato suscrito entre ZZ y TRa) fue mucho más beneficioso que el firmado con XX, lo que explica su intención de terminar el contrato:

Señala que el análisis de sus cláusulas demuestra que ZZ pactó en mejores condiciones económicas y comerciales con TRa) que con XX, lo que estima esencial para entender por qué ZZ reprochó el actuar de XX sólo después de firmar tal contrato:

- a) El contrato con TRa) tiene una duración de 8 años y ZZ se obligó a pagar UF 200.000 por concepto de ventas mínimas, en circunstancias que en el contrato celebrado con XX, ZZ se obligó a pagar por ventas mínimas UF 251.777,07.
- b) En el contrato con TRa), ZZ recibió \$550.000.000 por concepto de exclusividad, en circunstancias que en el celebrado con XX recibió UF 14.723,90 (alrededor de \$323.252.917) a la fecha de suscripción del contrato.
- c) En el contrato con TRa), ZZ recibiría \$27.600.000 anuales por distintos conceptos, en circunstancias que en el contrato con XX no recibiría nada por dichos conceptos (fin de año, aporte para el administrador interno, etc.).
- d) En el contrato con TRa), ZZ no amortizaría el monto pagado por la exclusividad, sino sólo estaría expuesto a devolver dicha suma en caso de incumplir el contrato durante los primeros doce meses de vigencia, mientras que en el contrato con XX el *Bono* por exclusividad se amortizaría durante los seis años del contrato y en la proporción en que se alcanzaran las “ventas mínimas”.

Concluye que la única razón para entender cómo ZZ estima que las cinco situaciones puntuales que denuncia pueden llegar a constituir un “grave incumplimiento”, es que con fecha 7 de noviembre de 2013 se vinculó con TRa) para ofrecer el mismo servicio bajo condiciones más convenientes, trasgrediendo abiertamente los Arts. 1545 y 1546 del Código Civil, además de la mínima buena fe que en justicia debe existir entre contratantes.

Capítulo Sexto. EL COBRO DE LA CARTA DE CRÉDITO POR PARTE DE XX FUE TOTALMENTE PROCEDENTE

Destaca que tenía por objeto garantizar la exclusividad y que, tratándose de una “*stand by letter of credit*”, no era necesaria una declaración judicial para proceder a su cobro.

Capítulo Séptimo. LA DEMANDA RECONVENCIONAL DEDUCIDA POR ZZ

Resume que ZZ pretende la restitución de:

- (i) El total de carta de crédito cobrada por XX el 31 de julio de 2014 (\$392.873.400).
- (ii) En subsidio, \$124.205.131, que corresponde al exceso de la cantidad que ZZ estuvo dispuesta a pagar a XX y
- (iii) En subsidio de la petición anterior, \$49.876.690, que correspondería al monto de la carta de crédito cobrado por XX en exceso de lo que habría dicho corresponderle.

En cuanto al primer punto, expresa que XX cobró legítimamente la carta de crédito, por el flagrante incumplimiento de la obligación de exclusividad.

En cuanto al segundo punto, ZZ pretende que se le devuelva la cantidad de \$124.205.131, es decir, el exceso entre lo que XX cobró y lo que ZZ “estuvo dispuesto a entregar”, alegación que expresa no tiene asidero alguno, pues la parte amortizada es mucho menor que esta suma, sin perjuicio que no explica ni justifica de qué forma llega al monto pretendido.

Respecto del tercer punto, destaca que el *Bono* y las ventas mínimas están íntimamente relacionados, pues el *Bono* (UF 14.723,90) se iría amortizando según se fuera cumpliendo con las “ventas mínimas”.

De acuerdo con los antecedentes acompañados, la cantidad aproximada que recibió XX fue de UF 30.664,24 sin IVA (12,17% de las ventas mínimas) y si se considera con IVA la cantidad es aproximadamente de UF 36.490,44.

Agrega que habiendo demandado ZZ \$49.876,690, que corresponde al 12,69% del total del *Bono*, significa que reconoce que se obtuvo el 12,69% de las ventas mínimas, montos que son sustancialmente iguales, lo que evidencia que ésta fue la forma en que las partes dieron aplicación práctica al contrato: XX recibía el monto mensual de lo facturado y ZZ el total por las facturas de comisión, incentivos y marketing, conservando XX el remanente y la demandada con el valor de las facturas.

Agrega que en caso que el Árbitro estime que XX debe pagar la parte amortizada del *Bono* por haberse cumplido con la cantidad proporcional de ventas mínimas, necesariamente debe también acoger la demanda de XX porque lo demandado es aquella parte de las ventas mínimas que no fue obtenida y que contractualmente le estaba asegurado.

6.5.2. Por parte de ZZ:

A fojas 1005 formula observaciones a la prueba, conforme a la síntesis que se enuncia a continuación:

Expresa que se puede resumir en los siguientes términos:

I.- LA CUESTIÓN DEBATIDA:

A.- En cuanto a la acción principal:

1.- Manifiesta que XX sostiene que ZZ supuestamente incumplió dos de las obligaciones asumidas en el contrato, a saber, **(i)** La obligación de exclusividad, y **(ii)** La obligación de obtener las ventas mínimas anuales.

Por el supuesto incumplimiento de obtener las ventas mínimas “aseguradas”, demanda a título de daño emergente UF 186.624,46, que correspondería a las ventas de 7 meses del año 2014, y los años 2015, 2016 y 2017.

Por el supuesto incumplimiento de la obligación de exclusividad, no demanda indemnización alguna, limitándose a sostener que estaba autorizada para cobrar la carta de crédito por un total de \$392.873.400.

2.- *“ZZ ha solicitado el rechazo de la acción deducida de contrario (i) porque el contrato es nulo por ilicitud del objeto, infringiendo los Arts. 502 y 503 del Código de Comercio, 4, 46 y 51 del DFL 251 y 1437, 1438, 1439, 1445, 1460, 1466, 1681 y 1682, todos del Código Civil; (ii) porque la obligación de exclusividad se extinguió el 31 de diciembre de 2013; en subsidio, porque el incumplimiento no se configura frente al incumplimiento en que incurrió la actora (excepción de contrato no cumplido) y, en subsidio de lo anterior, porque al no haberse declarado en forma previa la terminación judicial del contrato, la actora estaba impedida de cobrar la carta de crédito; (iii) porque las ventas mínimas no eran ventas garantizadas o aseguradas, sino que ventas esperadas; y (iv) porque la acción de perjuicios es incompatible con la resolución de contrato y además porque las ventas mínimas demandadas no constituyen un daño emergente susceptible de ser indemnizado, habiéndose accionado erróneamente en esa parte, por lo que el Tribunal está impedido de acoger la acción”.*

B.- En cuanto a la acción reconvenzional:

1. ZZ sostiene que XX debe restituir la suma cobrada correspondiente a la carta de crédito por un total de \$392.873.400, por carecer del derecho a cobrarla. En subsidio, demanda el

cobro en exceso en relación con la parte no amortizada, exceso que se establece en \$124.205.131. En subsidio de lo anterior, demanda el cobro en exceso que surge de los cálculos de XX y que asciende a \$49.876.690.

2.- XX sostiene que el cobro de la carta de crédito fue procedente y que está justificado a la luz del incumplimiento en que habría incurrido ZZ en cuanto a la obligación de exclusividad.

II.-ANÁLISIS DE LA PRUEBA RENDIDA A LA LUZ DE LA CONTROVERSIA DE AUTOS FIJADA EN EL AUTO DE PRUEBA:

Luego de transcribir la interlocutoria de prueba, se refiere a los siguientes aspectos:

1. PRUEBA RENDIDA POR EL DEMANDANTE:

Expresa que la carga esencial en materia de prueba correspondía a la actora, quien debía acreditar “(i) el incumplimiento de las obligaciones atribuidas a ZZ en que funda su acción; (ii) el cumplimiento de sus propias obligaciones para desvirtuar la excepción de contrato no cumplido; (iii) el hecho que las ventas mínimas tenían el carácter de sumas garantizadas y (iv) los perjuicios demandados”. Sostiene que la actora no cumplió ni remotamente con esta carga procesal.

a) **En cuanto al incumplimiento de las obligaciones de ZZ:** Expresa que no existe prueba alguna suficiente en relación con las dos obligaciones que XX imputa como incumplidas.

i.- Obligación de exclusividad

Manifiesta que los únicos antecedentes con apariencia de prueba fueron: (i) las declaraciones testimoniales; y (ii) la exhibición de documentos solicitados en relación a los contratos celebrados por ZZ y TR.

Expresa que la prueba testimonial carece de imparcialidad y es más bien una declaración de parte, agregando que tanto ésta como la exhibición documental están desvirtuadas, no sólo por los actos propios de XX que puso término unilateral al contrato y extinguió la obligación de exclusividad, sino por la prueba documental rendida en cuya virtud se acreditó que ZZ puso término al contrato el 31 de diciembre de 2013, de manera que a la fecha en que se inició su relación contractual con TR, ya no pesaba sobre ella obligación alguna derivada de la relación contractual fenecida.

Agrega que la prueba que acredita la terminación del contrato y la consecuencial extinción de la obligación de seguridad, consiste en los documentos que acompañó con su escrito de 21 de abril de 2016, debiendo destacarse aquel en que manifiesta la voluntad de poner término al contrato el 31 de diciembre de 2013 y el documento en que ocurre otro tanto por parte de XX, concluyendo que existe prueba de ambas partes en cuanto a que a la fecha de interposición de la demanda el contrato se encontraba terminado.

ii.- Obligación de ventas mínimas:

Señala que la actora no rindió prueba alguna probatoria de que ZZ no cumplió con tal obligación, siendo la única prueba rendida aquella que acredita que mientras estuvo vigente el contrato, ZZ dio estricto cumplimiento a su obligación de vender los seguros de garantía extendida, sin que jamás XX hubiese imputado incumplimiento alguno, el que no sólo no probó, sino que tampoco lo sostuvo ni demandó.

b) **En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de XX:**

Expresa que la prueba rendida es casi inexistente y que la incorporada no resultó idónea, pues la única prueba está constituida por la documental presentada con

escrito de 21 de abril de 2016 y la testimonial de su gerente general y de su jefe de Operaciones.

Agrega que la testimonial, conforme a lo señalado, no merece mayor análisis y que, en cuanto a la documental, no es prueba de cumplimiento **(i)** correos electrónicos en los que luego de años de contrato, se señala que la forma de comunicarse sería una línea 800 que en la práctica no funcionaba; **(ii)** copia de carta sin firma de nadie, en que se representaba a los vendedores que no se cumplían las metas; y **(iii)** correos electrónicos en que la actora se pretende eximir de responsabilidad. Concluye que, por el contrario, se verá que la prueba que ZZ rindió acreditó, fuera de toda duda, que XX no cumplió sus obligaciones contractuales.

c) En cuanto a la naturaleza de las ventas mínimas:

Expresa que XX no rindió prueba alguna que sustentara su afirmación unilateral en este sentido; que los documentos acompañados han sido elaborados por el propio XX; y que ninguno forma parte de su contabilidad.

Por el contrario, manifiesta que existe prueba irrefutable, en especial la pericial, que demuestra que las ventas mínimas no eran sumas aseguradas o garantizadas, sino ventas esperadas y que no garantizaban su percepción.

Agrega que el propio contrato califica en múltiples oportunidades las ventas mínimas como esperadas.

d) En cuanto a los perjuicios demandados:

En cuanto al daño emergente demandado por UF 186.624,46, señala que XX estaba obligado a acreditar su existencia, naturaleza y cuantía, no rindiendo prueba permita al Tribunal establecer esos tres aspectos, documental, testimonial ni pericial.

Manifiesta que se demandó daño emergente, en circunstancias que si se llegare a considerar, en realidad lo que se pretende es indemnización de lucro cesante, que no fue demandado.

Añade que si se pretendiera por XX que los perjuicios demandados están representados por las ventas mínimas, en su concepto aseguradas, ello no le eximia de acreditar **“(i) la cuantía real de lo demandado; (ii) la naturaleza del perjuicio demandado y (iii) la existencia real y efectiva de los perjuicios”**, señalando que no existe prueba alguna sobre este hecho, de modo que si el Tribunal acogiere la acción de resolución de contrato, no podría acoger la de perjuicios.

Agrega que ZZ acompañó una carta firmada por el gerente general de XX en la que, con motivo de la terminación, señala que la única prestación debida son las comisiones por venta de contrato de garantía extendida por un total de US\$955.000 y no el total de las ventas mínimas, como se pretende en la demanda de autos, por una suma de casi US\$7.000.000.

2.- PRUEBA RENDIDA POR ZZ

Expresa que ZZ tenía como carga probatoria acreditar: **“(i) los hechos en que fundaba la excepción de nulidad del contrato; (ii) los incumplimientos de XX; (iii) la improcedencia del cobro de la carta de crédito y (iv) su alegación en cuanto a que las ventas mínimas eran esperadas y no garantizadas ni aseguradas...”**.

(i) En cuanto a la excepción de nulidad:

Reconociendo que es una cuestión de orden jurídico cuya decisión corresponde al Tribunal, señala haber aportado prueba relacionada con hechos que permiten establecer el fundamento de la nulidad alegada, a saber:

1.- Que XX es una persona jurídica cuya estructura corresponde a una sociedad por acciones, cuyo objeto es la comercialización, suscripción, emisión y administración de contratos de servicios conocidos como contratos de extensión de garantía.

2.- Con la exhibición de documentos de 2 de mayo de 2016, se confirmaron los hechos descritos en el número anterior.

3.- Con la diligencia de absolución de posiciones, se ratificó que la demandante no contempla la comercialización de seguros, ni está inscrita como compañía de seguros en la respectiva Superintendencia.

4.- Con el correo electrónico de 19 de marzo de 2013, queda de manifiesto que la actividad de XX, en relación con lo que denominaba garantías extendidas, era en realidad comercio de seguros, puesto que se emplean las expresiones “seguimiento de un siniestro” y “tipo de producto siniestrado”.

5.- Otro tanto acontece con el correo designado con el N° 5 de su escrito de 21 de abril de 2016, en que se utilizan los términos “cobertura” o “tipo de cobertura”.

Menciona la declaración del testigo de XX don A.C., quien manifiesta que el objeto del contrato era que XX vendiera seguros de garantía extendida, que debía responder frente a los clientes asegurados y que debía cumplir sus obligaciones como asegurador.

(ii) En cuanto a los incumplimientos de XX a las obligaciones contractuales:

Expresa que ZZ rindió la prueba siguiente para fundar su excepción de contrato no cumplido.

1.- La declaración del testigo señor A.C., ex gerente general de Desarrollo de Canales de XX, en el sentido que **(i)** debía canalizar las inquietudes de los ejecutivos, empleados y dependientes de ZZ frente a los crecientes incumplimientos atribuidos a XX; **(ii)** que sus esfuerzos no eran suficientes frente al cúmulo de incumplimientos de su ex empleador; **(iii)** que mientras en presencia de ZZ se señalaba que en el ejercicio de su cargo tendría dedicación exclusiva respecto de esa empresa, su empleador dejaba sin efecto esa instrucción para que se dedicare también respecto de otra empresa distinta (TR1); **(iv)** que no logró que XX cumpliera con sus obligaciones y ello produjo como efecto que el sistema de aseguramiento no fuera eficiente; **(v)** que en la respuesta de XX frente a los clientes también incumplió sus obligaciones al no atender adecuada y oportunamente sus reclamaciones; y **(vi)** que todos esos incumplimientos redundaban en un perjuicio para ZZ.

Expresa que se han centrado en la declaración de este testigo, tanto por el hecho de no ser dependiente de ZZ como por haber conocido en forma directa y personal los hechos sobre los cuales declaró.

2.- Prueba documental presentada con escrito de 21 de abril de 2016, consistente en correos electrónicos –no objetados de contrario– intercambiados por ejecutivos de ambas partes, en los que quedan de manifiesto los incumplimientos en que incurrió XX:

Expresa que no constituyen incumplimientos menores, por ejemplo **(i)** enviar un cliente a reparar un producto a más de 120 kilómetros de donde vive, o **(ii)** devolverle un teléfono celular al que se le han incorporado sin autorización de su dueño imágenes pornográficas.

iii) En cuanto a la improcedencia del cobro de la carta de crédito

Expresa que si bien la alegación es jurídica y debe ser resuelta por el Árbitro, ZZ aportó la siguiente prueba a fin de acreditar los fundamentos de hecho de la pretensión planteada en la acción reconvenzional:

1.- Con la exhibición de documentos de 2 de mayo de 2016, acreditó que XX cobró en su integridad el monto de la carta de crédito por un total de US\$709.210,07.

2.- Con la respuesta de la pregunta 9 contenida en el pliego de posiciones, se confirmó el cobro total de la carta de crédito.

3.- Con el mérito de la carta fechada 23 de junio de 2014, acreditó que XX señala que lo que corresponde pagar con motivo de la terminación del contrato es la parte no amortizada del *Bono*, prestación que valoriza en US\$601.000, inferior en US\$108.210,07 a la cantidad que efectivamente percibió al cobrar el total de la carta de crédito.

