

Manuel José Vial Vial

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 21 de enero de 2011

ROL 1124-2009

MATERIAS: Incumplimiento de contrato – terminación de contrato – indemnización de perjuicios – asociación de hecho o “joint venture” – obligaciones de medio – culpa contractual, culpa leve – carga de la prueba – fallo de un Árbitro Arbitrador.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX interpuso una demanda contra la sociedad ZZ, en la que alega que esta última habría incumplido su obligación de comercialización y venta de los servicios derivada del “Contrato de aporte de información, constitución de bases de datos y prestación de servicios de consulta sobre demandados civiles y laborales”. Solicita la terminación del contrato y se condene a ZZ al pago de indemnización de perjuicios conforme a los ingresos que la demandante hubiera percibido de haberse cumplido el contrato. Al contestar la demanda, ZZ solicitó que la demanda fuera rechazada íntegramente. Señaló que habiendo cumplido con sus obligaciones, esto es, habiendo desarrollado acciones comerciales y planes de venta del producto, el fracaso de este se debió, entre otras causas, a la falta de interés del mercado. Agregó que el contrato debía entenderse terminado a partir del 1 de marzo de 2009.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170 número 5, 358 número 6, 628 y siguientes.

Código Civil: Artículos 44, 1.489, 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.553, 1.556, 1.559, 1.698 y otros.

DOCTRINA: Para una adecuada resolución del conflicto se requiere un real entendimiento del contrato, es decir, la determinación de las obligaciones que dicho contrato imponía a las partes, su naturaleza, descubrir la intención de las partes al momento de contraerlas y, en definitiva, desentrañar el alcance y sentido de cada una, para finalmente, verificar la veracidad de las imputaciones efectuadas en la demanda (Considerando Sexto).

Del análisis de los antecedentes del conflicto se concluye la existencia de una asociación de hecho o joint venture entre las partes. Así, en este conflicto es posible identificar sus elementos característicos: Existencia de un negocio determinado o único; derecho de un control mutuo sobre el negocio; aporte conjunto y una comunidad de intereses en dichos bienes; expectativa de derivar lucro; y derecho conjunto de participar en las utilidades (Considerando Séptimo).

Del análisis de las utilidades que se proyectaban en el tiempo para cada una de las partes se pudo identificar que ZZ tendría derecho a mayores utilidades en el futuro. Dicha diferencia en la participación, es perfectamente lícita y debe, necesariamente, relacionarse con la importancia de los aportes que cada parte debía realizar. Así, es posible sostener que para las partes el aporte a efectuar por ZZ en cuanto a la comercialización y venta del producto (su principal obligación) era en el tiempo más relevante que los aportes a realizar por XX. (Considerandos Octavo y Noveno).

La referida obligación de ZZ era una obligación de medios, entendiéndose por tales aquellas en las cuales el deudor solo se obliga a observar una cierta diligencia y/o a desplegar una conducta que tiene por objeto alcanzar un resultado deseado. Del tipo de obligación, dependerá a su vez el grado de exigencia al deudor en cuanto a su diligencia para lograr la satisfacción de la prestación comprometida. Esto es, si la obligación es de medios, el deudor cumple con la misma si ha sido diligente en su intento por lograr un resultado determinado. Por el contrario, si la obligación es de resultados, la obligación solo se entenderá cumplida en cuanto se alcance el resultado previsto. Al ser la obligación referida una obligación de medios, para determinar si se cumplió o no, debe analizarse si la conducta destinada a la consecución de los resultados comprometidos, fue

suficiente para cumplir con el estándar exigido por el Artículo 1.547 de nuestro Código Civil, el cual establece que el deudor es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco, como es este caso (Considerando Duodécimo).

Del análisis de la prueba rendida en autos se concluye que ZZ incumplió su obligación de comercializar en forma eficiente y dedicada el producto en cuestión. Pese a haber realizado gestiones de comercialización a lo largo del tiempo, no fueron suficientes para concluir que ZZ cumplió con su obligación emanada de la “asociación” con XX. El ser una obligación de medios, no puede servir para exculpar a ZZ de su inactividad y falta de diligencia, ya que se afectó la esencia de la “asociación” y la conmutatividad del contrato (al cumplir XX mes a mes con su respectiva obligación) (Considerando Decimoctavo).

En cuanto al aviso de término de contrato este no fue apto para poner término al mismo por ser extemporáneo. El planteamiento condicional efectuado por XX corresponde más a una instancia de negociación que a un aviso de término suficiente. Del análisis de los documentos emanados de las partes se concluye la intención de estas de buscar una terminación “consensuada” más que una unilateral por parte de XX. Dicha terminación al no producir efectos, tuvo como consecuencia la renovación del contrato. Así, constatado el incumplimiento de ZZ corresponde al Árbitro declarar la resolución del contrato conforme al Artículo 1.489 de nuestro Código Civil, la cual en los contratos de tracto sucesivo deviene en terminación (Considerandos Decimonoveno y Vigésimo).

DECISIÓN: Se acoge la demanda de terminación y se establece en justicia y equidad la indemnización respectiva. No se condena a la demandada en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

SENTENCA ARBITRAL:

En Santiago, a veintiuno de enero de dos mil once.

I. VISTOS:

Primero: Con fecha 3 de septiembre de 2009, XX, representada por don L.L., presentó al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, dependiente de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante CAM) una Solicitud de Arbitraje, para los efectos de requerir la designación de un Árbitro que resuelva la controversia en torno al Contrato de Aporte de Información, Constitución de Bases de Datos y Prestación de Servicios de Consulta sobre Demandados Civiles y Laborales (en adelante el Contrato), celebrado con ZZ, con fecha 1 de octubre de 2005.