Añade que más allá de la improcedencia de su cobro, si el Árbitro desestimare la solicitud principal y debiera pronunciarse sobre las peticiones subsidiarias, la evidencia probatoria emanada de la propia actora es que de la carta de crédito sólo era procedente cobrar US\$601.000.

iv) En cuanto a la naturaleza de las denominadas ventas mínimas:

ZZ postula que las ventas mínimas eran esperadas y no garantizadas a todo evento, lo que señala ha sido punto central del debate, expresando que la prueba que obra en el proceso hace improcedente la acción entablada por la actora.

1.- El contrato da cuenta que se trata de “ventas esperadas”, aludiendo al numeral 7 de la Cláusula Tercera y a la Cláusula 7 sobre vigencia, en que se reitera este calificativo.

2.- Manifiesta que para fundar el cobro de las ventas mínimas a título de daño emergente, XX ha insistido, contradiciendo el contrato, en cuanto a que eran sumas garantizadas a todo evento, añadiendo que con los documentos acompañados con su escrito de 21 de abril de 2016, no objetados por la contraria, acredita que mientras estuvo vigente y en aplicación el contrato, XX nunca percibió el total de las sumas que el contrato indica como mínimas, menos la comisión de ZZ, las comisiones de los vendedores y los gastos de marketing.

3.- Destaca que el informe pericial, más allá de algunas diferencias con el cálculo que efectúa, confirma categóricamente que XX no recibió durante los 27 meses de vigencia del contrato las ventas mínimas que se consignan en el numeral 7 (Tabla Anexa), informe que también confirma que durante los 27 meses de vigencia, XX recibió por ventas el equivalente a UF 37.244 y pagó por incentivos y gastos de marketing UF 11.154,7, lo que significa que lo que efectivamente le ingresó fue el equivalente a UF 26.089 v/s UF 57.803,22 correspondiente al total de las ventas mínimas consignadas en el numeral 7 del contrato para los 27 meses que el contrato estuvo vigente.

Añade que lo que lamentablemente permaneció en la oscuridad y que el Tribunal en ejercicio de sus facultades podría despejar antes de dictar sentencia, fueron los costos de ejecución del contrato por parte de XX respecto a las obligaciones con los asegurados, es decir, lo que gastó por los siniestros que debió cubrir en ese período.

Agrega que, con todo, las normas contables indican que a los ingresos se deben restar esos costos de siniestros pagados, lo que indica que el monto líquido que XX recibía a esa fecha, era aún menor.

4.- Señala que con la prueba documental acompañada con su escrito de 21 de abril de 2016, ZZ acredita de un modo indubitado el procedimiento para la participación que cada uno tendría en los resultados del negocio establecido por XX, de manera que ello es prueba de que conocía *a priori*, durante todo el tiempo que el contrato estuvo vigente, que las ventas mínimas no eran garantizadas, porque sólo percibía un porcentaje.

5.- Expresa que su alegación aparece además confirmada por los actos propios de XX en este mismo pleito, pues no demandó por el período de 27 meses que estuvo vigente

el contrato, no obstante estar acreditado que no percibió el total de las sumas que corresponden a las ventas mínimas, de modo que si efectivamente fueren sumas garantizadas, no hay explicación para que no haya demandado las diferencias no percibidas y, por el contrario, haya manifestado en la demanda que “*el contrato se cumplió durante los dos primeros años de vigencia*” y agregar que “*durante la vigencia del tercer año... se tomó conocimiento de los incumplimientos de ZZ...*”.

Concluye que los dichos y pretensión procesal de XX confirman que las ventas mínimas no eran garantizadas, pues no obstante estar probado que no recibió el total de ellas durante el período que estuvo vigente (27 meses), la actora da por cumplido el contrato en ese período y no reclama pago de suma alguna.

Por resolución de 21 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1057, el Árbitro tuvo presente lo expresado en los escritos de observaciones a la prueba ingresados por cada una de las partes.

6.6. Medidas para mejor resolver:

a) Por resolución de 29 de agosto de 2016, que rola a fojas 1023, luego de relacionar todo lo acontecido respecto del informe pericial contable según se ha reseñado en esta sentencia – debiendo destacarse lo que se expresa en sus Vistos ocho y diez respecto de las resoluciones de fojas 903 y 927, en el sentido que lo allí resuelto era sin perjuicio de lo que el Árbitro pudiese disponer acorde a las normas de procedimiento de que da cuenta el Acta de 1° de septiembre de 2015 que rola a fojas 74 y siguientes– en el N° 36 de los Vistos el Árbitro manifestó que estimaba procedente dictar las dos medidas para mejor resolver de que se dará cuenta en la parte resolutive, teniendo presente las consideraciones que allí se expresan, de las cuales destacamos:

- a) Las esencias del juicio consisten en que la parte de XX demanda la resolución del contrato e indemnización de perjuicios, consistente esta última en que se condene a ZZ a pagarle las ventas mínimas de que da cuenta el contrato de fojas 3 y siguientes, las que estima garantizadas.
- b) ZZ solicita el rechazo de la demanda por estimar que el contrato adolece de objeto ilícito y, por consiguiente, de nulidad absoluta, atendido que en esencia constituiría un contrato de seguro, como asimismo que las mencionadas ventas mínimas serían meramente “esperadas” y no “garantizadas”.
- c) ZZ ha interpuesto reconvenición, en que solicita la condena de XX a restituir la totalidad de la carta de garantía que oportunamente cobró o, en subsidio, los montos que en la respectiva presentación indicó, los dos últimos de manera subsidiaria.
- d) ZZ ha opuesto la excepción de contrato no cumplido, la cual no se estima relevante para los efectos de la presente resolución, sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia definitiva.
- e) Corresponde al Árbitro determinar los *quántum* de las hipotéticas condenas, acorde a la interlocutoria de prueba de fojas 339, N° 3, en cuanto emplea la palabra “entidad”.
- f) Conforme al contrato, ZZ tenía derecho al cobro de una comisión e incentivos, lo que ha sido materia del informe pericial, sin perjuicio de las observaciones de las partes.
- g) Que, sin perjuicio de los límites a que están sujetas las medidas para mejor resolver y si bien el Juez no está llamado a suplir los medios de prueba y las defensas de las partes, puede esclarecer sus derechos, salvar los puntos dudosos o las deficiencias de que adolezca el proceso, perfeccionando los antecedentes que ya existen y se conocen, con el fin de averiguar más a fondo y mejor la verdad del pleito y dictar un fallo en

condiciones de mayor acierto y justicia, siendo la oportunidad más propicia para ello las medidas para mejor resolver.

- h) Que para decretar medidas para mejor resolver es menester que en los autos haya algún antecedente, presunción de verdad en favor del hecho que debe ser establecido, alguna prueba aunque insuficiente que sirva en el sentido indicado, porque el artículo no dispensa al Juez del deber primordial de fallar con arreglo al mérito de autos, absolviendo o condenando.
- i) Que teniendo presente la calidad de Arbitrador en cuanto al procedimiento y al fallo y, por consiguiente, dictar sentencia definitiva en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten, el Árbitro considera que, antes de dictar tal sentencia definitiva, conviene establecer cuál habría sido la utilidad líquida que conservó XX luego de pagar a ZZ su comisión y los incentivos, atendida la forma de facturación que se aplicó entre las partes, teniendo además presente que el establecimiento del real perjuicio que habría experimentado XX en el hipotético evento que se dé lugar a la acción indemnizatoria, sin perjuicio de resolver los demás aspectos controvertidos, ha de establecerse conforme a la aplicación práctica que tuvo el contrato, según Art. 1564 inciso final del Código Civil, como asimismo la situación legal en lo que al impuesto al valor agregado concierne.
- j) En el Visto N° 37 se expresó que lo referido en el número anterior llevaba implícito el examen de la contabilidad de XX en lo que respecta a la cuenta particular con ZZ y su debido análisis por perito idóneo.
- k) En el Visto N° 38 el Árbitro señaló entendía que el Art. 414 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable cuando el Tribunal procede de oficio a decretar un informe de peritos como medida para mejor resolver, máxime si la diligencia tiende a complementar el informe pericial ya producido.
- l) En el Visto 39 se expresó la conveniencia de designar como perito a quien ya había desempeñado este rol, a saber, don PE.

En mérito lo anterior, se designó perito a don PE, a fin de que informare respecto de lo indicado en la letra i) del N° 36 de los vistos, en cuanto a *“la utilidad líquida que habría conservado XX luego de pagar a ZZ su comisión y los incentivos, por cierto durante el período de vigencia efectiva del contrato”* y que, al efecto, XX debía exhibir parcialmente su contabilidad en lo que concierne a su cuenta particular con ZZ, por todo el período de vigencia efectiva del contrato celebrado entre las partes.

- b) Por escrito que rola a fojas 1031, ZZ interpuso recurso de reposición en contra de la referida resolución, con los siguientes fundamentos:

A.- En cuanto al informe pericial contable:

1.- Destaca el considerando 36 literal i) de la resolución recurrida.

2.- Manifiesta que estima que con la medida decretada se está supliendo la prueba que, en materia de perjuicios, correspondía producir a la actora, no siendo procedente que en esa labor sea sustituida por la actividad del Tribunal.

Agrega que, con esa reserva, estima que para establecer la “utilidad líquida” que habría conservado XX, no basta con descontar las sumas que percibía del negocio de ventas de garantía extendida y los pagos a ZZ por comisiones e incentivos, lo que ya fue objeto del informe pericial de fojas 984, sino que deben descontarse también todos los costos fijos y variables en que deba incurrir XX para dar cumplimiento a las obligaciones que le impone el contrato, en especial, aquellos derivados de la atención y pago de los siniestros denunciados por los clientes titulares de garantías extendidas vendidas por XX, con la intermediación de ZZ, reiterando que la suma resultante del peritaje anterior no

corresponde a la utilidad líquida que percibía o conservaba XX, por lo que entiende que el peritaje ahora dispuesto apunta a complementar la pericia y establecer la utilidad líquida.

3.- Por lo anterior, solicita se complemente la resolución recurrida señalando que el perito deberá determinar la utilidad líquida que habría conservado XX luego de pagar a ZZ sus comisiones e incentivos –también denominados “*gastos de marketing*”– y de rebajar todos los costos fijos y variables en los que debía incurrir XX para cumplir con la obligación propia y exclusiva que le imponían los contratos de garantía extendida, en especial, la de reparar o reemplazar los productos defectuosos, de propiedad de sus compradores, teniendo presente: **a)** XX es quien vende y otorga una garantía extendida, siendo ZZ un comisionista que le representa; **b)** Los costos fijos y variables en el cumplimiento de esas obligaciones propias y exclusivas de XX deben ser rebajados para determinar la utilidad líquida; **c)** No hacerlo significaría trasladar e imponer esos costos fijos y variables a ZZ, que no es parte en el contrato de venta de garantía extendida, sino un mero comisionista que recibe por ello una comisión; y **d)** Los costos deben incluir, entre otros, todos los costos asociados a la reparación y reemplazo de productos defectuosos, que constituyen la indemnización de los siniestros denunciados por los titulares de garantía extendida.

B.- En cuanto a la exhibición de la contabilidad:

Recordando que en la resolución recurrida se dispuso la exhibición parcial de la contabilidad de XX en lo que concierne a su cuenta particular con ZZ, solicita que la exhibición se extienda al examen de todas las partidas que sean necesarias para el establecimiento de la utilidad líquida que XX habría conservado luego de pagar a ZZ su comisión e incentivo –también denominados “*gastos de marketing*”– y al examen de todos los costos fijos y variables en que debía incurrir para cumplir con idéntica obligación, en especial, aquellos derivados del pago de siniestros (por reparación o reemplazo de productos defectuosos) a los clientes titulares de dicha garantía extendida.

Añade que lo anterior se justifica por cuanto si se trata de establecer la utilidad líquida, ello implica rebajar de lo que percibía XX los costos que no están reflejados en la cuenta contable particular con ZZ, sino en otras partidas contables relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones que le imponían a XX los contratos de garantía extendida.

C.- Precisión de la resolución:

Recordando que ella alude al período de vigencia efectiva del contrato, para evitar cualquiera interpretación, solicita que se precise dicho período, señalando las fechas en que se inicia y termina, particularmente teniendo presente que es un punto controvertido.

D.- Modificación de la resolución:

Finalmente, solicita que se elimine la expresión “excliente” atribuida a ZZ respecto de XX, por cuanto ZZ sólo habría sido un comisionista o mandatario. Los clientes de XX fueron las personas que, por intermedio de ZZ, contrataron los seguros de garantía extendida.

- c)** Por resolución de 2 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1037, se expresó que el recurso de reposición referido se resolvería una vez expirado el plazo de que disponía XX para eventualmente ingresar idéntico recurso.
- d)** Por escrito que rola a fojas 1039, XX solicitó tener presente las siguientes consideraciones respecto del recurso de reposición deducido por ZZ:

Primero: El Árbitro solicitó exhibir los antecedentes que permitan conocer la utilidad de XX luego de descontar las facturas por comisiones e incentivos, lo que no se pudo determinar en el peritaje anterior porque los antecedentes allegados al proceso por ZZ estaban incompletos, habiéndose omitido varias facturas.

Segundo: El Árbitro fue claro en el sentido que no estaba supliendo la falta de prueba, sino que tal cuestión estaba dentro de sus facultades.

Tercero: La solicitud de ZZ en el sentido que se abra la contabilidad a todas las partidas ya fue rechazada por el Árbitro a fojas 903 y siguientes.

Cuarto: ZZ alega en el punto 3. c) de su presentación que no considerar todos los costos de XX implicaría que se trasladan a ZZ, lo que dice es falso, materia a la cual se refirió en su presentación de fojas 889 y siguientes, reiterando que, de accederse a tal petición, ZZ se beneficiaría de su propia negligencia, pues si hubiera honrado su palabra y mantenido el contrato con XX, habría tenido que pagar íntegramente las ventas mínimas, *“pero incumplió el acuerdo y pactó secretamente con TRa), y más encima intenta pagar menos que la cantidad debida. Esto pugna con la más elemental noción de justicia, pues ZZ pretende que su negligente actuar sea premiado, pagando menos de lo que debería pagar en caso de haber actuado rectamente”*.

Quinto: En cuanto al plazo respecto del cual se debe exhibir parcialmente la contabilidad, no hay dudas que es todo el plazo en que ZZ vendió garantías extendidas de XX, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013, pues desde esa fecha en adelante vendió los servicios de TRa).

- e) Por resolución de 6 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1042, se tuvo presente lo expresado por XX.
- f) Por resolución de 6 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1044, se dio lugar al recurso de reposición de ZZ referido en la letra b) que antecede, sólo en cuanto a eliminar en su considerando 37 las expresiones “su excliente” y, en lo demás, se reiteró la resolución recurrida.

Respecto a los fundamentos de dicha resolución se sintetiza lo que sigue:

A.- En cuanto al informe pericial contable:

a) Se expresa que ZZ postula que se estaría supliendo prueba que correspondería producir a XX, dejando constancia que el Árbitro no comparte la apreciación, sino que estima todo lo contrario, pero que ha sido su criterio tendiente a evaluar judicialmente la eventual indemnización de perjuicios de la manera más exacta procedente y factible.

b) ZZ postula que todos los costos fijos y variables, en especial lo concerniente a la atención y pago de siniestros, debe ser también materia de peritaje, lo que el Árbitro tampoco comparte cabalmente, citando diversas cláusulas contractuales.

c) La argumentación de ZZ en el sentido que era un mero comisionista, cualquiera fuera su alcance, no son pertinentes para el agotamiento de las medidas para mejor resolver.

d) La anterior pericia no se pronunció sobre lo que ha sido objeto de las medidas para mejor resolver y las razones de ello han sido expuestas en resoluciones dictadas por el Árbitro, al fijar los puntos materia del informe pericial y al resolver la reposición interpuesta por la recurrente, para no referirse a las excepciones propiamente tales contenidas en su contestación a la demanda principal, no obstante todo lo cual este Árbitro siempre expresó que lo que estaba resolviendo era sin perjuicio de lo que determinare en su oportunidad y reitera en cumplimiento de su deber de evaluar “judicialmente” la hipotética indemnización, todavía en calidad de Árbitro Arbitrador.

e) Es palmario que las medidas para mejor resolver apuntan precisamente a tratar de determinar los desembolsos en que incurrió XX en cumplimiento de las garantías extendidas durante la vigencia efectiva del contrato.

f) En cuanto a la alegación en el sentido que lo resuelto equivale a pretender que un corredor de una póliza pague con su comisión los “siniestros”, no amerita mayor pronunciamiento.

B.- En cuanto a la exhibición de la contabilidad:

a) ZZ postula que se deben examinar todas las partidas necesarias para establecer la utilidad líquida de XX, no sólo comisiones e incentivos, sino todos los costos fijos y variables, en especial aquellos derivados del pago de siniestros que no estén reflejados en la cuenta contable con ZZ, sino en otras partidas.

b) El Árbitro reitera lo señalado en la letra anterior, en lo que es pertinente a este argumento.

c) El Árbitro reitera la contabilidad que debe ser objeto de la medida para mejor resolver en el correspondiente informe pericial, acorde al Art. 43 del Código de Comercio, en el sentido que sólo puede decretarse la exhibición parcial de los libros de alguno de los litigantes, exhibición que la recurrente no solicitó y que el Árbitro ha dispuesto oficiosamente por la vía de la medida para mejor resolver, como lo insinuó repetidamente.