Segundo: A fs. 30 de estos autos rola el Acta de Designación de Árbitro, de fecha 24 de septiembre de 2009, mediante el cual las partes designan en calidad de Arbitrador a don Manuel José Vial Vial, para que se aboque a conocer la controversia existente en torno a la aplicación del contrato mencionado en el numeral precedente.

Tercero: A fs. 31 de autos rola el Acta de Notificación a este Árbitro, para los efectos de la aceptación del cargo y juramento respectivo. En la misma Acta consta que este Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

Cuarto: A fs. 32 consta la resolución de fecha 6 de octubre del año 2009 mediante la cual este Árbitro tuvo por constituido el compromiso, designa actuario provisional y cita a comparendo de estilo, para la fijación de procedimiento y otras materias pertinentes.

Quinto: A fs. 33 de autos consta el Acta de Comparendo de fecha 20 de octubre de 2009, conforme al cual se establece el procedimiento, se designa actuario definitivo, se fija la calidad de las partes y se establece la materia del Arbitraje.

En tal sentido, se deja establecido que son partes del Arbitraje:

- a) XX, sociedad de prestación de servicios de informes y telecomunicaciones, domiciliada en DML, Las Condes, Santiago.
- b) ZZ, sociedad del giro de su denominación, domiciliada en DML, comuna y ciudad de Santiago.

En cuanto a la materia, se señala que el Arbitraje se ha constituido a fin que el Árbitro se aboque a conocer y resolver la controversia existente en torno a la aplicación del Contrato.

Sexto: A fs. 74 comparecen don B.P. y don P.E., quienes, en representación de XX, deducen demanda de terminación de contrato e indemnización de perjuicios, en los siguientes términos:

SEÑALAN EN CUANTO A LOS HECHOS

Que, con fecha 1 de octubre de 2005, las partes celebraron el Contrato, cuyo propósito era la oferta y venta al sector bancario del país, de una base de datos judicial con información detallada y ordenada respecto de la totalidad de las acciones civiles y laborales ingresadas a las Cortes de Apelaciones de Santiago, San Miguel y Valparaíso.

Agregan que XX debía proveer la información descrita en el párrafo anterior a ZZ con exclusividad, no pudiendo comercializar dicha información con terceros. Hacen presente que dicha prohibición fue elevada a la categoría de esencial e inductiva a la celebración del Contrato y cuya vigencia sería indefinida, no limitándose a la vigencia del contrato. Por su parte, ZZ se haría cargo del proceso de comercialización y venta de dicho servicio. Concluyen que, por lo anterior, ZZ era el único canal de venta de la información en Chile.

Agregan que XX en retribución de sus servicios percibiría un porcentaje de las ventas netas que ZZ efectuara mensualmente, de acuerdo a una tabla que fue insertada en el Contrato y que, a partir del sexto mes de vigencia correspondería a 30% de las ventas. Este porcentaje luego se modificó, elevándose –en marzo de 2007- a un 35% de las ventas a partir del mes 11.

Señalan que, previo a la suscripción del Contrato, ZZ hizo una completa y detallada presentación a XX indicándole las bondades del servicio, el mercado objetivo al cual estaría dirigido, fortalezas y debilidades del mercado, sus oportunidades, amenazas, un modelo de negocio y una estimación de la demanda y del ingreso que ello generaría para las partes. Dicha estimación contemplaba tres escenarios posibles frente a la demanda esperada de parte de las instituciones bancarias, entendida como el número total de consultas realizadas al servicio en un período de 24 meses.

De acuerdo con dichas estimaciones, en el primer escenario, calificado como optimista por ZZ, se estimaba una remuneración para XX de UF 2.889 para el período de 24 de meses. Tal escenario consideraba que a partir del mes 24 el servicio registraría un promedio de 1.000.000 consultas mensuales, a razón de UF 0,00085 por consulta, lo que significaba una remuneración mensual promedio para XX de UF 255 mensuales, a partir del tercer año de vigencia.

El segundo escenario, calificado como neutro, estimaba una remuneración para nuestra representada de UF 2.166 para igual período. En este escenario se consideraba que a partir del mes 24 el servicio significaba una remuneración mensual promedio para XX de UF 191 mensuales, a partir del tercer año de vigencia.

Por último, el escenario más negativo analizado por la demandada, y que fue calificado de pesimista, consideraba una remuneración para XX de UF 1.450 para igual periodo. En este escenario se consideró que a partir del mes 24 el servicio registraría un promedio de 500.000 consultas mensuales, lo que significaba una remuneración mensual promedio de UF128 mensuales a partir del tercer año de vigencia.

Es decir, XX percibiría alrededor de \$ 60.000.000 durante los dos primeros años de contrato, en el mejor escenario y alrededor de \$ 30.000.000 en el peor.

Luego, a partir del tercer año de vigencia del Contrato, ZZ estimó que XX percibiría ingresos promedio mensuales que oscilarían entre UF 255, equivalentes a \$ 5.300.000 aproximadamente en un escenario optimista y UF 128, equivalentes a \$ 2.688.000 aproximadamente en un escenario pesimista.

Agregan que con fecha 1 de marzo de 2007 por Anexo suscrito entre las partes se modificó el Contrato en dos aspectos. El primero, en cuanto al porcentaje de ventas que se asignaría a XX, el cual se elevó, pero en el largo plazo -a partir del mes 11- sería de 35%. El segundo, en cuanto se modificó y reemplazó la cláusula decimoséptima del contrato, relativa a su duración y renovación, incorporando una disposición, según califican, sumamente leonina y perniciosa para XX.