C) Precisión en la resolución:

a) ZZ solicita que se precise el período que debe ser objeto de las medidas para mejor resolver, por ser un punto controvertido.

b) El Árbitro reitera que entiende que la vigencia efectiva del contrato no es un punto controvertido y que corresponde al ya establecido en el anterior peritaje; por el contrario, lo que entiende controvertido es la vigencia efectiva del contrato, materia sobre la cual se emitirá pronunciamiento en la sentencia definitiva.

D) Modificación de la resolución:

a) ZZ solicita que se reemplace la expresión “excliente”, en los términos ya mencionados.

b) El Árbitro expresa que lo que manifiesta ZZ es efectivo, aunque en absoluto determinante en lo que concierne a las medidas para mejor resolver.
En mérito de ello, se resolvió de la manera ya referida.

g) A fojas 1048, ZZ ingresa un escrito de “se tenga presente” respecto del contenido del escrito de “se tenga presente” ingresado por XX y de que se ha dado cuenta en la letra **d)** que antecede. En esencia, insiste en que se han de considerar todos los costos en que debía incurrir XX para dar cumplimiento a las obligaciones que le imponía el contrato, en especial, aquellas derivadas de la atención y pago de los siniestros denunciados por los clientes asegurados titulares de garantía extendida.

h) Por resolución de 7 de septiembre, que rola a fojas 1051, el Árbitro tuvo presente lo manifestado en el escrito referido en la letra que antecede y manifestó que, en lo sucesivo, no continuaría proveyendo escritos de tal índole.

i) Según consta a fojas 1052, el 12 de septiembre de 2016 el señor Perito aceptó el cargo y prestó el juramento de rigor.

j) A fojas 1053, con fecha 12 de septiembre de 2016, el señor Perito don PE presenta su “Plan de Trabajo”, en los siguientes términos:

“1.- La realización del peritaje, necesariamente, debe realizarse en las oficinas de “XX” con la participación directa del contador para las consultas pertinentes.

2.- El plan de trabajo contempla las siguientes etapas:

2.1. Conocimiento del sistema contable y la forma como se hacen las imputaciones contables (asientos o traspasos) sobre la materia.

2.2. Conocimiento del Plan de Cuentas para seleccionar aquellas que se relacionan con la operación con ZZ que permiten establecer la utilidad líquida de XX luego de pagar a ZZ sus comisiones e incentivos.

2.3. Obtención del Mayor detallado de dichas cuentas para:

- *Octubre, noviembre y diciembre de 2011.*
 - *Enero a diciembre de 2012.*
 - *Enero a diciembre de 2013.*
- 2.4.** *Análisis del Mayor obtenido según 2.3. para evaluar antecedentes adicionales a solicitar.*
- 2.5.** *Solicitud de antecedentes adicionales a XX.*
- 2.6.** *Evaluación de los antecedentes obtenidos.*
- 2.7.** *Preparación del informe pericial.*

(NOTA: Los puntos 2.5, 2.6 pueden repetirse en el desarrollo del trabajo).

3. Plazo: *Se consulta un plazo de 35 días hábiles para la realización del trabajo”.*

- k)** Por resolución de 20 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1055, el Árbitro citó a las partes a una audiencia a celebrarse el 30 de septiembre de 2016, a fin de ordenar lo concerniente a las medidas para mejor resolver, incluyendo el plazo dentro del cual se agotarían y lo concerniente a los honorarios del señor Perito.
- l)** Por resolución de 21 de septiembre de 2016, que rola a fojas 1056, el Árbitro ordenó poner en conocimiento de las partes el “*Plan de Trabajo*” ingresado por el Perito don PE con fecha 12 de septiembre de 2016.
- m)** Según consta del acta que rola a fojas 1061, el 30 de septiembre de 2016 se celebró la audiencia dispuesta por la resolución referida en la letra **k)** que antecede, oportunidad en que ZZ ingresó un escrito sumado “se tenga presente”, el cual rola a fojas 1058 y que fue proveído en la misma audiencia téngase presente en lo que fuera procedente “*Póngase en conocimiento del perito don PE*”. En tal escrito insiste en el sentido de que se deben considerar todos los costos a que venía aludiendo.
- En el acta consta que “*la parte de XX recibirá al perito el día miércoles 5 de octubre próximo a las 11:00 horas, en sus oficinas ubicadas en DML1, por intermedio de don CO, a fin de que pueda comenzar a desempeñar su cometido conforme al plan de trabajo contenido en su memorándum ingresado el 12 del presente y que rola a fojas 1053. La misma parte pondrá a disposición del perito sus antecedentes contables en la medida necesaria para que éste pueda responder la consulta formulada por el árbitro al decretar medidas para mejor resolver. Recibirá al perito cuantas veces sea necesario para el desempeño de su tarea dentro del plazo fijado en su plan de trabajo. A la vez, pondrá a su disposición todos los antecedentes necesarios al efecto y le proporcionará copia de ellos a fin de que oportunamente emita su informe*”. Se determinó también lo concerniente al honorario del Perito.
- n)** Por escrito que rola a fojas 1062, XX da cuenta que la resolución de 29 de agosto de 2016 que ordenó la pericia tendría un propósito similar al peritaje ya practicado en autos, “*pero a través de la revisión de la contabilidad de XX*”. Por ello, expresa que lo que el perito quería llevar a efecto, cual es “*analizar y revisar todos los costos y gastos en que ha incurrido XX en el negocio de ZZ*”, fue rechazado por el Árbitro. En consonancia con lo anterior, solicitó se aclare la referida resolución. A fojas 1064, la solicitud de aclaración fue rechazada, por cuanto el propósito de las medidas para mejor resolver se infiere de la resolución que las decretó (fojas 1053), como asimismo de la resolución dictada en la audiencia a que se ha aludido en la letra **m)** que antecede.
- ñ)** Por correo electrónico de 11 de octubre de 2016, XX comunicó que la diligencia decretada para el 5 de octubre de 2016 debía practicarse en las dependencias de TR2, ubicadas en calle DML2, por cuanto es la empresa externa que lleva la contabilidad, ordenándose por resolución de 11 de octubre de 2016, que rola a fojas 1067, agregar el correo electrónico y haciendo lugar a lo solicitado, sin perjuicio que desde luego envió un correo electrónico al

abogado de XX incluyendo la resolución y reiterando que el Perito señor PE se constituiría al día siguiente en las dependencias de TR2.

- o) Por e-mail de 17 de noviembre de 2016 (fojas 1070), el Perito señor PE solicitó una prórroga para presentar su informe, a la que el Árbitro dio lugar por resolución de la misma fecha, fijando el 15 de diciembre de 2016 (fojas 1071).
- p) Con fecha 17 de diciembre de 2016 (fojas 1072), el Perito señor PE presentó su informe pericial, obviamente vinculado con la otra medida prejudicial consistente en el examen parcial de la contabilidad de XX, en lo que se refiere a su cuenta particular con ZZ.

Su contenido es el siguiente:

ÍNDICE

- 1. Antecedentes de la causa para el desarrollo de la labor del perito.
- 2. Trabajo realizado por el perito.
- 3. Conclusiones.

1. ANTECEDENTES DE LA CAUSA PARA EL DESARROLLO DE LA LABOR DEL PERITO

- 1. El señor Árbitro don Leslie Tomasello Hart dictó el 29/08/16 una resolución que dispone que el perito emita un informe respecto a “la utilidad líquida que habría conservado XX luego de pagar a ZZ su comisión y los incentivos”.
Posteriormente, el 06/10/16, el Árbitro dictó una resolución, en la que se fija el 12 de octubre de 2016 para que el perito comience a desempeñar su trabajo conforme al Plan de Trabajo, según Acta de Audiencia de 30/09/16.
- 2. En el informe pericial de 18 de julio de 2016 se dejaron establecidos los montos de las ventas (en UF) que recibieron XX y ZZ durante los 27 meses de vigencia del contrato y los montos que XX pagó por incentivos y gastos de marketing (en UF).

2. TRABAJO REALIZADO POR EL PERITO

- 2.1 XX contrata servicios contables externos con la empresa internacional TR2, la que tiene oficinas en calle DML2, en Santiago de Chile.
- 2.2 TR2, acorde a su sistema contable y plan de cuentas prepara un “Estado de Resultados Anual” que incluye ingresos y gastos para cada contrato suscrito por XX con sus clientes (usualmente se les denomina Centros de Resultados o Centro de Costo).
- 2.3 Solicité a TR2 dichos Estados de Resultados para los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, los que me fueron entregados en presencia del contador de XX señor CO y del abogado señor AB.
Aunque el contrato duró hasta diciembre de 2013, se solicitaron los antecedentes de 2014 y 2015, debido a que las garantías extendidas tiene un plazo de hasta 2 años para ser reclamadas a XX.
- 2.4 Dentro de los gastos contabilizados por TR2 en los Estados de Resultados Anuales, estaban las facturas emitidas por XX a ZZ por las ventas y las emitidas por ZZ a XX por comisiones y gastos de incentivos y de marketing. Todas esas facturas fueron excluidas a fin de no producir duplicidad en los gastos que se detallan para obtener la utilidad líquida. En otros términos, para el análisis de esos ítems, se debe considerar el informe pericial de julio de 2016.
- 2.5 También se excluyeron de los gastos de los Estados de Resultados el ítem “Amortización” porque corresponde a la contabilización de parte del Bono de

Exclusividad que pagó XX a ZZ y que corresponde a un ítem que está tratado en el expediente en forma totalmente separada.

- 2.6** *La técnica contable implica que TR2 contabilizó en dichos Estados de Resultados los ingresos reales o bien estimaciones o provisiones que fue necesario aclarar y analizar su contenido a fin de cumplir con lo solicitado a incluir en el informe pericial.*

Detallamos a continuación los resultados de dicho análisis:

2.6.1 *En los Estados de Resultados TR2, por instrucciones de XX, provisionaba un ítem de gastos denominado “Gastos por transferencia de pre”. Este gasto fue excluido, ya que es un costo relacionado con pagos a la casa matriz y no con el contrato con ZZ.*

2.6.2 *También TR2 efectuaba provisiones por futuros siniestros denominada “Case reserve”.*

Este ítem fue excluido, ya que en los gastos se incluyeron los pagos reales efectuados por siniestros (reemplazos o reparaciones que pagó XX producto de los reclamos realizados).

2.6.3 *En el año 2015, se excluyó un gasto por asesoría jurídica, ya que se relacionaba con esta causa que está en proceso.*

2.6.4 *Dentro de las políticas contables que XX y TR2 utilizaban era incorporar a los Estados de Resultados algunos ítems que corresponden a gastos de administración central.*

Estos gastos fueron excluidos, porque la práctica contable siempre los muestra separados y no incorporados al costo de cada contrato.

Estos ítems son:

- *Patente comercial de la Empresa.*
- *Provisión por incobrables.*
- *Diferencia de cambio.*
- *Impuesto renta.*
- *Impuestos diferidos.*
- *Corrección monetaria.*
- *Ingresos por servicios (cobrados a terceros).*

3. CONCLUSIONES

3.1 *Los gastos adicionales en que incurrió XX para la operación del contrato con ZZ alcanzaron a UF 21.466,9.*

3.2 *Estos gastos fueron determinados de acuerdo a los Estados de Resultados (centros de costo) que tenía en su contabilidad XX y que fueron modificados, según las consideraciones expuestas en el punto 2 anterior.*

3.3 *Para la conversión de \$a UF se usó el valor de la UF al 31 de diciembre de cada año.*

3.4 *Se adjunta Detalle de ítems que conforman los gastos totales.*

3.5 *La utilidad líquida de XX por la operación de 27 meses fue de 6.165,58 UF.*

DETALLE	UF	%
- <i>Recibido como costo (rebajando comisiones). Punto a) del Informe Pericial de julio de 2016.</i>	37.244	100
	(11.154,7)	30

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN – CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

- Cancelado por incentivo y gastos de marketing. Punto b) del Informe Pericial de julio 2016.		
- Gasto XX por la operación. Punto 3.1 de Informe Pericial.	(21.466,9)	57,6
Utilidad Líquida.....	4.622,4	12,4

**GASTOS (\$) CONTRATO ZZ
AÑOS 2011 – 2015**

Nombre Cuenta	TOTAL	AÑOS				
		2011	2012	2.013	2014	2015
Reparaciones	7.361.947			2.904.808	4.457.139	
Reemplazos	45.427.587			7.286.146	15.410.704	22.730.737
Eventos	752.064		126.478		625.586	
Capacitación y entrenamiento	2.448.357	1.527.271	560.534	360.552		
Premios e incentivos	22.610.734	1.236.663	8.320.589	13.053.482		
Impresos y papelería	45.355		19.878	8.738	16.739	
Mantenimiento equipos técnicos	194.190	88.615	105.575			
Gastos de correspondencia y men ...	2.053.753	17.268	65.623	924.905	1.045.957	
Suscripciones y publicaciones	104.232		4.873	14.264	85.095	
Gastos mantención oficinas	622.963	(6.760)		477.996	151.727	
Compras muebles y equipos técnicos	872.205	588.259	283.946			
Sueldos	219.919.193	11.338.093	40.373.681	87.068.420	81.138.999	
Gratificación	6.262.047	343.449	1.255.813	2.762.081	1.900.704	
Leyes sociales	6.648.969	345.036	1.255.380	3.136.176	1.912.377	
Colación y movilización	13.496.909	368.219	2.255.278	6.478.503	4.394.909	
Capacitación	1.233.539	103.069	767.603	30.840	332.027	
Gastos generales	2.659.508	142.825	634.682	1.296.407	585.594	
Luz, agua, gas	791.278	84.092	195.208	361.206	150.772	
Intereses y multas	2.265.210		506.806	1.094.963	663.441	
Gastos de oficina	1.417.544	90.699	398.913	593.555	334.377	
Servicio de aseo	1.640.209	125.163	460.352	719.894	334.800	
Teléfono	14.821.367	750.068	3.259.246	6.948.675	2.740.131	1.123.247
Celular	3.109.383	164.107	1.530.858	1.121.218	293.200	
Internet	1.914.560	102.085	513.682	922.058	376.735	
Gastos software	75.320		22.617	52.703		
Gastos representación	4.493.496	120.915	1.254.378	3.694.594	(576.391)	

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN – CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO

Otros gastos misceláneos	312.653		301.602	11.051		
Suscripciones y afiliaciones	106.090		42.529	63.561		
Propaganda y publicidad	30.143.185	11.668.643	1.540.452	16.934.090		
Gastos notariales	873.369	392.924	144.897	335.548		
Asesorías profesionales	1.325.856		335.547	712.183	278.126	
Otros servicios contratados	2.368.099	1.159.850	1.208.249			
Seguros	820.675	192.556	220.863	140.188	267.068	
Asesoría jurídica	9.468.982	2.252.255	5.597.410	1.457.977	161.340	
Servicios profesionales ocasionales	12.023.584	1.063.588	491.540	7.273.717	3.194.739	
Honorarios NN	11.265.467	761.348	2.900.224	6.752.015	851.880	
Arriendo oficinas	16.369.525	1.139.719	4.924.107	6.785.011	3.520.688	
Gastos movilización	8.170.815	1.223.280	1.871.942	6.291.435	(1.215.842)	
Gastos de viajes y alojamiento	15.714.568	1.751.514	8.858.754	4.358.368	745.932	
Gastos rechazados	7.824.606		974.479	4.059.487	2.790.640	
Depreciación Equipos oficina	2.178.811		312.652	1.105.785	760.374	
Depreciación muebles y útiles	1.476.133		261.763	740.080	474.290	
Depreciación otros	348.554		61.809	174.752	111.993	
Seguros del personal	5.358.438	297.982	1.148.732	3.568.002	343.722	
Cargos bancarios	195.292	33.191	6.963		155.138	
Gastos bancarios boleta en garantía	1.737.280		1.737.280			
Otros egresos	790.540		442.378			348.162
Otros ingresos	- 158.749		672.484	(831.233)		
Vacaciones	2.962.833			2.011.567	951.266	
IAS	10.169.133			10.169.133		
Regalos personal	484.920			484.920		
Donaciones	121.507			121.507		
Otros seguros	6.893			2.232	4.661	
Gastos Entidades Gubernamentales	4.664				4.664	
TOTALES (\$.....)	505.705.642	39.465.986	98.228.649	214.033.560	129.775.301	24.202.146
TOTALES (UF).....	21.466,90	1.770,2	300,64	9.182,2	944,3	944,3

- q) Por resolución de 13 de diciembre de 2016 que rola a fojas 1078, se ordenó poner en conocimiento de las partes el informe pericial referido en la letra anterior.
- r) Por escrito que rola a fojas 1080, XX observó el informe pericial y solicitó tener presente las consideraciones que expresa, en esencia, postulando que un cálculo conservador conduciría a que la utilidad líquida que debió recibir XX, durante los 45 meses que restaban de vigencia del contrato, ascendería a UF 62.590, a la vez que representó un error, aunque sin incidencia en el resultado final.
- s) Por resolución de 20 de diciembre de 2016, que rola a fojas 1084 se ordenó poner el escrito referido en la letra anterior en conocimiento del Perito señor PE, a fin de que hiciere llegar sus comentarios.