Dicha cláusula original establecía que el contrato duraría un año, contado desde el 1 de octubre de 2005 y se renovaría en forma tácita, automática y sucesiva por períodos iguales de un año cada uno, si ninguna de las partes manifestaba su voluntad de ponerle término, con a los menos dos meses de anticipación a la fecha de terminación del período respectivo, mediante carta certificada enviada al domicilio de la otra consignado en el Contrato u otro documento posterior. Agregan que la modificación relevante se efectuó en el párrafo siguiente en que XX aceptó que la facultad de terminar unilateralmente el contrato y de evitar su renovación automática solo podría ejercerla sujeta a una condición, el transcurso de, a lo menos, 18 meses corridos de prestación efectiva de servicios al primero de los clientes que haya contratado los servicios de información a terceros. Indica que esto ilustraría cómo se desarrolló el Contrato, marcado por una desigualdad de compromisos de las partes.

Señalan que el primer año de vigencia del Contrato, desde el 1 de octubre de 2005 al 28 de febrero de 2007, habría sido un periodo de implementación y adaptación en el cual ZZ no habría realizado ninguna venta. Esto último, habría motivado una revisión del Contrato, firmándose un Anexo que se habría traducido en nuevos compromisos para las partes, y, en particular para ZZ que se habría comprometido a relanzar el producto con nuevo ímpetu, implementando un nuevo sistema de consulta en línea y así obtener los ingresos estimados, lo que nunca habría ocurrido. Que a partir del 1 de marzo de 2007, XX habría mejorado la forma de envío de la información y ZZ -en cambio- habría dejado de promocionarla y ofrecerla. Señalan que XX llevaría más de cuatro años cumpliendo con sus obligaciones de proveer la información mes a mes, en forma exclusiva para ZZ sin recibir ingreso alguno en retribución.

Señalan que hubo falta de compromiso e interés por parte de ZZ pues habría retirado el “banner de causas judiciales” de su página Web, el cual permitía a los bancos acceder a la información. Que dicho retiro ocurrió tan solo dos meses después de relanzar el producto. Indican que XX hizo reproche formal de esto último, a lo cual ZZ respondió reponiendo dicho banner transitoriamente. Además, habrían hecho un reproche formal a la estrategia de venta de ZZ que según la demandante, habría sido poco ágil en el sentido que la contratación del servicio requería de formalismos que otro tipo de información proporcionada por ZZ no requería.

Señalan que, de haber cumplido la demandada con su parte del negocio, a octubre de 2009, de conformidad a sus propias proyecciones, XX debería haber percibido ingresos por un total de UF 8.160, en el mejor escenario, de UF 6.112 en un escenario neutro y de UF 4.096 en el peor escenario. Indican que solo están considerando desde marzo de 2007, fecha en que las partes decidieron relanzar el producto.

SEÑALAN EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que se celebró un Contrato en los términos ya indicados. Agregan que su representada ha cumplido las obligaciones que de él emanan, a diferencia de ZZ respecto de su obligación de comercializar y vender el producto. Citan los Artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil, indicando que de estos, se desprende la obligación de ZZ de promover, publicitar y vender el producto, para luego retribuir a XX con el porcentaje acordado.

Agrega que dicha obligación hoy se traduce en la obligación de pagar los montos que ZZ proyectó en un escenario optimista, pues se debe suponer que, de haber cumplido íntegramente el contrato, podría haberse dado ese escenario. En subsidio, ZZ debiera pagar los montos proyectados en un escenario neutro y en subsidio, en un escenario pesimista. Todo ello con intereses corrientes, conforme al Artículo 1.559 del Código Civil desde la fecha en que la demandada incurrió en mora de su obligación de pago o desde la fecha de notificación de la presente demanda, conforme al Artículo 1.551 del mismo cuerpo legal.

Terminan solicitando a este Árbitro tener por interpuesta demanda de terminación de contrato por incumplimiento e indemnización de perjuicios en contra de ZZ, a fin de que le condene a pagar a XX la suma de UF 8.160 en su equivalente en pesos a la fecha de pago efectivo, correspondiente a los ingresos que esta hubiere percibido en un escenario optimista, en subsidio que se la condene a UF 6.112 en su equivalente en pesos a la fecha de pago efectivo, correspondiente a los ingresos que esta hubiere percibido en un escenario neutro proyectado por ZZ, en subsidio que se la condene a UF 4.096 en su equivalente en pesos a la fecha de pago efectivo, correspondiente a los ingresos que esta hubiere percibido en un escenario pesimista proyectado por ZZ y finalmente, que se le condene al pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y todas las costas de la causa.

Séptimo: A fs. 90 comparece don AB1, abogado, en representación de ZZ, quien -en dicha calidad- contesta la demanda, solicitando su rechazo íntegro con expresa condenación en costas, por las razones de hecho y derecho que expone.

EN CUANTO A LOS HECHOS

Que es falso que para acceder a la información aportada por XX se requería de una contratación formal que tornaba el proceso poco ágil. Cada cliente debe mantener una relación contractual con ZZ en la cual se establecen detalladamente los servicios a que puede acceder, condiciones y tarifas, según su interés particular. Cada vez que se desarrolla un nuevo producto se ofrece a todos los clientes y son estos los que deciden si contratar o no. Es falso que el servicio desarrollado con XX haya sido discriminado.

Agrega que a comienzos del año 2005, fue doña A.C., la representante de XX quien se acercó a ZZ. Señala que el negocio principal de XX consistía en replicar el modelo ya implementado en su país (Argentina), el cual permitía ofrecer a Bancos, Retail, Grandes Comercios y Empresas de Cobranza un sistema computacional que permitiese controlar la labor de los abogados a quienes esta a su vez delegaba la cobranza judicial de sus propias acreencias.

Señala que en virtud de lo anterior, XX debía controlar la totalidad de los ingresos de nuevas causas a los Juzgados de Letras en lo Civil y de los Juzgados de Letras del Trabajo, siendo en consecuencia necesaria la recopilación de la información, pues ello era de vital importancia en el proceso de seguimiento y control de carteras judiciales.

Agrega, que no estaba en los planes de XX comercializar dicha información porque su objetivo era su uso para el desarrollo de su propio negocio.

Que luego de algunas conversaciones surgió la idea de desarrollar juntas el servicio denominado “Información de Causas Judiciales”. Este consistiría en la relación entre un determinado número de RUT y la totalidad de las causas judiciales de naturaleza civil y/o laboral en las cuales la persona titular de ese número de RUT figurase como parte demandante, demandada o como tercero interesado.

Que para desarrollar este servicio cada parte se obligó a determinadas conductas. La primera, principal y prácticamente única, obligación de XX era entregar a ZZ la información referida a la totalidad de los juicios de competencia civil y laboral ingresados (a tramitación) durante los años 2002 al 2005. Posteriormente, XX actualizaría la información con los nuevos ingresos que se produjeran durante la vigencia del contrato. Dicha información -según agrega- debía ser proporcionada en la forma y de acuerdo a las características indicadas en el “Protocolo Operacional” suscrito por ambas partes.

Por su parte, ZZ tenía varias obligaciones que emanaban del Contrato, fundamentalmente: (i) Rutificar y/o consolidar la información; (ii) Entregar la información rutificada a XX; con lo cual se agrega valor esencial a esta para el desarrollo de su propio negocio de gestión y control de carteras judiciales; (iii) Diseñar, desarrollar e implementar el servicio de Causas Judiciales; (iv) Ofrecer y proveer a terceros en general, a cambio de una tarifa, los servicios de información de consulta sobre los registros de la base en cuestión. Es decir, comercializar el servicio; (v) Retribuir el aporte de información hecho por XX mediante el pago de la cuota o participación en los ingresos derivados de la comercialización del servicio de información de Causas Judiciales de acuerdo al Contrato.

Agrega que una vez alcanzado el acuerdo, se suscribió el Contrato que fue el producto de una ardua negociación con entera libertad negocial para las partes. Que las partes entendieron que la implementación eficiente del servicio tomaría tiempo, período durante el cual no verían retribución alguna y cada una asumiría sus propios costos.

Que, evidentemente, durante la vigencia del contrato ambas partes asumieron, como es lógico, sus propios costos y esfuerzos técnicos y humanos como una cuestión lógica, pues no resultaba razonable exigir ninguna compensación a la otra, atendido que ambas compañías desarrollaban sus mejores esfuerzos por el éxito del emprendimiento conjunto.

Señala que recién en marzo de 2007 las partes estuvieron en condiciones de ofrecer al mercado el Servicio de Causas Judiciales. A pesar de ello, las acciones comerciales de ofrecimiento del mismo se iniciaron con bastante antelación a esta fecha, como una forma de anticipar y aumentar el interés de nuestros clientes en su contratación.

La respuesta del mercado no tardó y el servicio fue despreciado. Atribuye dicho fracaso a: (i) la mejora del servicio gratuito ofrecido por el portal del poder judicial; (ii) a no haber contemplado información a nivel nacional; y (iii) lo más relevante, a la imposibilidad de acceder a estados posteriores de las causas.

Señala que la falta de interés del mercado no se debe a desidia de ZZ. Que esta, habría honrado sus compromisos. Que desarrolló acciones comerciales y planes de venta del producto y que este no tuvo la acogida esperada.

Que a fines de 2008 XX le habría manifestado, de conformidad al Anexo 1 del Contrato, su intención de ponerle término de no modificarlo, asegurándole un ingreso mínimo. De esto se habría consultado a los clientes quienes para estos efectos debían pagar una tarifa plana mínima y que no hubo ningún interés, por lo que ZZ informó a XX que, por no haberse cumplido la condición impuesta por ellos para la renovación del contrato, lo entendían terminado a partir de marzo 2009.

EN CUANTO AL DERECHO

Que para establecer el estándar exigido a ZZ para determinar la existencia de un incumplimiento culpable que origine su obligación de responder, era necesario establecer la naturaleza de las obligaciones emanadas del contrato. Distingue, según la doctrina clásica, las obligaciones de medio y las de resultado. Calificando las obligaciones emanadas del contrato como obligaciones de medio. Señala que la obligación de comercializar y proveer el servicio sería de medio, pues ZZ se obligó a desarrollar las acciones idóneas tendientes a conseguir la “mayor venta posible” del servicio.

Agrega, que ZZ ha cumplido holgadamente con el estándar que el Artículo 1.547 del Código Civil impone a los contratantes, haciéndolos responsable de la culpa leve en aquellos casos en que el contrato beneficia a ambas partes. Señala que el Artículo 44 del mismo cuerpo legal define la culpa leve como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Que ZZ ha cumplido con sus obligaciones y ha desplegado diligente y oportunamente las conductas aptas para producir el resultado empleado, cumpliendo así con el grado de diligencia correspondiente.

Que la comunicación enviada por XX en que esta última manifestaba su intención de no perseverar en el contrato a menos que este fuera modificado, constituiría un aviso condicional de no renovarse el contrato. Y que habiendo fallado dicha condición, se habría producido el término inmediato del contrato por aplicación de lo pactado en el Anexo 1.