- t) Por escrito que rola a fojas 1085, ZZ solicitó tener presente las consideraciones que expresa en lo que concierne al mismo informe pericial, en esencia, postulando que lo que XX debiera percibir durante el mismo período referido en la letra r) anterior asciende a UF 9.255, a la vez que destacó que XX cobró en exceso UF 7.072,07 respecto de la carta de crédito, aunque reiterando que no pudo cobrarla en absoluto.
- u) Por resolución de 21 de diciembre de 2016, que rola a fojas 1089, se ordenó tener presente las consideraciones referidas en la letra anterior y ponerlas en conocimiento del señor Perito al momento de dar cumplimiento a la resolución referida en la letra s) que antecede.
- v) Por escrito que rola a fojas 1090, ZZ solicitó tener presente determinadas consideraciones al informe pericial por parte de XX que han sido referidas en la letra r) que antecede, en esencia postulando que *“cualquier proyección que se pretenda hacer sin base en los datos de la pericia, exceden el objeto del informe y son por ello completamente improcedentes al intentar incorporar alegaciones y datos que no formaban parte del encargo que el Tribunal le hizo al perito”*.
- w) Por resolución de 21 de diciembre de 2016, que rola a fojas 1093, se proveyó el escrito mencionado en la letra anterior de una manera análoga a lo referido en la letra u) que antecede.
- x) Por Memorándum que rola a fojas 1094, el Perito señor PE dio cumplimiento a lo ordenado en el sentido de hacerse cargo de las observaciones de las partes referidas en las letras que anteceden, separadamente respecto de cada una de las tres presentaciones referidas, en los siguientes términos:
- “1. Escrito XX.**
- a) *En el punto 4 se manifiesta que habría que proyectar la utilidad líquida por los 45 meses restantes. Esta labor no fue encomendada al perito, y, por tanto, no ha emitido informes sobre la materia.*
Técnicamente, cuando se habla de proyectar la utilidad líquida deben hacerse supuestos para todos los ítems que la componen, es decir, los ingresos y todos los ítems de gastos, lo que no sucede en los cálculos efectuados por XX.
- b) *En el otrosí informa de un error de perito, el que reconozco.*
En el punto 3.5 del informe debe señalarse como utilidad líquida la suma de 4.622,4 UF, cifra que aparece al final del “Detalle”.
- 2. Escrito ZZ respecto a las observaciones planteadas por XX al informe del Perito.**
En el punto 1 se incluye una información errada, puesto que en el informe pericial de julio de 2016 se expresa, claramente, que las ventas mínimas (costo) corresponden a las ventas, una vez rebajadas las comisiones pagadas a ZZ.
Además, pasa a proyectar ventas mínimas probables, materia que no fue solicitada al Perito.
- 3. Escrito ZZ respecto al contenido del Informe Pericial.**
En él se expresa que deben proyectarse las ventas mínimas en base al porcentaje real de ellas obtenido en los 27 meses, proyección que no fue solicitada al Perito la efectuará.
Además, menciona materias respecto a la carta de crédito y otros que no son materia del informe pericial solicitado”.
- y) Por resolución de 23 de diciembre de 2016, que rola a fojas 1095, se ordenó poner en conocimiento de las partes el Memorándum mencionado en la letra anterior.

6.7. EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

- a) Por de pronto, se hace constar que por escrito de fojas 929 ZZ interpuso recurso de reposición en contra de las resoluciones libradas por este Árbitro en que dejó para definitiva los incidentes derivados de las objeciones de documentos, solicitando que se recibieran a prueba y que, por resolución de 16 de mayo de 2016, que rola a fojas 933, el Árbitro no hizo lugar a tal recurso, expresando que se ha de tener presente que es Árbitro Arbitrador llamado a resolver como tal y que, tanto en mérito del Código de Procedimiento Civil cuanto del N° 3 de las *“Normas aplicables a la conducción del procedimiento”* de que da cuenta el acta de 1° de septiembre de 2015, que rola a fojas 74 –en cuya virtud en lo no previsto en el Reglamento Procesal de Arbitraje y en los Estatutos del CAM Santiago se aplicarán las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales– el Árbitro entiende, además, que le resultan aplicables los Arts. 637 y 638 del Código de Procedimiento Civil, relativos al juicio seguido ante arbitadores, que consagran amplias facultades en su actuar, sin perjuicio de que acorde al Art. 796 del mismo Código son trámites esenciales los que las partes hayan establecido en el acto constitutivo del compromiso, y si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los N°s. 1 y 5 del artículo precedente, cuyo último numeral considera como trámite esencial *“la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda de aquella contra la cual se presentan”*, norma que, por lo demás, está en íntima consonancia con el N° 7, *“Escritos y documentos”* de la misma acta de procedimiento de 1° de septiembre de 2015, cuando dispone: **“d) Los documentos, de cualquier clase, se acompañarán con citación de la parte contraria, pudiendo ser objetados o plantearse observaciones a su respecto en el plazo de 3 días o en el plazo que el Tribunal estime adecuado al caso...”**. Por otra parte, en el N° 16 *“Incidentes”* de la misma acta de 1° de septiembre de 2015, se expresa: **“b) Los incidentes se resolverán en la sentencia definitiva, salvo que tengan el carácter de previo y especial pronunciamiento o, que de oficio o a petición de parte el árbitro estime adecuado resolverlo desde luego para una mejor conducción de la causa...”**. Se agregó que el Árbitro *“entiende haber dado cumplimiento a las exigencias antes referidas al tener por acompañado con citación todo documento impugnado y/u objetado, sin que se encuentre necesariamente compelido a recibir a prueba los incidentes a que dé lugar la impugnación y/u objeción de documentos, pudiendo en definitiva atribuirles el mérito que estime procedente considerando la forma en que fueron acompañados y lo expresado por la contraparte”*.
- b) Sin perjuicio de las demás normas convenidas en el acta de 13 de marzo de 2014 que rola a fojas 74, concretamente en su N° 12 *“Etapa de prueba”*, letra c), se pactó que *“para acreditar los hechos del juicio se aceptará cualquier medio de prueba establecido por la ley, que racionalmente pueda servir para formar la convicción del Árbitro”*.
- c) En mérito de lo anterior, este Árbitro valorará la prueba con la libertad consiguiente y, en tal sentido, rechazará todos los incidentes –cuya resolución fuera dejada para definitiva– relativos a impugnación y/u objeción de documentos, atribuyéndoles el mérito probatorio que estime procedente y, en especial, considerando que las referidas impugnaciones y/u objeciones más bien dicen relación con el mérito probatorio de los instrumentos objeto de ellas, a cuyo respecto, como se ha dicho, las partes otorgaron a este Árbitro la calidad de Arbitrador.

- d) Como lo expresa un autor (Aylwin Azócar, Patricio: *“El Juicio Arbitral”*, Quinta edición actualizada y complementada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 422, página 480), *“el análisis de los Arts. 637 y 638 citados (en cuya virtud es obligación del arbitrador agregar al proceso los instrumentos que se le presenten y practicar las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos y si el Arbitrador creyere necesario recibir la prueba, decretará este trámite) sugiere una importante observación: los amigables componedores, aunque no son dueños absolutos del proceso ni tienen poder soberano para tramitarlo como les plazca, sino que están sujetos a la observancia de normas convencionales y legales de procedimiento, gozan de cierta libertad en el ejercicio de sus atribuciones, en virtud de la cual pueden hasta practicar de oficio las actuaciones que les parezcan convenientes y negar lugar a las que estimen inútiles y superfluas. Es así como la ley les impone la obligación de practicar las diligencias que estimen necesarias para el conocimiento de los hechos aun cuando las partes no se las soliciten y los faculta para determinar a su arbitrio, según lo consideren o no preciso, la procedencia del trámite de la recepción de la causa a prueba. Y es lógico el sistema legal, pues si los Arbitradores son Jueces llamados a fallar según los dictados de su propia conciencia, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada, deben disponer de los medios aptos para adquirir el convencimiento indispensable para pronunciar sentencia”*.

B.-PARTE CONSIDERATIVA:

1. En cuanto a la naturaleza del contrato:

Según se infiere de la Parte Expositiva, la primera excepción opuesta por ZZ (fojas 118) es la de nulidad absoluta, por objeto ilícito, del contrato de fojas 3:

• El tenor del contrato:

Teniendo presente para estos efectos la síntesis contenida en el N° 1 de la Parte Expositiva, cabe expresar que las partes lo califican reiteradamente como uno de prestación de servicios, a saber:

- El título es *“Contrato de Prestación de Servicios”*.
- Al final del exordio del contrato, igualmente se habla de un *“Contrato de Prestación de Servicios”*.
- En los *“Antecedentes”*, se alude a un *“Contrato de Servicios”*.
- Otro tanto se hace en el acápite iii. de los *“Antecedentes”*.
- En la Cláusula Primera *“Definición de Términos”*, al conceptuar la expresión *“Consumidor”*, se alude a un *“Contrato de Servicio”*.
- En la misma Cláusula Primera, al definir *“Comisión”*, se alude a *“Servicios”*.
- En la misma Cláusula Primera se define *“Contrato de Servicios”*, expresando: *“Un contrato celebrado entre el Intermediario (ZZ), quien actuará por cuenta de XX, y un Consumidor en el cual se establece que contra el pago de un precio determinado, XX se obliga a reparar, reemplazar o reponer algunos bienes muebles destinados para uso personal o en el hogar, en el evento de que el producto presente fallas estructurales o de operación, derivadas de defectos en los materiales, calidad o mano de obra, conforme a los términos y condiciones estipulados en el respectivo contrato de servicio, cuyo formato se adjunta al presente Contrato como Anexo “A”*.

- En la misma Cláusula Primera, al definir “Costo”, se expresa “*Contrato de Servicio vendido o emitido bajo el Programa de Garantía Extendida*”, y luego se reiteran las expresiones “*Contrato de Servicio*”.
- En la misma Cláusula Primera, al definir “Precio”, se declara que es “*el monto total que paga un Consumidor al Intermediario por el Contrato de Servicio, según lo acordado entre el Intermediario y XX y que comprende el Costo, la Comisión (diferencia entre Costo y Precio). Además debe recaudar cualquier impuesto aplicable*”.
- En la Cláusula Segunda “Objeto”, se expresa que “*el objeto del presente Contrato de Prestación de Servicios es establecer los términos y condiciones que regirán los Servicios...*”.
- En el N° 1 de la Cláusula Tercera, “Obligaciones de ZZ”, en el N° 1 “*Promoción del Programa de Garantía Extendida*”, se alude tres veces a “*Contrato de Servicio*”. En el N° 2 al cobro del “*Contrato de Servicios*”; en el N° 3 “*Informes a XX*” se hace otro tanto; en el N° 4 “*Manejo y pago de terminación y reembolsos*”, ocurre lo mismo; y en el N° 6 se alude a “*este Contrato o el Contrato de Servicios*”;
- En la Cláusula Cuarta “Obligaciones de XX”, N° 3, hay una referencia a “*Contratos de Servicio*”, ocurriendo otro tanto en el N° 4.
- En la Cláusula Quinta “*Términos y Condiciones de la Prestación de los Servicios*”, en la frase inicial, se alude a “*la Prestación de los Servicios*”; en su N° 1 “Objeto”, a “*Contratos de Servicio*” y “*Contrato de Servicio*”; y en su N° 5 “*Productos Elegibles*”, a “*Contratos de Servicios*”, dos veces.
- En la Cláusula Sexta “*Circuito de Pagos y Reembolsos*”, en el N° 1 se expresa “*Contrato de Servicio*”; en el N° 2 “*Servicios*” y luego a “*Contrato de Servicio*”; en el N° 4 a “*Contratos de Servicios*”; en el N° 7 a “*Contratos de Servicios*”; en el N° 9 otro tanto; y en el N° 11 a “*Contrato de Servicio*”.
- En la Cláusula Séptima “*Vigencia*”, letra B N° 2, hay una referencia a “*Contratos de Servicio*”.
- En la Cláusula Décima “*Relación entre las Partes y Responsabilidad Laboral*”, en la letra B, hay una referencia a “*Contratos de Servicio*” y en la letra C, las partes manifiestan: “*Asimismo, las Partes declaran y ratifican que para todos los efectos del presente Contrato, la naturaleza jurídica de éste es la de un contrato de prestación de servicios, así como de administración de recursos y coordinación de servicios....*”; en la letra E. hay una referencia a “*la prestación de los servicios*”; y en la letra F. otro tanto.
- También es del caso destacar la Cláusula Décima Segunda “*Cesión de Derechos*”, en que las partes expresan que “*no podrán ceder sus derechos u obligaciones de este Contrato salvo con el consentimiento escrito de la otra Parte. Con todo, XX podrá ceder el contrato a una sociedad relacionada en caso (i) que XX o una sociedad relacionada a ésta constituya en Chile una Compañía de Seguros o (ii) que a consecuencia de una modificación legal o de un cambio en la normativa aplicable dictada por la autoridad competente establezca que la prestación de los servicios regidos en este contrato sólo pueden ser prestados por compañías de seguros....*”.
- En la Cláusula Décima Cuarta “*Misceláneos*”, se alude a los “Anexos” y, entre éstos al Anexo “*A. Formato del Contrato de Servicio*”.
- En efecto, en este Anexo A se comienza expresando “*el Contrato de Servicio*” y, más adelante, se emplean las expresiones “*Servicio Garantía Extendida*”, “*Contrato de Servicio*”, “*Servicio de Garantía Extendida*”, “*Servicio*”, “*Servicio de Atención Clientes Garantía*”

Extendida ZZ” (dos veces), “prestación de un servicio que XX entrega a los clientes de ZZ”, “Servicio Garantía Extendida”, “Servicio”, y “Servicio de Garantía Extendida”.

• En el Anexo E 1 “Bono. Primero. Objeto”, se expresa “Contratos de Servicio”.

En consecuencia, categórico es que las partes calificaron al contrato como uno de prestación de servicios.

Con todo, bajo el prisma de que “*las cosas son lo que son por su esencia y no por el nombre que le den las partes*”, fuera de tratarse de una cuestión de derecho entregada a la calificación del Árbitro, en el acápite que sigue pasamos a ocuparnos de la calificación misma del contrato de autos.

• **Calificación del contrato más allá de lo expresado por las partes:**

a) ZZ ha sostenido que su relación contractual con XX correspondió a un contrato de seguro y, por consiguiente, quedó sujeta a las normas imperativas que nuestra legislación establece para el ejercicio del comercio de seguros, en particular, el Art. 4° del D.F.L. 251 de 1931, en el sentido que “*el comercio de asegurar riesgos a base de primas, sólo puede hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro...*”; siendo del caso que XX no es una sociedad anónima nacional de seguros, ni una sociedad anónima.

Así las cosas, ZZ alega que el contrato es nulo de nulidad absoluta por objeto ilícito, e incluso que ello aparecería de manifiesto en el acto o contrato.

b) Este planteamiento de ZZ será desestimado, por las siguientes razones:

• En primer término, cabe considerar que la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos de servicio de garantía extendida no es un tema pacífico, pudiendo postularse tanto que constituyen un tipo de seguros, cuanto que sólo importan una modalidad especial de garantía.

Más aún, asumiendo que los contratos de servicio de garantía extendida importan un tipo de seguro, cabría encuadrarlos dentro de los denominados “*seguros de caución*”; y es del caso que, respecto de estos seguros, también se han planteado discusiones a propósito de su naturaleza jurídica.

En tal sentido, el tratadista argentino Emilio H. Bullo, en su obra “*El Derecho de Seguros y de otros Negocios Vinculados*”, Tomo II (Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2001, página 581), si bien se inclina por la tesis que reconoce al seguro de caución la naturaleza de un contrato de seguro propiamente tal, destaca que “*pueden citarse numerosos fallos en el sentido de considerar la caución como una garantía y hasta se ha llegado a sostener que el seguro de caución ‘es una fianza’ y no un seguro, por pertenecer a los contratos de garantía cuyo objeto es la eliminación del riesgo de la mora ...*”.

• Refrenda lo anterior el hecho que el seguro de caución sólo fue introducido en nuestra legislación en virtud de la reforma al Derecho de Seguros por la Ley 20.667, de 9 de mayo de 2013 y que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2013 (artículo transitorio).

En efecto, antes de la citada Ley 20.667, el Código de Comercio no aludía al seguro de caución, mientras que la actual redacción del Art. 582 dispone que “*por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.*”

Las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada”.

Como es dable apreciar, esta definición guarda cierta relación con la pretendida relación de seguro que existiría entre XX y el “Consumidor”.

Antes de la Ley 20.667, nuestra legislación sólo contenía una referencia al seguro de crédito (semejante en varios aspectos al de caución) en el Art. 11 del D.F.L. 251 de 1931, cuyo inciso 3° dispone que *“los riesgos de crédito deben ser asegurados sólo por compañías del primer grupo que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgos, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad...”*.