EN CUANTO A LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Que al no configurarse ninguna situación que pueda ser calificada como incumplimiento culpable, ZZ no ha causado a XX un daño patrimonial, moral o de otra naturaleza, puesto que las consecuencias patrimoniales que pudo haber experimentado, son consecuencias directas de un contrato legalmente celebrado, que tiene objeto y causa lícitos y cuyos resultados, no fueron los proyectados por las partes.

Señala que no se configurarían los elementos de la responsabilidad contractual en cuanto no hay: (1) Daño, por no ser imputables a ZZ los costos asociados directamente al cumplimiento de una obligación lícita y legalmente contraída. En este punto, señala que XX falta a la buena fe establecida en el Artículo 1.546, en cuanto sostiene que los costos en que habría incurrido para recopilar la información los hizo para dar cumplimiento al contrato; (2) Dolo o culpa, en cuanto no se puede imputar nada a ZZ al haber actuado con la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación de comercializar el servicio de información; y (3) Causalidad, en cuanto el dolo o culpa debe ser la causa necesaria del daño y de no mediar estos últimos el daño no se hubiera producido. Que ZZ no generó daño a XX al no incumplir sus obligaciones.

Que en mérito de lo señalado solicita tener por contestada la demanda y que se rechace en todas sus partes con costas, y que el contrato debe entenderse terminado a partir del 1 de marzo de 2009.

Octavo: A fs. 108 comparece XX quien evacua trámite de réplica, señalando:

Que la demanda se basa en los graves incumplimientos en que incurrió ZZ y los consiguientes perjuicios causados a XX con ocasión del Contrato. Específicamente, solicita se declare el término del contrato, en virtud de los incumplimientos, y se libere a XX de seguir cumpliendo sus obligaciones y le sean resarcidos los perjuicios que se le ocasionaron.

Señala que, sin perjuicio de que controvierte categóricamente la mayoría de las afirmaciones de la contraria, no es efectivo lo que la contraria sostiene, en cuanto a:

- (1) Que la recopilación de información formaría parte de un trabajo que debía hacerse de todos modos independientemente de la relación comercial con ZZ. Que el principal motivo de ingreso de XX al mercado

chileno fue el contrato con ZZ, lo que quedaría en evidencia de la obligación de exclusividad que XX suscribió. Que la única razón por la cual XX se obligó exclusivamente para con ZZ fueron las estimaciones efectuadas por esta última de los ingresos que XX percibiría. Agrega que dicha afirmación, además es absurda, en cuanto pretende minimizar el hecho de que XX habría cumplido con sus obligaciones y ZZ no. Compara dicho planteamiento al que podría usar TR para justificar el no pago a un proveedor de neumáticos en el hecho que este igual debía producir neumáticos para otras empresas automotrices.

(2) En relación a los dichos de la contraria relativos a haber efectuado acciones comerciales de ofrecimiento con antelación a marzo de 2007 para despertar el interés de los clientes y, a que pese al empeño puesto por el departamento comercial el producto habría sido despreciado por los clientes, XX rechaza la explicación de ZZ. Dicha explicación se fundamentaría, según la demandante, en que el producto era incompleto o de baja calidad. Pero, según sostiene, fue ZZ la que se acercó a XX con la idea de desarrollar el proyecto en conjunto, fue ZZ quien definió el producto que hoy califica, según la demandante, de poco atractivo.

Por otro lado, es un hecho cierto que XX cumplió fielmente con la entrega de la información requerida por ZZ según el Contrato, por lo que resulta inaceptable que ahora esta señale de manera tan liviana que, a su juicio, el producto tendría una baja calidad o sería incompleto en cuanto al nivel de información que contiene, ya que este nivel fue definido en el Contrato, de acuerdo al diseño y requerimientos efectuados por la propia demandada y nunca se formuló reproche alguno a su respecto.

(3) Agrega la demandante que concuerda con ZZ en que la obligación asumida por esta última sería de medios. Señala que no bastaría con indicar que el producto no interesó al mercado, sino que debe probar que realizó gestiones de venta coordinadas y sistemáticas, a fin de ofrecer el producto, que lo promocionó y exhibió seria y adecuadamente a las instituciones bancarias. Agrega que eso no sucedió, que ZZ no cumplió con su obligación de realizar gestiones de venta, oportunas y adecuadas, lo que provocó un perjuicio a XX quien proporcionó y sigue proporcionando a ZZ un producto de buena calidad en forma gratuita sin recibir los ingresos que se habían informado. Agrega que la exclusividad que pactó XX respecto de la información, hace más relevante el deber de diligencia exigible a la contraria.

(4) Por último, respecto del argumento de la contraria que el contrato habría terminado con fecha 1 de marzo de 2009 en virtud de una comunicación enviada por XX a la demandada, la cual habría constituido un aviso condicional de no renovación de contrato, señala que de conformidad al contrato las partes solo podían ponerle término mediante el envío de una carta certificada. Que ninguna de las partes habría manifestado su voluntad de terminar el contrato de conformidad al mismo, por lo que se encuentra vigente y debe ser declarado terminado por el señor Árbitro. Reitera que será carga de la demandada probar que usó la debida diligencia, pero indica que no requeriría de prueba, lo que según la demandante, ZZ habría reconocido, en cuanto al menos durante el último año no ha cumplido sus obligaciones en virtud de haber declarado errónea y unilateralmente el contrato terminado.