El mismo precepto definía y define el seguro de crédito como *“aquel que cubre los riesgos de pérdidas o deterioros en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de la obligación de dinero o de crédito de dinero”*. Esta definición concuerda con la que entrega el actual Art. 579 del Código de Comercio, que reza *“por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero”*.

- Desde esta perspectiva, a la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios entre ZZ y XX (19 de agosto de 2011), el legislador chileno no sólo no aludía a un *“seguro de garantía extendida”*, sino que ni siquiera contemplaba el *“seguro de caución”*, con el cual podrían encontrarse mayores semejanzas. El D.F.L. 251 de 1931 sólo hacía referencia al *“seguro de crédito”*, en que el objeto que se asegura es el cumplimiento de una obligación “dineraria”, al tiempo que los servicios de garantía extendida, según la propia definición de *“Contrato de Servicios”* que se contiene en el contrato entre ZZ y XX, consisten en *“reparar, reemplazar o reponer algunos bienes muebles destinados para uso personal, o en el hogar, en el evento que el producto presente fallas estructurales o de operación”* (Cláusula Primera, al definir *“Contrato de Servicios”*).
- Estimamos que lo expresado en este párrafo guarda íntima relación con la Cláusula Décima Segunda del contrato, en que bajo el epígrafe *“Cesión de derechos”*, las partes se colocan en el evento de que *“a consecuencia de una modificación legal o de un cambio en la normativa aplicable dictada por la autoridad competente establezca que la prestación de los servicios regidos en este contrato sólo pueden ser prestados por compañías de seguros”*.
Nos parece que bien puede afirmarse que esta cláusula no hace sino reconocer la situación existente antes de la reforma al Código de Comercio por la Ley 20.667 en que, aún más que ahora, cabían serias dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación contractual a que darían origen los contratos de prestación de servicios de garantía extendida.
- Conforme a lo anterior, no cabe sino desestimar el planteamiento de ZZ en el sentido que el pretendido vicio de nulidad aparecería *“de manifiesto en el acto o contrato”* (Art. 1683 del Código Civil).
- Pero más allá de lo expuesto, aun asumiendo que el servicio de garantía extendida importare una relación de seguro, ello tampoco podría llevar a concluir que la relación contractual entre ZZ y XX haya sido un contrato de seguro.

En efecto, en aquella eventual relación de seguro, ZZ no sería parte. Así, el asegurador en dicho contrato de seguro sería XX; el asegurado sería el

“Consumidor” (en los términos definidos en el Contrato de Prestación de Servicios de marras); y ZZ sería un mero Intermediario (como, por lo demás, se le denomina en el Contrato), asimilable a un corredor que –como tal– no es parte del contrato, ni siquiera como tomador.

Sobre el particular, cabe tener presente que en el “Anexo A Formato del Contrato de Servicio”, bajo el título “*Términos y Condiciones Garantía Extendida. Objeto del contrato*”, se expresa: “*Este certificado corresponde al contrato de garantía extendida celebrado entre XX SpA, en adelante XX, y el cliente aquí individualizado*”.

- En tal sentido, el contrato de prestación de servicios entre ZZ y XX es un contrato marco o normativo, cuyo objeto no es establecer una relación de seguro entre ZZ y XX, sino, como lo dispone su Cláusula Segunda, “*el objeto del presente contrato de prestación de servicios es establecer los términos y condiciones que regirán los servicios, definir su implementación, manera en que sean distribuidos, el circuito de dinero, la determinación de los Productos Elegibles, la garantía de exclusividad que brinde el Intermediario en favor de la Compañía, comercialización de las Garantías por medio de los Canales de Distribución del Intermediario y el Tratamiento de la Base de Clientes actual o futura. El Intermediario como parte de sus obligaciones deberá mantener un volumen de Ventas Mínimas, como se estipula en la cláusula 3ra. Pto. N° 7mo*”.

- Inclusive, si se calificare la relación derivada de los servicios de garantía extendida como un contrato de seguro, cabría concluir que el contrato entre XX y ZZ sería un contrato marco que regularía –entre otros aspectos– la prestación de un servicio de correduría de seguros por parte de ZZ.

Es decir, habría que concluir que ZZ actuó como un corredor de seguros respecto de los futuros contratos de seguro entre los “Consumidores” y XX. En tal sentido, sería ZZ la que vulneraría el Art. 48 del D.F.L. 251, que sanciona a los que actúen como corredores de seguros sin estar inscritos en los registros que exige la ley, en los términos del Art. 58 del mismo cuerpo normativo.

De esta forma, quien estaría infringiendo una prohibición legal que ocasionaría un vicio de nulidad sería precisamente ZZ.

- Pues bien, en estricta concordancia con lo anterior, aún en el evento que llegare a concluirse que respecto de la relación contractual entre ZZ y XX resultaren aplicables las prohibiciones contenidas en el D.F.L. 251 para el ejercicio del comercio de seguros, manifiestamente ZZ sería indigna para invocar la causal de nulidad, pues no sólo celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que pretendidamente lo invalidaría (materia a que nos referiremos en el número siguiente), sino que, más aún, sería ella la parte que habría violado la prohibición legal que originaría el supuesto vicio.

3.3. Indignidad de ZZ para hacer alegar una pretendida nulidad absoluta del contrato:

a) En general. El contrato celebrado por ZZ con TR (TRa):

Aun asumiendo que el contrato efectivamente fuere uno de seguro y que, por consiguiente, a la luz del Art. 4 del D.F.L. 251 ha debido ser celebrado, en calidad de asegurador, por una sociedad anónima nacional que tenga por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias y esté debidamente autorizada por la Superintendencia, o lo que es igual, que XX investía la calidad de asegurador por tomar de su cuenta el riesgo, obligándose “*a reparar, reemplazar o reponer algunos bienes muebles destinados para uso personal o en el hogar, en el evento de que el producto presente fallas*”

estructurales o de operación, derivada de defectos en los materiales, calidad o mano de obra” (definición de “Contrato de Servicios” en los “Antecedentes” del contrato de fojas 3), las siguientes circunstancias llevan a este Árbitro a concluir que ZZ no ha estado en situación de hacer valer la correspondiente nulidad absoluta, en la especie, por vía de excepción, pues manifiestamente habría celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba (Art. 1683 del Código Civil), o lo que es igual, no ha podido valerse de su propio dolo, culpa o torpeza, cualquiera fuere la situación, que sabido es conlleva la aplicación del denominado principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

- En efecto, tal como lo expresara XX, ZZ celebró el contrato conociendo a cabalidad su contenido o debiendo haberlo conocido, no pudiendo argüir que su contraparte la habría inducido a celebrar el contrato, puesto que si tal hubiere sido la situación, debió invocar algún vicio de consentimiento en la celebración del contrato, al parecer dolo, pues alude a que habría sido “*inducido*”, dolo que en todo caso ha debido probar (Art. 1459 del Código Civil), lo que no ha ocurrido.

Por lo demás, XX dio aplicación práctica al contrato (Art. 1564 inciso final del Código Civil) como un contrato de prestación de servicios, es decir, su conducta procesal al oponer esta excepción contradice su conducta extrajudicial pasada, contraviniendo de esta manera los actos propios (“*venire contra factum proprium non valet*”).

- Relevante es destacar que ZZ, según se dirá, encontrándose aún vigente el contrato con XX, celebró un contrato de naturaleza análoga con TR (TRa) (documento de fojas 319 acompañado por XX en su dúplica en la demanda reconvenional) y particularmente el exhibido por ZZ, a requerimiento de XX, a fojas 399, denominado “*Contrato Marco de Prestación de Servicios entre ZZ y TRa*”, de 7 de noviembre de 2013, de modo que cabe concluir que, a esa fecha, anterior a la terminación del contrato con XX, el entendimiento de ZZ seguía siendo el que los servicios de garantía extendida calificaban como contrato de prestación de servicios, es decir, habría “reiterado” en su pretendido error. Más aún, el contrato con TR es de 7 de noviembre de 2013, o sea, incluso anterior a la carta enviada por ZZ intentando poner término al contrato al 31 de diciembre de 2013, a lo que nos referiremos a propósito de la exclusividad.

- En términos generales, este contrato de fojas 399 y siguientes es análogo al de autos celebrado con XX y aún más beneficioso para ZZ, como bien lo ha expresado XX en sus observaciones a la prueba contenidas en escrito de fojas 983, concretamente a fojas 999.

- En efecto, XX manifiesta que el contrato con TRa) tiene una duración de 8 años; que ZZ se obligó a pagar 200.000 UF por concepto de ventas mínimas, en circunstancias que en el contrato con XX las ventas mínimas sólo ascendían a UF 251.777,07; en el contrato con TRa), ZZ recibió \$550.000.000 por concepto de exclusividad, en circunstancias que en el contrato con XX percibió UF 14.723,90 (alrededor de \$323.252.917 a la fecha de suscripción del contrato); en el contrato con TRa), ZZ recibiría \$27.600.000 anuales por distintos conceptos, o sea, durante la duración del contrato \$220.800.000, lo que no acontecía en el contrato celebrado con XX; en el contrato con TRa), ZZ no amortizaría el monto pagado por la exclusividad, sino que sólo estaba expuesta a devolver dicha suma en caso de incumplir el contrato durante los primeros doce meses de vigencia, mientras que en el contrato con XX el *Bono* por exclusividad se amortizaría durante los seis años del contrato, en la proporción que alcanzaran las ventas mínimas; y el contrato con TRa) tiene una vigencia de 8 años, mientras que con XX sólo 6 años, aunque en ambos otorgando a la contraparte de ZZ la facultad de prorrogar el contrato hasta alcanzar las ventas mínimas.

• Más en detalle, si se examina el contrato celebrado con TRa), denominado también “TR”, constatamos lo que sigue:

- Se le califica de “*Contrato Marco de Prestación de Servicios*”.
- En la cláusula “*Preliminar: Antecedentes Generales*”, se expresa que TR “*es una compañía debidamente constituida y existente bajo las leyes de la República de Chile, cuya actividad comercial consiste en la prestación de servicios de asistencia para solucionar contingencias que puedan afectar a las personas y a sus bienes, así como asesoría para contingencias que sufran sus clientes y sus respectivos beneficiarios, las mismas que son acordes al objeto social de TR...*”.

Se agrega que “*ZZ es una compañía que distribuye y vende artefactos de electrónica, línea blanca, electrodomésticos, de telefonía y computación nuevos, a través de locales de ventas propios y canales remotos*”, y que “*con el objeto de ofrecer a sus clientes los servicios de Garantía Extendida, viene en celebrar el presente contrato con TR, para la prestación de dichos servicios*”, añadiéndose que “*la prestación de los servicios ofrecidos por ZZ a sus clientes, a través de sus canales plataformas comerciales y razones sociales relacionadas y/o continuadoras de dicha compañía ZZ, así como la prestación de cualquier otro servicio futuro, tales como el producto Triple Garantía Mensual y las protecciones de robo y daño accidental a iPhones, teléfonos celulares y electrónica portátil, serán efectuadas única y exclusivamente por TR. Esta exclusividad se mantendrá mientras se encuentre vigente el presente contrato*”.

- En la Cláusula Primera “*Definiciones*”, N° 3, se alude a “*Plan de Servicios*”, “*Planes de Servicios*”, “*Garantía Extendida*” o “*Prestación*”, conceptuadas como “*el conjunto de servicios de asistencia y acciones destinadas a dar cumplimiento a las obligaciones que emanan del Certificado de Garantía Extendida Doble Garantía, en el cual se señalan los servicios ofrecidos a los clientes de ZZ, los que se encuentran detallados en los Anexos del presente Contrato, los que forman parte integrante del mismo para todos los efectos legales*”.

La expresión “*servicios*” o “*servicios de garantía extendida*” se emplean reiteradamente en el contrato, a saber, Primero N°s. 4, 5, 10 y 11; Segundo N°s. 1, 2, 3, 4 y 6; Cuarto N°s. 1, 2, 7 y 8; Quinto N° 1; Sexto N° 1; y Décimo.

También encontramos las expresiones en el Anexo I “*Tarifas técnicas netas TR, Servicios y Coberturas*”, empleándose la palabra “*servicios*” o “*servicio*” tanto al referirse a las coberturas como a servicios. Asimismo, se encuentra la expresión “*servicio*” en el Anexo II “*Planes y Productos Cubiertos*”, aludiéndose también a “*Planes de Servicio*” y “*servicios de garantía extendida*”; en el Anexo III “*Estándares de servicios*”; y en el Anexo 4 “*Product Manager*”.

b) Forma de alegar la nulidad absoluta:

Atendido lo anterior, resulta innecesario pronunciarse sobre la alegación de XX en el sentido que la nulidad absoluta ha debido hacerse valer por vía de acción, sin perjuicio que manifiesto es que también puede hacerse valer por vía de excepción.

Baste al efecto citar la autoridad de Arturo Alessandri Besa (“*La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno. Título XX del Libro IV del Código Civil*”, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, páginas 633 y siguientes), cuando luego de aludir a la acción de nulidad absoluta, se refiere a la excepción de nulidad, expresando que constituye una excepción perentoria, siendo ésta la otra forma de hacer valer la nulidad en juicio, agregando que si bien el Código de Procedimiento Civil se ha referido especialmente a la nulidad como excepción en el juicio ejecutivo, nada dijo sobre la excepción de nulidad que se opone en un juicio ordinario,

añadiendo que la excepción cobra especial importancia cuando el vicio que la origina no aparece de manifiesto en el acto o contrato, dado que el Tribunal está imposibilitado para declararla de oficio, pero mediante la excepción pasa a tener competencia para pronunciarse sobre ella, puesto que las partes le han sometido expresamente la decisión de ese asunto.

Concluye que, por contemplar el Art. 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil la nulidad de la obligación entre las excepciones que se pueden oponer a la demanda ejecutiva, se demuestra que en concepto de la ley la nulidad puede alegarse como excepción, añadiendo que *“en nuestra modesta opinión, no creemos que sea necesario oponer la nulidad absoluta mediante una reconvencción; puede formularse como una excepción perentoria destinada a destruir la acción entablada”* (páginas 637 y 638).

c) Acaso el pretendido vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato. Declaración de la nulidad de oficio:

ZZ ha argumentado que incluso el Árbitro podría declarar de oficio la nulidad del contrato por aparecer de manifiesto en el acto o contrato, en los términos del Art. 1683 del Código Civil.

El Árbitro no comparte tal aserto, no sólo atendida la literalidad del contrato celebrado entre las partes, sobre la cual se ha abundado, sino porque, citando la misma autoridad (ob. cit., página 520), *“para que el Juez pueda declarar de oficio la nulidad absoluta, es necesario que ella esté patente y clara en el instrumento mismo que da constancia del acto o contrato; si para llegar a establecer la existencia del vicio, es necesario recurrir a otros antecedentes y medios probatorios, no se puede considerar que “aparece de manifiesto en el acto o contrato”.*

Expresa que así lo han entendido varias sentencias empleando las palabras *“al estar descubierto, patente, claro, indudable, presente y visible en el instrumento mismo y no resultar de ratiocinios más o menos próximos o de examen de probanzas”* (ob.cit, página 521).

4. En cuanto a la obligación de exclusividad de que da cuenta el contrato celebrado por las partes el 19 de agosto de 2011:

2.1. En lo que concierne al contrato:

a) Su Cláusula Quinta N° 2 alude a esta materia, expresando que *“a partir de la Fecha de Entrada en Vigencia y durante toda la vigencia del presente Contrato, el Intermediario participará en el Programa de Garantía Extendida de forma exclusiva con XX (acceso exclusivo a los canales de distribución del Intermediario por parte de la Compañía) y se obliga a (i) abstenerse de celebrar contratos, convenios y acuerdos, así como aceptar comisiones o encargos de naturaleza igual o similar a los establecidos en el presente Contrato, ya sea para comercializar servicios similares, equivalentes o complementarios al Programa de Garantía Extendida ofrecido por XX y (ii) a terminar cualquier otro contrato de igual o similar naturaleza que se encontrare vigente, con al menos 30 (treinta) días de anticipación a la fecha de Entrada en Vigencia. El Intermediario garantiza a la Compañía durante la vigencia del presente contrato, la exclusividad en la distribución y comercialización de los Productos de Garantía Extendida por medio de cualquiera de sus canales de distribución a sus clientes pasados, presentes o futuros. De no cumplir el Intermediario con esta exclusividad, XX podrá hacer efectiva la Carta de Crédito”.*

b) En los “Antecedentes” del “Contrato de Prestación de Servicios”, se define “Carta de Crédito” o “Crédito Documentario” o “Letter of Credit” refiriéndose *“al acuerdo como sea denominado o escrito, que es irrevocable y en cuya virtud contiene un compromiso definitivo del banco emisor de honrar una obligación de pago a la presentación de tal documento realizada por XX. El solicitante de tal Carta de Crédito es ZZ, el que abra o*

emita el crédito a solicitud del requirente será el banco emisor, y XX a cuyo favor se emita el crédito será el Beneficiario (ver Anexo E)”.

2.2. El contrato celebrado por ZZ con TRa):

Pertinente es reiterar que en el contrato celebrado por ZZ con TRa) el 7 de noviembre de 2013 (fojas 399), su cláusula tercera alude a “Exclusividad”, expresando que *“en virtud del presente contrato, TR pagará a ZZ, por concepto de exclusividad, la cantidad de \$550.000.000 (quinientos cincuenta millones de pesos chilenos) netos. ZZ otorga a TR la exclusividad para prestar los servicios asociados a la venta de los servicios de Garantía Extendida “Doble Garantía”... Esta exclusividad se mantendrá mientras se encuentre vigente el presente contrato”.*

2.3. Secuencia cronológica:

Es del caso destacar la siguiente que se infiere de la documentación detallada en la Parte Expositiva.

- 19.08.2011: fecha del contrato de prestación de servicios celebrado por las partes de este juicio.
- 7.11.13: fecha del contrato celebrado por ZZ con TRa).
- 29.11.13: fecha de la carta de ZZ a XX comunicando el término del contrato a partir del 31.12.13, sin mayor agregado.
En el escrito de contestación ZZ argumenta que, por consiguiente, quedó en libertad para contratar con otro, lo que en rigor ya había hecho, pero lo que es más importante es que en la citada carta transcribe el Anexo 1 “Bono”, Cláusula Tercera , punto (a), cuando alude al pago por parte de ZZ a XX *“(a) Si el contrato termina por cualquier razón no imputable a XX durante la vigencia pactada... como en este caso”,* es decir, expresa que el contrato termina por algo que no es imputable a XX, no obstante lo cual con posterioridad opone la excepción de contrato no cumplido, precisamente fundada en alegados incumplimientos de XX.
- 03.12.13: correo electrónico de XX a ZZ, en que expresa que el término del contrato no es una buena decisión para XX, pero sí para ZZ.
- 06.01.14: XX representa que el término del contrato está regulado por éste y no reconoce tal término.
- 24.01.14: ZZ imputa incumplimientos a XX.
- 29.01.14: constatación notarial del ofrecimiento de la garantía extendida por parte de ZZ a través de TR.
- 04.02.14: aviso de término de XX dando el plazo contractual de 60 días para subsanar.
- 10.02.14: XX manifiesta que no ha incurrido en incumplimiento y que, en todo caso, se trata de obligaciones accesorias.
- 26.06.14: XX da por terminado el contrato y estima que está justificado el cobro de la carta de crédito.
- 31.07.14: sería el cobro de la carta de crédito, aunque a fojas 841 (cartola bancaria) aparece el 26.06.14.

De la relación se infiere que, aún en el evento que el contrato hubiere terminado el 31 de diciembre de 2013, como lo manifestó ZZ en su comunicación a XX de 29 de noviembre de 2013, lo cierto es que celebró el contrato con TRa) está fechado 07 de noviembre de 2013, es decir, sin lugar a dudas encontrándose vigente el contrato con XX, lo que permite calificar la violación de la obligación de exclusividad como *“flagrante”.*

2.4. Conclusiones:

- Efectivamente ZZ infringió la obligación de exclusividad que asumió en el contrato celebrado con XX y, en consecuencia, facultó a ésta para hacer efectiva la carta de crédito, siendo cuestión distinta el monto por el cual se ha podido hacer efectiva, materia que, atendido como se resolverá, en definitiva no resulta relevante.

Además, resulta plausible lo argumentado por XX en cuanto a que sólo pudo hacer efectiva la carta de garantía por su total, atendido que, conforme al Anexo E 1 la recuperación acelerada del *Bono* de acuerdo a la fórmula de que da cuenta su Cláusula Tercera (fojas 28), suponía conocer las ventas reales efectuadas por ZZ.

- De esta manera, el Árbitro concluye que ZZ violó dos principios cardinales del derecho contractual, cuales son los principios de la fuerza obligatoria del contrato y de la buena fe, de que dan cuenta los Arts. 1545 y 1546 de nuestro Código Civil, ambos íntimamente vinculados, puesto que en la observación del pacto o cumplimiento de la palabra, o lo que es igual, en la obligación que deriva del contrato, ha de actuarse de buena fe.

- Sabido es que el principio de fuerza obligatoria de los contratos se expresa en el aforismo *“pacta sunt servanda”*, en el sentido que *“los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan, todo ello como una suerte de subprincipio o corolario de otro principio, cual es el de la autonomía de la voluntad o libertad contractual”* (López Santa María, Jorge: *“Los Contratos. Parte General”*, Tomo I, Cuarta Edición Revisada y Ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, página 275). Tal es la fuerza del vínculo que arranca del contrato, que el legislador incluso utiliza la metáfora de la ley.

Por lo demás, este principio no es exclusivo de nuestro Código Civil, sino que, por ejemplo, lo encontramos a propósito de las convenciones internacionales o tratados del Art. 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados, de la cual Chile es Estado parte (D.S. 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 22 de junio de 1981).

- Por su parte, en términos generales, *“mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad”*. En sede no jurídica, la expresión *“buena fe”* designa una persuasión subjetiva interna (de carácter ético de estar actuando o haber actuado correctamente). *Proyectada al terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde”* (ob.cit, página 797).

Abundando, digamos que la buena fe subjetiva *“es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra el derecho”*. (ob. cit, página 398, citando a Andreas Von Thur, *“La Buena Fe en el Derecho Romano y en el Derecho Actual”*, en Revista de Derecho Privado, N° 146, Madrid, 1925, página 337). A su turno, la buena fe objetiva *“es la noción que mayormente interesa en ámbito de los contratos. A ella se está remitiendo el Art. 1546 del Código Civil cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, de consiguiente, los contratos obligan no sólo a lo que ellos se expresa”* (ob. cit., página 400). *“La regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato”* (ob. cit., página 402), es decir, durante todo el *íter* contractual, o lo que es igual, en los tratos preliminares, en la celebración del contrato, en su cumplimiento e interpretación, y todavía en la terminación del contrato y relaciones postcontractuales.

En concepto de este Sentenciador, ZZ no sólo violó la ley del contrato, sino que su actuar tampoco respetó el principio de la buena fe, puesto que concedora de la vigencia de la

relación contractual con XX, celebró un contrato análogo con TRa), y decimos veinte acorde a su propia interpretación que, según se dirá, no es la que recoge este Árbitro, coincidiendo en ello con la demandante principal XX.

Para concluir, el principio de la buena fe tampoco es privativo del Derecho Civil, sino que también aparece recogido por la ya mencionada Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (Art. 27).

• Si pensáramos en el Código Civil, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y aún en la Constitución Política de la República, diríamos que los preceptos cardinales en las materias que se indican son los siguientes: en materia contractual, el Art. 1545 del Código Civil; en materia de tratados o convenciones internacionales, el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y en la Constitución Política de la República, su Artículo 7° cuando dispone que *“los órganos del Estado sólo actúan válidamente previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma que la ley prescribe”*, no pudiendo atribuirse otra autoridad de derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

3. En cuanto a si las “ventas mínimas” de que da cuenta el contrato eran o no garantizadas:

3.1. El contrato:

• En la Cláusula Primera *“Definición de términos”*, se expresa que *“es el volumen mínimo de ventas de Garantías Extendidas, expresadas en unidades de fomento, que el Intermediario se compromete a alcanzar durante la vigencia de este Contrato. La Venta Mínima será la equivalente al “costo” que debe recibir la Compañía”*.

• Conforme a la cláusula tercera *“Obligaciones de ZZ”, N° 7 “Ventas mínimas. Amortización”, “los valores en la tabla que se anexa son las Ventas Mínimas esperadas durante los seis (6) primeros años a partir de la Fecha de Entrada en Vigencia de este Contrato, y que equivalen al Costo. Las mismas se encuentran expresadas en unidades de fomento (que será tomado al tipo de cambio vigente al 5 de agosto de 2011). T/C al 05.08.11=\$461,79 / Valor UF al 05.08.11 = \$21.954,30.*

	VENTAS TOTALES MÍNIMAS ANTES DE IMPUESTO, COSTOS, PÉRDIDAS, O CUALQUIER OTRO GASTO (EN UF)
AÑO 1	UF 17.032,67
AÑO 2	UF 26.669,97
AÑO 3	UF 44.282,33
AÑO 4	UF 45.472,69
AÑO 5	UF 52.578,37
AÑO 6	UF 62.742,05
ACUMULADO	UF 251.777,07

• Conforme a la cláusula séptima *“Vigencia”*, en que se pacta un período inicial de seis años renovable automáticamente por plazos sucesivos de dos años, salvo notificación en contrario de una parte a la otra a lo menos con 90 días previos a la renovación, en su inciso 3° se expresa:

“Para el caso que al cabo de los primeros seis años de vigencia, el Intermediario no haya alcanzado las Ventas Mínimas esperadas cuyo monto total acumulado al fin del sexto año debería ser al menos igual a la suma señalada de las ventas mínimas señaladas en la Cláusula Tercera, Pto.7 (ya transcrito)(es decir, un total de UF 251.777,07), la Compañía tendrá derecho a extender este contrato por plazos sucesivos hasta que se haya alcanzado

ese target de venta, descontando cualquier déficit y las terminaciones anticipadas o cancelaciones de Contrato de Servicio. En consecuencia, si las Ventas Mínimas no fueran alcanzadas por el Intermediario en los plazos acordados, XX podrá extender la vigencia del presente contrato por los plazos adicionales necesarios”.

3.2. La controversia:

Consiste en que XX postula que estas ventas mínimas estaban “garantizadas”, al tiempo que ZZ sostiene que eran ventas “esperadas”, constitutivas de una mera expectativa, llegando a afirmar que se trataba de una obligación de medios y no de resultado.

3.3. Conclusión del Árbitro:

- Parece evidente que las ventas mínimas estaban garantizadas, lo que connota la propia expresión “mínimas”, sin perjuicio que XX quedó facultada para prorrogar el contrato en el evento que tales ventas mínimas no se alcanzaren en el período de seis años. Como bien ha postulado XX, esta facultad no tendría sentido si las ventas mínimas no estuvieren garantizadas.

- La circunstancia que durante el período de vigencia del contrato no se alcanzaron, a lo menos durante los dos primeros años en que el contrato rigió cabalmente, los mínimos de que da cuenta la Cláusula Tercera N° 7 y que, por ende, no estarían garantizados, no se compadece con la facultad de XX de prorrogar el contrato en el evento ya referido, o lo que es igual, del contrato no se puede inferir que las ventas no estarían garantizadas por la circunstancia que durante su vigencia efectiva, a lo menos en los dos primeros años en que alcanzó a regir cabalmente, no se alcanzaron los guarismos de que da cuenta la Cláusula Tercera N° 7.

- Por lo demás, es de presumir que XX, en el análisis económico del contrato, calculando todos los desembolsos en que debiera incurrir, estimó que, para que el contrato estimativamente le resultare rentable, debía alcanzarse el total de ventas mínimas ya referidas.

- La expresión “esperadas” contenida en la Cláusula Tercera N° 7, para este Árbitro sólo connota futuridad, porque obviamente al momento de la contratación, todas las ventas mínimas eran “esperadas”, pero precisamente “mínimas”, lo cual es expresión de que ZZ las garantizaba.

- En consecuencia, se desestimaré la excepción de ZZ en el sentido que el contrato no contemplaba la obligación de alcanzar las ventas mínimas de que él da cuenta, lo que es sin perjuicio de lo que se expresará más adelante en cuanto a la cuantificación de la pretensión indemnizatoria de XX.

3.4. En cuanto al daño emergente y el lucro cesante:

a) Categórico es que la indemnización de perjuicios, correspondiente a las ventas mínimas no alcanzadas, ha sido demandada a título de daño emergente, como asimismo que XX ha postulado que la demanda estaría mal interpuesta, por cuanto se trataría de lucro cesante.

b) Sin perjuicio que esta es una calificación jurídica y que este Árbitro está facultado para resolver acorde a lo que su prudencia y equidad le dicten, se ha postulado que *“desde un punto de vista económico resulta discutible, especialmente en el derecho de los negocios. Así, bajo el supuesto de que un acto de competencia desleal genere una pérdida de utilidades futuras para una empresa, el daño puede ser calificado como lucro cesante; sin embargo, la práctica más frecuente de valoración de una empresa es precisamente un múltiplo de las utilidades o de los flujos netos de caja que la empresa*

previsiblemente puede producir, de modo que la disminución de utilidades o de flujos también puede ser calificada, sin mayores dificultades, como un daño emergente (pérdida de valor de la empresa). De hecho, esta calificación es la que mejor responde en este caso la pregunta por la magnitud efectiva de los daños en ese tipo de casos” (Barros Bourie, Enrique: “Tratado de la Responsabilidad Civil Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, página 257).

- c) Para este Árbitro es patente que ZZ frustró el contrato y, por ende, imposibilitó que se alcanzaran las referidas ventas mínimas, constitutivas de un verdadero crédito para XX incorporado a su patrimonio al momento de la contratación, de modo que, trátase de daño emergente o lucro cesante, es categórico que ZZ, al frustrar el contrato con motivo de haber violado la obligación de exclusividad con la consecuenencial terminación del contrato, igualmente frustró la posibilidad de XX de alcanzar las referidas ventas mínimas, al margen de lo que en definitiva le correspondiere de ellas.

4. En cuanto a la terminación del contrato:

4.1. En cuanto al contrato:

- a) Es pertinente la Cláusula Séptima que, entre las causales de terminación anticipada e inmediata, por incumplimiento (A. Causales de Terminación Anticipada: 1. Por incumplimiento), dispone que *“cualquiera de las Partes podrá rescindir (sic) este Contrato en caso de incumplimiento grave de la otra Parte respecto de alguna de las obligaciones principales de este Contrato. Para ejercer este derecho, la parte afectada deberá notificar a la otra, el motivo del incumplimiento y la parte incumplidora deberá subsanar dicho incumplimiento en el plazo de sesenta (60) días contados a partir de la notificación recién referida. En caso que el incumplimiento no sea subsanado dentro de dicho período, la parte afectada podrá terminar este contrato al finalizar dicho plazo”*.
- b) En cuanto a los *“Efectos de la Terminación del Contrato”*, (acápito B), en lo que es pertinente a lo que nos ocupa, en su numeral 1 prescribe que *“las obligaciones establecidas en el mismo cesarán automáticamente y el Intermediario deberá abstenerse de comercializar el Programa de Garantía Extendida, retirando todo el material de promoción de sus tiendas”*. Con todo, acorde al N° 2, *“las Partes continuarán cumpliendo sus obligaciones en relación a los Contratos de Servicio emitidos antes de la fecha de terminación hasta su expiración normal, así como aquellas obligaciones que este Contrato disponga subsistirán a dicha terminación, incluyendo las obligaciones de confidencialidad”*.

4.2. En cuanto a la demanda de terminación:

- a) Se ha explicado en la Parte Expositiva que XX interpuso demanda de terminación de contrato e indemnización de perjuicios, imputando a ZZ el incumplimiento de las obligaciones de exclusividad y de ventas mínimas.

Con todo, en lo que concierne a las ventas mínimas, manifiesta que constituyen los perjuicios que se demandan, a cuyo respecto si bien es cierto que en la Cláusula Tercera acápito 7 *“Ventas mínimas. Amortización”* se contempla un total de ventas mínimas antes de impuestos costos, pérdidas o cualquier otro gasto por las cantidades anuales en UF que se mencionan, arrojando un total acumulado de UF 251.777,07, establecido ha quedado en autos que tales mínimos no se alcanzaron y que XX disponía de la facultad de prorrogar la vigencia del contrato por plazos sucesivos, precisamente hasta que se haya alcanzado el *“target”* de venta por UF 251.777,07, de modo que este Árbitro no considera como un incumplimiento que configure una causal de terminación del contrato lo relativo a las ventas mínimas, pero sí lo concerniente a la exclusividad, puesto que,

como ya se ha expresado, ZZ infringió esta obligación contractual de manera flagrante, frustrando el contrato.