Noveno: A fs. 117 comparece XX evacuando el trámite de dúplica y señalando que:

Habría sido XX quien realizó los primeros contactos para extender su campo de negocios a diferentes países de la región, entre ellos Chile. Agrega que dicho acercamiento se produjo por medio de un conocido de ambas partes.

En las cláusulas primera y segunda del contrato, se declararía cuál es el negocio de XX y se reconocería que a la fecha, esta última ya había recopilado parte importante de la información aportada a ZZ. En él se declaró: “dispone de archivos con los datos de ingreso de la totalidad de las acciones contenciosas de jurisdicción civil y laboral...”. Reitera que XX efectuó la recopilación de información como parte de su negocio denominado “Auditor Judicial” y que XX sostiene lo contrario solo con el afán de incorporar el esfuerzo e inversiones asociadas a dicha recopilación, como daño directo producto del incumplimiento, y así fundar su pretensión

indemnizatoria. Señala que la actora pretende por la vía judicial resarcirse de eventuales malos resultados económicos que no tendrían ninguna relación con el actuar y responsabilidad de ZZ, quien habría cumplido con sus obligaciones.

El contrato se encontraría terminado. El 1 de marzo de 2007 las partes modificaron la vigencia del contrato a través del Anexo 1, estableciendo una duración de un año, a contar de la fecha de suscripción del mismo, y que se renovarían en forma automática por períodos iguales y sucesivos de un año cada uno si ninguna de las partes manifestaba su intención de ponerle término con, a lo menos, dos meses de anticipación a la fecha de término del período respectivo. Agrega que a finales de 2008, doña A.C. habría enviado una comunicación en la cual señalaba de manera expresa su intención de poner término al contrato a menos que se modificara el mismo, en su favor y conforme a las condiciones unilateralmente impuestas por ellos mismos. Que dicha comunicación constituiría una manifestación de voluntad en orden a poner fin al contrato. Que la falta de cumplimiento a la formalidad de envío de carta certificada pactada en el Anexo, que refutó la contraria, solo puede ser invocada por aquel en cuyo favor ha sido establecida, no por quien comete la omisión. Señala que acoger el planteamiento de XX, implicaría legitimar la absurda situación de que ellos mismos se apartaron de la norma contractual para manifestar su intención de poner término al contrato y luego pretenden escudarse en la falta de cumplimiento de la formalidad que ellos debían respetar. Agrega que dicha formalidad habría sido establecida a favor de la persona que recibe la comunicación para dar certeza acerca de la voluntad de la contraria. Indica que al no ser una disposición de derecho público puede renunciarse. Que sostener lo contrario atenta contra el principio de buena fe, pues significa que la parte puede aprovecharse de su propio dolo. Que ZZ aceptó la voluntad de la contraria al dar por terminado el contrato.

Que a la fecha es falso que XX continúe cumpliendo con sus obligaciones, que cesaron de cumplir hace meses, tan pronto se terminó el contrato el 1 de marzo de 2009.

Décimo: Conforme consta de fs. 129 de autos, con fecha 8 de abril de 2010, tuvo lugar el comparendo de conciliación en autos, la que no se produce.

Undécimo: A fs. 131 consta que con fecha 18 de mayo de 2010 se recibió la causa a prueba, estableciéndose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. Esfuerzos de ZZ en la comercialización y venta del producto comprometido conforme al Contrato de Aporte, Constitución de Bases de Datos y Prestación de Servicios de Consulta sobre Demandados Civiles y Laborales de fecha 1 de octubre de 2005 y su modificación (el Contrato).
2. Efectividad de encontrarse terminado el Contrato, fecha y condiciones de dicho término.
3. Existencia, naturaleza y monto de los perjuicios demandados.

Duodécimo: A fs. 139 de estos autos XX presenta Recurso de Reposición en contra del auto de prueba de fecha 16 de junio de 2010, solicitando que, de conformidad al procedimiento establecido para el presente arbitraje, se fije la o las audiencias destinadas a recibir la prueba testimonial. A fs. 140 se resuelve como se pide, fijándose la recepción de la prueba testimonial.

Decimotercero: A fs. 125, 185, 208, 210, y 217 XX acompañó su prueba documental, la cual se tuvo por acompañada.

Decimocuarto: A fs. 153, 170 ZZ acompañó su prueba documental, consistente en 12 documentos, la cual se tuvo por acompañada.

Decimoquinto: A fs. 173 XX solicita a ZZ exhibición de documentos, cuyo desistimiento consta a fs. 235.

Decimosexto: A fs. 175 XX cita a don F.C., representante legal de ZZ a absolver posiciones, medida probatoria que fue desistida como consta a fs. 235.

Decimoséptimo: En cuanto a la prueba testimonial, a fs. 134 y 135 rolan las listas de testigos de XX y ZZ, respectivamente. Dichos testigos fueron V.M., R.R., J.S. y A.A. por ZZ y M.A., P.C., A.C. y G.A. por XX.

Las declaraciones respectivas rolan: (i) a fs. 154 y siguientes la de don J.S.; (ii) a fs. 157 y siguientes la de don A.A.; (iii) a fs. 162 y siguientes la de don R.R.; (iv) a fs. 166 y siguientes la de don V.M.; (v) a fs. 224 y siguientes la de don G.A.; y (vi) a fs. 231 y siguientes la de doña A.C.

Decimoctavo: A fs. 248 ZZ acompaña documentos adicionales al proceso y efectúa las observaciones a la prueba que considera pertinentes.

Por su parte, a fs. 270, XX efectúa las observaciones a la prueba que, por su parte, considera adecuadas.