- b) Manifiesto es que el contrato que nos ocupa es de tracto sucesivo, motivo por el cual acertadamente la demanda interpuesta ha sido calificada como de “terminación”.
- c) Por consiguiente, fueron las propias partes las que pactaron que, en caso de incumplimiento grave respecto de las obligaciones principales establecidas en el contrato, si bien se emplea la expresión “inmediata”, lo cierto es que la parte diligente debe notificar a la que postula es incumplidora para que subsane dicho incumplimiento dentro del plazo de 60 días contados de la notificación pertinente y, si ello no ocurre, la parte puede declarar terminado el contrato.
Con todo, es el Árbitro a quien en definitiva corresponde calificar la situación fáctica, máxime si ZZ, a la demanda la terminación, opuso la excepción de contrato no cumplido, de modo que la terminación del contrato debe entenderse consecuencia de la sentencia, sin perjuicio de los efectos derivados de la acción acumulada de indemnización de perjuicios y de lo que pueda acontecer en cuanto a la demanda reconventional de ZZ en cuanto reclama la restitución del monto de la carta de crédito, señalando en orden subsidiario cantidades diversas.
- d) Dicho lo anterior, y conforme a lo que se expresará a propósito de la excepción de contrato no cumplido opuesta por ZZ, este Árbitro no tiene dudas en el sentido que el incumplimiento de la obligación de exclusividad por su parte fue grave, puesto que frustró el propósito mismo del contrato y, en todo caso, de haber mediado incumplimientos por parte de XX, son de menor entidad, pues, como se dirá, este Árbitro, siguiendo la respectiva corriente doctrinaria y jurisprudencial, postula que no cualquier incumplimiento puede acarrear la resolución de un contrato, en la especie, terminación, ni dar pie a la excepción de contrato no cumplido.
- e) Cabe preguntarse acaso concurren los elementos que hacen procedente la terminación y la conclusión es afirmativa, por cuanto estamos en presencia de un contrato bilateral; hay incumplimiento por parte de ZZ a una obligación esencial del contrato; no ha sido producto de caso fortuito, sino todo lo contrario, a lo menos culpable, si no doloso, para lo cual basta reiterar que, aún vigente la relación contractual con XX según la propia apreciación de ZZ, celebró un contrato análogo como TRa), como se ha dicho, frustrando el contrato con ZZ y violando flagrantemente la obligación de exclusividad; y, por último, este Árbitro concluye que los incumplimientos en que pueda haber incurrido ZZ son categóricamente de menor entidad que aquel en que incurrió ZZ.

4.3. La contestación por parte de ZZ:

- a) En esencia, postula que XX no ha podido dar por terminado el contrato por cuanto por carta de 29 de diciembre de 2013 comunicó a su contraparte el término de contrato al 31 de diciembre de 2013, no obstante lo cual en la contestación de la demanda sostiene lo contrario.

En todo caso, categórico es que la carta de 29 de noviembre de 2013 no cumplió con lo establecido en el contrato, a saber, no dio cuenta de los incumplimientos que imputaba a XX, ni menos dio lugar al respectivo plazo para que, de existir tales incumplimientos, pudiesen ser subsanados.

En cuanto a la alegación de ZZ en el sentido que el correo electrónico de 3 de diciembre de 2013 enviado por su gerente general don Q.J. envolvería una aceptación de la terminación del contrato, este Árbitro concluye que no es así, conforme a la propia

confesión extrajudicial de ZZ, cuando en su carta de 24 de enero de 2014 alude al *“rechazo de término anticipado del contrato”*.

- b) A todo esto, relevante es destacar que en la carta de ZZ de 29 de noviembre de 2013, a propósito de la obligación del Intermediario (ZZ) de pagar a la Compañía (XX) la parte no amortizada del Bono del Intermediario, se alude a la causal *“(a) si el contrato termina por cualquier razón no imputable a XX durante la vigencia pactada... como es este caso”*.
- c) Luego XX se dirige a ZZ el 10 de febrero de 2014, reiterando su negativa de poner término al contrato y manifestando la voluntad de que se mantenga vigente por todo el período acordado, agregando que ha tomado conocimiento que ZZ le ha dado acceso a sus canales de ventas a TR, desplazando a XX e incumpliendo la obligación de exclusividad, por lo que le otorga un plazo de 60 días para que subsane el incumplimiento.
- d) ZZ, ante el rechazo de XX al término anticipado del contrato (comunicación de 6 de enero de 2014), el 24 de enero de 2014 señala lo que serían los fundamentos de su determinación de poner término al contrato, que dio lugar a la referida carta de XX de 10 de febrero de 2014.

4.4. Conclusiones:

Este Árbitro dará lugar a la demanda de terminación del contrato, sin perjuicio de que hará otro tanto respecto de la de indemnización de perjuicios, rechazando todas las excepciones opuestas por ZZ, a saber, la de nulidad absoluta del contrato; la alegación en el sentido que el contrato terminó el 31 de diciembre de 2013, fecha en que, consecuentemente, habría concluido la obligación de exclusividad; la excepción subsidiaria de contrato no cumplido; la excepción subsidiaria en el sentido que XX estaba impedida de cobrar la carta de crédito por no haberse declarado la terminación del contrato por incumplimiento de la obligación de exclusividad; la excepción relativa a que la obligación de alcanzar las ventas mínimas no habría existido; y, por último, el que la acción de perjuicios que se apareja a la de resolución debiera ser rechazada por no ser compatibles, y que la pretensión por las ventas mínimas que se demandan a título de daño emergente no constituirían un perjuicio que deba ser indemnizado, todo según lo que se ha expuesto y expondrá en otros numerandos de esta Parte Considerativa.

5. En cuanto a la carta de crédito de que da cuenta el contrato y la demanda reconventional restitutoria interpuesta por ZZ en contra de XX:

- a) Según se ha referido en la Parte Expositiva, en su N° 1 relativo al Contrato, su Cláusula Primera, se define *“carta de crédito”* o *“crédito documentario”* o *“letter of credit”* como el *“acuerdo, como sea denominado o descrito, que es irrevocable y en cuya virtud contiene un compromiso definitivo del banco emisor de honrar una obligación de pago a la presentación de tal documento realizada por XX. El solicitante de tal carta de crédito es ZZ, el que abra o emita el crédito a solicitud del requirente será el banco emisor, y XX a cuyo favor se emita el crédito será el beneficiario”*, remitiéndose al Anexo E, concretamente el Anexo E 2 que contiene el *“Modelo de Carta de Crédito”* y que efectivamente deja constancia de que el Banco asume una obligación irrevocable de pagar el correspondiente monto a su mera presentación, sujetándola a la Publicación 600 de la Cámara de Comercio Internacional, es decir, a las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios, en que la relación entre el Banco y su beneficiario es *“funcionalmente independiente”*, no viéndose afectada por las vicisitudes que afectan al contrato-base.

El “banco, al emitir irrevocablemente la “carta de crédito”, asume una promesa de pago unilateral que opera con absoluta independencia tanto respecto de la comisión mercantil, que es su “antecedente inmediato”, como de la compraventa u operación comercial de cuyo pago se trata, que constituye su “antecedente mediato”. Esta “independencia funcional” de la promesa unilateral de pago asumida por el banco nace de la voluntad de las partes. Éstas, en uso de su autonomía de diseño contractual, renuncian a oponer excepciones derivadas de la compraventa o mandato, que son los negocios-base, al cumplimiento de la promesa unilateral, que constituye el “negocio de ejecución el pago”, materializado en la “carta de crédito”. Sólo pueden oponerse al cumplimiento de la promesa de pago asumida por el banco, las excepciones derivadas de la relación entre banco y beneficiario, normalmente ligadas a la “irregularidad” de los documentos” (Salvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascoza González, Javier (Directores): “Derecho Comercial Internacional”, Collect 2012, Madrid, página 1495).

- b) También se ha destacado en la Parte Expositiva, N° 1 relativo al Contrato, que conforme a la Cláusula Quinta “*Términos y Condiciones de la Prestación de Servicios*”, las partes pactaron una obligación de exclusividad, en los términos que han sido referidos en el N° 2 que antecede, debiendo reiterarse que “*el Intermediario (ZZ) garantiza a la Compañía (XX) durante la vigencia del presente contrato, la exclusividad en la distribución y comercialización de los Productos de Garantía Extendida por medio de cualquiera de sus canales de distribución a sus clientes pasados, presentes o futuros. De no cumplir el Intermediario con esta exclusividad, XX podrá hacer efectiva la carta de garantía*”.
- c) En consecuencia, categórico es que XX pudo hacer efectiva, en virtud de su mero requerimiento, la mencionada carta de crédito, sin que correspondiere a su emisor formular ningún requerimiento adicional, lo que debe entenderse sin perjuicio de lo que se ha resuelto respecto de la obligación de exclusividad en el N° 2 que antecede.
- d) Según se ha referido, la carta de crédito quedó sujeta a la Publicación 600 de la Cámara de Comercio Internacional, a saber, las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios (UCP 600), a cuyo respecto cabe consignar lo que sigue:
- El Art. 1° de la UCP 600 señala expresamente que sus reglas son aplicables a cualquier crédito documentario, incluidas las cartas de crédito *stand by* o contingentes, “*en la medida que le sean aplicables*”.
 - De acuerdo al principio de la independencia o autonomía del crédito, consagrado en los Arts. 4 (a), 4(b), 5 y 34 de la UCP 600, es claro que el crédito documentario es una transacción separada de la compraventa u otro contrato en el cual éste se basa, incluso si en alguna referencia, de cualquier especie, al mismo, se incluye en el crédito. Por lo mismo, es claro que los Bancos se relacionan con documentos y no con bienes, servicios o los cumplimientos a los cuales se relacionan dichos documentos.
 - Según el principio del cumplimiento estricto, es claro que los documentos deben ser aceptados o rechazados prontamente, sin posibilidad de prolongadas consultas. Una de las manifestaciones de este principio es que el examen de la presentación se realizará únicamente sobre la base de documentos y se limita a determinar si éstos aparecen, en su faz, cumpliendo con la presentación solicitada. Por lo mismo, los Bancos no están obligados a hacer una revisión que vaya más allá del anverso o cara del documento.

- Conforme al Art. 15 de la UCP 600, si el Banco que corresponde concluye que la presentación cumple con el crédito, deberá honrarlo.
- Una carta de crédito *stand-by* o contingente constituye una garantía bancaria que busca asegurar la ejecución de un contrato, como un determinado compromiso o una serie de operaciones comerciales y, en virtud de la cual, el beneficiario simplemente puede pedir al Banco pago por medio de una declaración unilateral, entregando los documentos exigidos de acuerdo con la carta de crédito o crédito documentario que corresponda.

6. En cuanto a la compatibilidad de las acciones de terminación e indemnización de perjuicios interpuestas por XX en contra de ZZ:

Según se ha referido en la Parte Expositiva, ZZ ha alegado que una acción de terminación de contrato, o lo que es igual, una acción resolutoria, sería incompatible con una acción indemnizatoria de perjuicios, orden de cosas que este Árbitro no comparte, para lo cual basta tener presente el Art. 1489 del Código Civil, en cuya virtud *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”*.

Sin perjuicio de lo anterior, las referidas acciones pueden interponerse en forma conjunta por no ser incompatibles, acorde a lo que dispone el Art. 17 del Código de Procedimiento Civil.

7. En cuanto a la excepción de contrato no cumplido opuesta por ZZ:

a) La demanda de XX de terminación e indemnización de perjuicios, y la demanda reconventional de la segunda en contra de la primera, conllevan una imputación recíproca de incumplimiento, por lo que cabe elucidar este aspecto, en particular, la entidad o proporcionalidad de los respectivos incumplimientos, excepción que debemos entender es la de cumplimiento no ritual o *exceptio non rite adimpleti contractus*, puesto que los demandados la han fundado en la circunstancia que su contraparte no cumplió íntegramente las obligaciones que dimanaban del contrato.

b) La acción de terminación hecha valer por XX ha de quedar sujeta a sus requisitos propios, cuales son la presencia de un contrato bilateral; el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones (materia sobre la cual se volverá al referirnos a la entidad o proporcionalidad del incumplimiento de una y otra parte, desde el momento que ha existido imputación recíproca de incumplimiento); la circunstancia que el incumplimiento ha de ser imputable, o lo que es igual, no haberse producido por caso fortuito u otra circunstancia exonerativa; y el hecho que quien solicita la resolución del contrato ha de ser contratante diligente en los términos del Art. 1552 del Código Civil, requisito también íntimamente vinculado con el problema del incumplimiento recíproco, a cuyo respecto – según se ha anunciado– ha de dirimirse lo concerniente a la entidad o proporcionalidad del pretendido incumplimiento de una y otra parte para los efectos de dilucidar quién debe entenderse es, en definitiva, el contratante negligente y quién el diligente y, en consonancia con ello, decidir la cuestión relativa a la excepción de contrato no cumplido, a saber, acogerla o rechazarla, según quién se estime que ha sido el contratante negligente, pues sabido es que los requisitos de la excepción de contrato no cumplido, fúndese o no ella en el Art. 1552 del Código Civil (materia discutida en doctrina y sobre la cual no es del caso abundar), son las circunstancias de encontrarnos en presencia de un contrato bilateral; el que la parte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato; que la obligación del

acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible; y la buena fe por parte de quien la opone.

Por su parte, la acción indemnizatoria ha de cumplir con requisitos propios, cuales son el incumplimiento; la circunstancia que sea atribuible al deudor; la constitución en mora; la existencia de perjuicios; la relación de causalidad; y la no concurrencia de alguna cláusula exonerativa de responsabilidad.

- c) En la especie, ambas partes han alegado incumplimiento respecto de la otra y, concretamente, la demandada principal ZZ ha interpuesto excepción de contrato no cumplido.
- d) Conforme a la prueba producida y lo que se ha expresado en los números que anteceden, este Árbitro estima que ZZ manifiestamente ha incumplido el contrato por haber violado la obligación de exclusividad, según se ha expresado en el N° 2 que antecede y, por lo que concierne a los incumplimientos imputados respecto de la demandante principal XX, considera que si bien el cumplimiento de sus obligaciones no ha sido perfecto, no participa del criterio que postula que el incumplimiento de cualquiera obligación, aunque sea accesoria y secundaria, pueda dar lugar a la resolución o una excepción de contrato no cumplido, sino que ha de ser ponderado en su entidad o proporcionalidad, criterio que en nuestro derecho, aunque contrariando el habitual, ya enunciara don Luis Claro Solar (*“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”*, Tomo X, *“De las Obligaciones”*, Imprenta Nascimento, Santiago, 1936, N° 169, página 197).
- e) En los términos referidos, se rechazará la excepción de contrato no cumplido opuesta por ZZ respecto de la demanda principal de XX.

8. Cuantificación de las pretensiones de XX y ZZ en la medida que serán acogidas en la parte resolutive:

8.1. En general:

Sin perjuicio de que se acogerá la acción de terminación del contrato interpuesta por XX en contra de ZZ, otro tanto se hará respecto de la acción de indemnización de perjuicios, interpuesta conjuntamente con la anterior.

En lo que sigue, se aludirá tanto a la demanda principal de XX, incluyendo en este acápite lo concerniente al impuesto al valor agregado, cuanto a la demanda reconvenzional de ZZ.

8.2. En cuanto a la demanda principal de XX:

- a) Para cuantificar o avaluar judicialmente la indemnización de perjuicios, este Árbitro tiene presente las siguientes consideraciones:
 - Es un hecho que durante el período en que el contrato rigió efectivamente, no se alcanzaron las ventas mínimas ya mencionadas.
 - Igualmente quedó establecido, con el primer informe pericial del señor PE, que ZZ recibió como comisión un 33,3% de las ventas anuales durante los 27 meses de vigencia efectiva del contrato, o lo que es igual, UF 18.169.
 - Asimismo, quedó establecido, en virtud del primer informe pericial referido, que XX pagó por incentivos y gastos de marketing, durante los 27 meses de vigencia efectiva del contrato, un 30% de lo recibido por costo, ascendente a UF 11.154,7.
 - XX nada demandó a título de diferencias producidas durante el periodo de vigencia efectiva del contrato y, en todo caso, de entenderse que lo hizo, explícitamente declaró su voluntad contraria e incluso aludió a una renuncia del derecho que le correspondería, citando el Art. 12 del Código Civil.

- Por consiguiente, este Árbitro estima agotado el período de vigencia efectiva del contrato, al margen de que no haya existido un finiquito expreso de las partes.
- Para evaluar la indemnización judicial de perjuicios, este Árbitro atenderá a lo que habría significado el cumplimiento cabal del contrato por parte de ZZ, pues ha quedado establecido que le puso término de una forma no ajustada a él; más aún, lo violó flagrantemente al celebrar un contrato de naturaleza semejante con TR (TRa) vigente el contrato con XX.

En efecto, de no haber ocurrido lo anterior, XX habría podido prorrogar la vigencia del contrato hasta que se alcanzaren las ventas mínimas de que éste da cuenta, obteniendo –en su caso– la correspondiente utilidad neta o líquida, según se expresará.