Decimonoveno: A fs. 310, se citó a las partes a oír sentencia y a fs. 307 se tuvo presente la ampliación del plazo del arbitraje de seis meses adicionales una vez extinguido el plazo inicial del mismo.

II. CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL FONDO

Primero: Se ha solicitado a este Árbitro que, en calidad de Árbitro Arbitrador, resuelva las diferencias entre las partes con ocasión del cumplimiento o, en su defecto, incumplimiento, del Contrato, modificado según Anexo I de fecha 1 de marzo de 2007.

Segundo: Que mediante resolución de fecha 15 de noviembre de 2010, que rola a fs. 310, se citó a las partes a oír sentencia, por lo que corresponde proceder a la resolución del conflicto planteado.

Tercero: De la demanda consta que, en virtud de ella, se persigue la declaración de este Tribunal, en orden a declarar la terminación del Contrato ya referido, más la indemnización de perjuicios que correspondiere y las costas, en los términos solicitados y descritos previamente en la parte expositiva.

Cuarto: Que, por su parte, la contestación de la demanda persigue el rechazo íntegro de esta, así como la declaración de este Tribunal en cuanto a que el Contrato debe entenderse terminado a partir del 1 de marzo de 2009, en virtud de la comunicación enviada al efecto por XX a finales de 2008. A ello, debe agregarse, además, la solicitud de condena en costas al actor.

Quinto: Que a fs. 108 y 117 las partes, respectivamente, evacuan los trámites de réplica y dúplica, en la que cada uno profundiza en sus dichos y se hace cargo de los respectivos de la contraria.

Sexto: Que el conflicto de autos importa un real entendimiento del Contrato a que se relaciona. Dicho Contrato, cuya copia rola a fs. 50 y siguientes, se encuentra reconocido en autos por ambas partes, haciendo la copia adjunta plena prueba respecto de ambas partes, en los términos establecidos en el Artículo 1.702 en relación con el Artículo 1.700 ambos del Código Civil.¹

¹ Artículo 1-702 del Código Civil: “*el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de estos*”.

Que para, en consecuencia, resolver adecuadamente el presente conflicto se hace necesario determinar las obligaciones que dicho Contrato imponía a cada una de las partes, analizar su naturaleza, descubrir la intención de las partes al momento de contraerlas y en definitiva desentrañar el alcance y sentido de cada una, para finalmente, verificar la veracidad de las imputaciones efectuadas en la demanda y su extensión.

Que, en tal sentido, el Contrato en su Cláusula Primera establece la posición y situación de cada parte respecto del Contrato. Así, respecto de ZZ señala que es propietaria y administradora de un sistema automatizado para el tratamiento de información, sistema que tiene por objeto constituir una Central de Riesgos destinada a proveer servicios de información de valor para apoyar procesos de toma de decisiones en las áreas de créditos y operaciones del mercado en general.

Por su parte, se señala que XX efectúa auditorías sobre carteras judiciales masivas, ya sea que estén o no diversificadas en distintos puntos del país y en diferentes Estudios Jurídicos. Que para recopilar la información, cuenta con una amplia red de profesionales y que una vez en la central, la información es procesada, analizada y organizada para ser entregada a un formato práctico, simple y de fácil análisis. Que, en tal sentido, XX es un servicio de información, dinámica y actualizada.

En la cláusula segunda, el Contrato señala que XX dispone de archivos con los datos de ingreso de todas las acciones contenciosas y no contenciosas de jurisdicción civil y laboral, excepto aquellos que la ley califica de secretos o reservados, presentadas a distribución en las Cortes de Apelaciones de Santiago, San Miguel y Valparaíso, en adelante también denominada indistintamente como “la información” y/o “los Ingresos Judiciales”. También, XX entregaría la información que como motivo de la expansión a otras cortes lograrse recabar.

Que la cláusula tercera, deja establecido que el objeto del Contrato es acordar las condiciones bajo las cuales se desarrollaría, administraría y comercializaría la denominada Base de Datos de Demandados Civiles y Laborales.

En la cláusula cuarta, se deja establecido que XX entregaría a ZZ la información referida a la totalidad de los juicios civiles y laborales ingresados durante los años 2002 al 2005 de acuerdo al calendario que en la señalada cláusula se indica.

La información sería entregada en la forma y conforme a lo establecido en el documento denominado Protocolo Operacional, el que se entendía formar parte del Contrato.

Existirían dos copias de la Base de Datos de Demandados Civiles y Laborales, una de propiedad de XX y otra de ZZ.

Conforme a la cláusula sexta, recibida que fuere la información, ZZ procedería a efectuar los cruces necesarios para rutificar cada uno de los nombres aportados por XX, entendiendo por tal la asociación de cada nombre con el número de RUT asignado a esa persona.

Una vez efectuada la rutificación, ZZ entregaría la información consolidada a XX en los términos establecidos en el Protocolo Operacional, quien solo podría hacer uso de ella para sus fines propios, quedándole expresa y absolutamente prohibido comunicar, ceder, transferir o compartir, etc. a cualquier título la señalada información con terceros, sean relacionados o no. Tal obligación fue elevada por las partes a la categoría de esencial.

En la cláusula séptima se indica que XX sería el único y exclusivo responsable por la exactitud y autenticidad de la información.

En la cláusula octava se establece la que posiblemente es la principal obligación de SINACOF, esto es, la obligación de ZZ de –a partir de la Base de Datos de Demandados Civiles y Laborales- proveer a terceros en general, a cambio de una tarifa, servicios de información de consulta sobre los registros de dicha base. Los servicios de información serían prestados por ZZ bajo un contexto de manejo confidencial de la información, garantizando el fiel cumplimiento de las disposiciones internas de seguridad que apuntan a evitar la fuga de información y la correcta carga de datos. Asimismo, ZZ se obliga a prestar el servicio contratado por su propio personal.