- De esta manera, el período pendiente de liquidación es aquel que hubiere sido necesario para alcanzar las ventas mínimas transcurridos los 27 meses de vigencia efectiva del contrato, es decir, la cuantificación se hará no considerando un período temporal cuya extensión no se puede determinar, sino la cantidad en unidades de fomento por ventas mínimas de que da cuenta el contrato por este mayor período temporal indeterminado en que el contrato no rigió de manera efectiva.
 - Para determinar la utilidad líquida o neta que percibió XX durante la vigencia efectiva del contrato y la mayor vigencia a que se ha aludido, este Árbitro tiene presente lo que sigue:
 - Acorde al contrato, las ventas mínimas se refieren a las cantidades a percibir por XX, después de rebajadas las comisiones de ZZ, la que representa un 33,33% si se atiende al período de vigencia efectiva del contrato, porcentaje determinado en el primer informe pericial de don PE.
 - De este costo (ventas mínimas), XX rebaja sus gastos de incentivos/marketing, que paga a ZZ, y otros gastos que se incluyen en el segundo informe pericial de don PE.
 - Por lo tanto, la sentencia apunta a establecer cuál ha sido la utilidad líquida o neta que XX conservó durante el período de vigencia efectiva del contrato y, proyectando o “extrapolando” los porcentajes de tal período al tiempo necesario para completar los seis años, en su caso prorrogados, de que da cuenta el contrato, período que cabe entender es el que está pendiente por liquidar, ascendente a UF 194.004,86 (UF 251.777,22 – UF 57.772,36, correspondientes al primer período de vigencia efectiva del contrato [UF 17.032,67 + 29.669,97 + 11.069,72]).
- b)** Acorde al segundo informe pericial de don PE, las ventas durante este segundo período habrían representado para XX un 12,4% de utilidad líquida, esto es, UF 24.056,60, que es la cantidad en que se traducirá la evaluación judicial de los perjuicios que debe ser pagada por la demandada principal ZZ a la demandante principal XX.
- c)** Este Árbitro entiende que, tanto en el primer período de vigencia efectiva del contrato cuanto durante el segundo ya mencionado, XX percibió durante el primer período y debe entenderse que percibiría durante el segundo una determinada utilidad líquida o neta, traducida en definitiva en descontar a las ventas facturadas que ZZ hacía llegar a XX en un 100%, la comisión de ZZ, los gastos de incentivos y de marketing y los demás costos en que incurrió XX para prestar su servicio, particularmente la reparación o sustitución de bienes objeto de la garantía extendida, sin perjuicio de otros desembolsos, que están cuantificados en el segundo informe pericial de don PE acorde al examen de la contabilidad de XX en su cuenta particular con ZZ, que la primera, sin formular ningún

reparo al efecto, puso a disposición del Perito a fin de que pudiese dar cumplimiento a las medidas para mejor resolver que fueron decretadas.

8.3. En cuanto al impuesto al valor agregado:

XX ha argumentado que, para los efectos de determinar la cantidad que le debe ser indemnizada por ZZ, ha de incluirse el correspondiente impuesto al valor agregado a las ventas mínimas de que da cuenta el contrato, orden de cosas que el perito señor PE, al hacerse cargo de las observaciones de XX a su primer informe pericial, no compartió, y que este Árbitro tampoco comparte, por las razones que se pasan a expresar:

a) XX ha objetado los montos determinados por el señor Perito por concepto de “ventas facturadas” y “costo”, afirmando que las ventas de cada año habrían sido superiores a las determinadas por él. Esta diferencia se explicaría porque la demandante principal estima que, para el cálculo de estos valores (en especial, el costo), debe incluirse el impuesto al valor agregado (en lo sucesivo, IVA) recargado sobre las ventas netas.

Para postular lo anterior, sostiene que *“lo relevante para este ejercicio son los flujos de caja pues ese es el monto que XX recibió mes a mes, porque no es relevante para estos efectos la parte del flujo que se destine al cumplimiento de obligaciones tributarias”*.

XX carece de derecho para exigir que el monto que ZZ deba pagar por concepto de indemnización incluya IVA, en la medida que XX no esté obligada a declarar y pagar IVA sobre esa indemnización.

Naturalmente, no es posible disociar la obligación que tiene un contribuyente de IVA en orden a recargar el impuesto correspondiente a sus ventas y servicios netos (y, de esta manera, trasladar al comprador del bien o usuario del servicio el efecto económico del impuesto), de la obligación que tiene el mismo contribuyente de declarar y enterar en arcas fiscales el impuesto recargado o trasladado a los compradores.

Para que exista obligación de recargar IVA en una factura y de declarar y enterarlo en arcas fiscales, debemos estar en presencia de una operación afecta a IVA. En otras palabras, si la causa del pago que ZZ debe efectuar a XX no es una operación afecta a IVA, no existe obligación ni facultad para recargar IVA sobre ese pago.

A su vez, para que una determinada operación pueda ser calificada como afecta a IVA, debe encuadrar cabalmente en alguno de los hechos gravados descritos en la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, que son justamente las ventas y los servicios, además de algunas operaciones que se asimilan a venta o a servicio según su naturaleza y que se describen en su Art. 8.

Pues bien, el pago de una “indemnización” manifiestamente no constituye venta, pues para estar en presencia de una venta debe existir una convención traslativa de dominio, a título oneroso, que recaiga sobre bienes corporales muebles o inmuebles.

A su vez, el pago de una “indemnización” tampoco constituye servicio. De acuerdo con el numeral 2º del Art. 2 del D.L. 825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, de 3 de diciembre de 1976, “servicio” es *“la acción o prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe un interés, prima, comisión o cualquiera otra forma de remuneración, siempre que provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los números 3 y 4 del Art. 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta”*.

Conforme a esta definición, los elementos constitutivos de este hecho gravado básico servicio son los siguientes:

- Una acción o prestación que una persona realiza para otra.
- Que esta acción o prestación provenga del ejercicio de las actividades comprendidas en los números 3 y 4 del Art. 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

- Que por dicha acción o prestación se perciba cualquiera forma de remuneración.

Ahora bien, la realización de una acción o prestación es el elemento básico que configura el hecho gravado y, al decir “acción o prestación”, se está aludiendo a o exigiendo un actuar positivo por parte del sujeto que incurre en el hecho gravado.

La conclusión anterior permite afirmar que una serie de ingresos que no tienen su origen en acciones o actividades positivas de quienes los perciben, sino que provienen de otras circunstancias, no quedan gravados con el impuesto. Este es precisamente el caso de los ingresos que se obtienen a título de multas o indemnizaciones.

Este criterio es reconocido ampliamente por la doctrina de los autores y por la jurisprudencia del propio Servicio de Impuestos Internos. Así, por ejemplo, éste ha dictaminado que los siguientes ingresos no son constitutivos de servicio afecto al impuesto al valor agregado:

- Multas establecidas para usuarios que retrasen la devolución de libros entregados en comodato gratuito por una biblioteca, ya que *“en la especie no existe un servicio correlativo que justifique el pago de las sumas respectivas como remuneración del mismo”* (Oficio N° 6211, de 1979).
- Ingresos que se perciben por concepto de indemnización del lucro cesante derivado del incumplimiento de un contrato (Oficio N° 2710, de 1988).
- Multas establecidas en un contrato de ejecución de obras públicas, con motivo del incumplimiento por parte del contratista que no entrega las obras dentro de los plazos estipulados (Oficio N° 1644, de 1986).
- Indemnización por pérdida de combustibles en su transporte (Oficio N° 1693, de 1978).
- Indemnizaciones pagadas por el transportador en un contrato de transporte producto de la pérdida de mercancías que se encuentran bajo su custodia (Oficio N° 3195, de 1984).
- Indemnizaciones por sobreestadias pactadas en contratos de fletamento (Oficio N° 4502, de 1987).
- Indemnización pagada por ejecución de una cláusula penal (Oficio N° 2984, de 1990).

El pago de la “indemnización” que debe realizar ZZ emana precisamente de la frustración del contrato y del hecho que XX no haya podido continuar prestando el servicio de garantía extendida. Por lo tanto, es manifiesto que esa “indemnización” no se pagará como una contraprestación por una “acción o prestación” que XX haya realizado a favor de ZZ, de modo que esta operación indudablemente no está afecta a IVA y no corresponde recargar dicho impuesto sobre la indemnización o que ésta considere sumas que incluyan IVA.

b) A mayor abundamiento, el argumento de los “flujos” a que alude la demandante es discutible, a lo menos a la luz del contrato, en los términos originales pactados.

De acuerdo con la Cláusula Sexta, párrafo 1, del contrato, *“XX tendrá derecho a percibir el Costo de cada Contrato de Servicio suscrito por un Consumidor. El Intermediario recibirá el pago del Precio por parte del Consumidor y depositará el monto correspondiente al costo en la cuenta corriente que XX le indique, dentro de los 15 primeros días corridos de cada mes calendario siguiente al cobro del precio efectuado por el intermediario al Consumidor, con todos los impuestos correspondientes. El Costo depositado debe coincidir con el que surge de la planilla de informes (ver cláusula 3ª. Pto. 3ro). Además el Intermediario depositará en esa misma fecha y cuenta el total del monto en pesos pagados por los consumidores por concepto de Impuesto al Valor Agregado”*.

A su vez, el párrafo 2º de la misma cláusula habilita a ZZ para *“retener la diferencia entre el costo y el precio”*.

Por otra parte, para efectos de cumplimiento de las obligaciones formales en materia de IVA, el contrato prevé que ZZ emita mensualmente un documento denominado “liquidación”, el cual

se emplea típicamente en el caso de ventas o prestaciones de servicios realizados a través de comisionistas o mandatarios, por medio del cual el intermediario rinde cuenta al mandante (XX, en este caso) de todas las ventas realizadas en su representación y de todo el IVA recargado en tales ventas.

Este documento “Liquidación”, que debe cumplir con las mismas formalidades de una factura, permite que sea el intermediario quien facture directamente a los consumidores (debiendo las facturas, en tal caso, indicar que la venta se realiza por cuenta del mandante) y evita que el mandante tenga que emitir facturas propias. En la declaración mensual de IVA, las liquidaciones recibidas por el mandante tienen igual tratamiento u operatoria que las facturas propias del mandante, emitidas por sus ventas directas, de modo que el IVA recargado en dichos documentos constituye débito fiscal para el mandante.

De acuerdo con el contrato, ZZ debía enviar las liquidaciones dentro de los diez primeros días de cada mes contabilizando en ellas el importe de los precios totales cobrados a los consumidores y las cantidades correspondientes a IVA.

Por regulación legal, la liquidación correspondiente a las ventas de un determinado mes debe incluirse en la declaración de IVA, que debe efectuarse dentro de los doce primeros días del mes siguiente. Esto significaría para XX tener que pagar el IVA recargado en las ventas realizadas por ZZ antes de que ésta haya rendido los fondos recaudados y el IVA recargado en tales ventas, lo que genera un problema de flujo para XX.

Sin embargo, los documentos acompañados a partir de fojas 455 demuestran que, en la práctica, este mecanismo previsto en la Cláusula Sexta no tuvo aplicación en la forma exacta que allí se estipula, ya que el total de las ventas de garantías extendidas realizadas por ZZ durante un determinado mes, se documentaba a través de facturas que XX emitía a la primera, generalmente dentro de los últimos días del mes siguiente al de realización de las respectivas ventas.

Esto permitió a XX declarar y pagar el IVA recargado en estas facturas dentro de los doce primeros días del mes subsiguiente al de realización de las respectivas ventas de garantía extendida, evitándose así el problema de “flujos” que representaba el mecanismo previsto originalmente en el contrato.

En virtud de este nuevo mecanismo, el único perjuicio que razonablemente pudo experimentar XX, al dejar de percibir los importes correspondientes a IVA, sería la rentabilidad que eventualmente podría haber tenido ese dinero dentro del mercado financiero, por un período no superior a un mes, pero no parece razonable que ZZ deba reparar este perjuicio a la luz de los antecedentes expuestos.

8.4. En cuanto a la demanda reconvenzional interpuesta por ZZ en contra de XX:

Este Árbitro la acogerá por el 100% de lo que representó la carta de crédito, por las siguientes razones:

- a) Según se ha expresado a propósito de la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por XX en contra de ZZ, la evaluación judicial de los perjuicios se traduce en proyectar lo acontecido durante el período de vigencia efectiva del contrato al mayor período de vigencia, que no se puede determinar cronológicamente, hasta alcanzar las ventas mínimas durante este último período, al tiempo que respecto del período de vigencia efectiva la situación quedó liquidada, al margen de que no se hayan alcanzado tales ventas mínimas, puesto que XX nada demandó al efecto.
- b) De este modo, el Árbitro entiende que se sanciona la violación del contrato por parte de ZZ que se tradujo en frustrarlo por el resto del período en que ella debió regir hasta alcanzar el 100% de las ventas mínimas, sin perjuicio de las deducciones antes referidas.

- c) De esta forma ficta, el Árbitro entiende que el contrato ha sido cumplido por equivalencia durante el segundo período antes mencionado y, en consecuencia, que de una manera también ficta puede estimarse que el contrato ha tenido una vigencia, reiteramos por un período indeterminado, en que cabe entender que se habría alcanzado el 100% de las ventas mínimas garantizadas, sin perjuicio de las deducciones antes referidas.
- d) Igualmente, de esta manera el Árbitro entiende que, al margen de resultar sancionada la violación de la obligación de exclusividad oportunamente asumida por ZZ en favor de XX, de una forma también ficta entiende cumplida tal exclusividad.

En consecuencia y correlativamente, el Árbitro ordenará la restitución en un 100% del monto de la carta de crédito, pues cabe entenderla amortizada en tal porcentaje.

9. En cuanto a la imposibilidad de hacer compensación judicial:

Se hace constar que, no obstante que se acogerán tanto la demanda principal interpuesta por XX en contra de ZZ, como la reconvenición interpuesta por la segunda en contra de la primera, no cabe a este Árbitro efectuar compensación judicial, por cuanto tal excepción no fue opuesta por ninguna de las partes, lo que ha de entenderse sin perjuicio de lo que ocurra en el cumplimiento judicial del fallo, ya sea en el procedimiento ejecutivo incidental de los Arts. 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil acorde a lo que dispone su Art. 234, el cual contempla, entre otras excepciones, la de compensación, o en un juicio ejecutivo general conforme a los Arts. 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, acorde a lo que dispone su Art. 464, cuando en el N° 1 consagra como excepción la de compensación.

10. En cuanto a los intereses:

Siendo la sentencia de condena o (según el criterio doctrinal que se adopte) constitutiva, se mandarán pagar considerando la tasa de interés corriente para operaciones reajustables superiores a 2.000 unidades de fomento, calculados a partir de la fecha de la presente sentencia y hasta la del pago efectivo.

11. En cuanto a las costas:

Se resolverá que cada una de las partes debe soportar sus costas, teniendo presente que ninguna de ellas ha sido totalmente vencida.

C.- PARTE RESOLUTIVA:

Por resolución de 23 de diciembre de 2016 que rola a fojas 1096 se citó a las partes a oír sentencia.

1. En cuanto a la objeción y/u impugnación de documentos:

En mérito de lo expuesto y disposiciones legales citadas, se rechazan todas objeciones y/u impugnaciones de documentos de que se ha dado cuenta en el acápite 6.2. de la Parte Expositiva, sin perjuicio del mérito probatorio de los respectivos documentos que ha sido ponderado por este Árbitro de la manera referida en el acápite 6.7. de la misma Parte Expositiva.

2. En cuanto al fondo:

a) Se acoge la demanda interpuesta por XX SpA en contra de ZZ Ltda. en cuanto se declara la terminación del “Contrato de Prestación de Servicios” celebrado por ellas el 19 de agosto de 2011 y se condena a la segunda a pagar a la primera, a título de indemnización de perjuicios, el equivalente en moneda corriente de 24.056,6 unidades de fomento, según su valor a la fecha del pago efectivo.

b) En lo que concierne a la contestación de demanda por parte de ZZ, se rechaza la excepción de nulidad absoluta respecto del contrato celebrado con XX el 19 de agosto de 2011 y sus alegaciones y excepciones subsidiarias: **1)** en el sentido que la obligación de

exclusividad de que da cuenta el contrato se extinguió el 31 de diciembre de 2013; **2)** la excepción del contrato no cumplido; **3)** que XX estaba impedida de cobrar la carta de crédito por no haberse declarado la terminación del contrato por incumplimiento de la obligación de exclusividad que se atribuye a ZZ y, asimismo, impedida de cobrar cualquier perjuicio derivado de ese incumplimiento, por no haberlo demandado; **4)** En cuanto a que la demanda de resolución de contrato y de perjuicios interpuesta por XX se funda en el incumplimiento de la obligación de obtener las ventas mínimas, toda vez que dicha obligación no existe en el contrato y, como efecto de ello, tampoco existe el derecho correlativo de percibir el monto representativo de dichas ventas que la actora alega en su favor; y **5)** en cuanto a que la acción de perjuicios debe ser rechazada porque **(i)** es incompatible con la resolución del contrato y **(ii)** el monto de las ventas mínimas que la actora demanda a título de daño emergente, no constituye perjuicio que deba ser indemnizado por ZZ.

c) Se acoge la demanda reconvenzional interpuesta por ZZ en contra de XX en cuanto se condena a la última a restituir a la primera el monto total de la carta de crédito de que da cuenta la Cláusula Quinta N° 2 “*Exclusividad del contrato celebrado entre las partes el 19 de agosto de 2011*”, a saber, el equivalente en moneda corriente de UF 14.723,90, según su valor a la fecha de pago efectivo.

d) Las cantidades mandadas pagar de que dan cuenta las letras a) y c) que anteceden, lo serán con más intereses corrientes para operaciones reajustables de un año o más superiores a 2.000 unidades de fomento, calculados desde la fecha de la presente sentencia hasta la del pago efectivo.

e) Cada parte pagará sus costas.

Notifíquese a las partes por cédula a través de Receptor Judicial, sin perjuicio de que puedan notificarse personalmente ante la señora Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, o ante quien la reemplace o subrogue, según dispone el N° 8, letra c), del acta de 13 marzo de 2014 que rola a fojas 150.

Leslie Tomasello Hart, Árbitro Arbitrador.