Conforme a la cláusula novena, la determinación del monto de los cobros efectuados a terceros sería efectuada libremente por ZZ, pudiendo modificarla en cualquier momento a su libre arbitrio, pero con expresa notificación de la modificación realizada. Sería también obligación de ZZ efectuar las gestiones de facturación, cobranza y recaudación por los servicios.

En cuanto a la remuneración de XX, por el aporte y actualización de las ventas netas que ZZ efectúe, se establece en la cláusula décima una tabla de porcentajes.

Como contrapartida a lo anterior, XX quedaba facultada para auditar y/o revisar los registros y sistemas de conteo y control de ventas que ZZ implementaría respecto de la base de datos. Esta facultad sería entregada a XX con el objeto exclusivo de que esta verifique la exactitud de la información proporcionada por ZZ para efectos de la determinación de la remuneración del primero.

Las auditorías en cuestión no podrán ser más de una vez al año, siendo de su elección la designación de la empresa externa que la realice, previa aprobación de ZZ.

Para efecto del cobro de la remuneración de XX, ZZ comunicaría a XX, dentro de los cinco primeros días hábiles siguientes al mes recaudado, el monto total recaudado por ventas de la información durante el mes inmediatamente anterior y el porcentaje correspondiente a su remuneración por ese mismo mes. XX, dentro de los cinco días siguientes de recibida tal comunicación, enviaría a ZZ la respectiva factura por el monto equivalente en pesos moneda nacional, la que será pagada previa recepción conforme, dentro de los quince días siguientes.

Conforme a la cláusula decimotercera, XX se obligó a otorgar a ZZ la información a que se refiere este contrato en carácter de total y absoluta exclusividad, por tiempo indefinido y para todo el territorio de la República. Además, XX se obligó a no ceder, arrendar o dar participación en cualquier forma a terceros, sobre la base de datos, como también a no encargar a terceros la constitución, administración y mantención de la Base de Datos de Demandados Civiles y Laborales.

El incumplimiento de la señalada obligación daría pie al pago de la cantidad de 7.000 UF.

En cuanto a la duración, esta sería de un año a contar de la fecha del Contrato (1 de octubre de 2005), renovable por períodos de un año cada uno, si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de ponerle término con, a lo menos, dos meses de anticipación a la fecha en que decida concluirlo, lo cual debía ser comunicado a la otra parte por carta certificada, remitida al domicilio consignado en el Contrato o al nuevo domicilio que con posterioridad tuviesen las partes, siempre que este último hubiere sido informado por escrito a la parte que remite la carta.

Por su parte, y conforme ya se indicó, con fecha 1 de marzo de 2007, se suscribió entre las partes el Anexo I al Contrato, en el que básicamente se señala:

Que se modifica la cláusula décima del Contrato en el sentido que XX percibiría como única remuneración un porcentaje de las ventas netas que ZZ efectúe mensualmente respecto de la misma información de acuerdo a la siguiente tabla:

- a. Mes 0: consultas de prueba, por política se realizan a costo cero.
- b. Mes 1: 80%
- c. Mes 2: 80%
- d. Mes 3: 70%
- e. Mes 4: 70%
- f. Mes 5: 60%
- g. Mes 6: 60%
- h. Mes 7: 50%
- i. Mes 8: 50%
- j. Mes 9: 40%
- k. Mes 10: 40%
- l. Mes 11 en adelante: 35%

Se agrega que todos los montos expresados en el contrato han sido señalados en sus valores netos, debiendo ser recargados con el correspondiente IVA.

Asimismo, por el señalado Anexo se modifica la duración del mismo, señalándose que esta sería de un año a contar de la fecha del Anexo (1 de marzo de 2007), renovable en forma tácita, automática y sucesiva por períodos de un año cada uno, si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de ponerle término con, a lo menos, dos meses de anticipación a la fecha de terminación del período respectivo, lo cual debía ser puesto en conocimiento de la otra parte, con la misma anticipación, mediante carta certificada, remitida al domicilio consignada en este instrumento o al nuevo domicilio que con posterioridad a esta fecha tuviesen las partes.

Se agrega que, sin perjuicio de lo anterior, en el caso de XX, la facultad de manifestar su intención de no perseverar en el contrato y evitar su renovación automática, solo podría ser ejercida sujeta a la condición consistente en que hayan transcurrido, a lo menos, dieciocho meses corridos de prestación efectiva de los servicios al primero de los clientes que haya contratado los servicios de información a terceros si es que a esa fecha se encontrare vigente dicho contrato. Es decir –se agrega- que por la suscripción del primer contrato de prestación de servicios de información a terceros, XX quedaría obligada, por ese solo hecho, a cumplir todas y cada una de las obligaciones que para ella emanan del Contrato y, solo una vez transcurridos 18 meses corridos a partir de esa fecha podría poner término al Contrato.

Se añade que, en el evento de producirse la renovación automática por un nuevo período anual, y para los efectos establecidos en la cláusula décima [remuneración de XX] se acuerda expresamente que el primer mes del nuevo período correspondería al decimotercero, y así sucesivamente.

Séptimo: En definitiva, el Contrato da cuenta de una suerte de asociación de hecho o joint venture² entre XX y ZZ para los efectos de ofrecer y comercializar a terceros el producto denominado Base de Datos y Prestación de Servicios de Consultas sobre Demandados Civiles y Laborales. Por un lado, XX contaba con los recursos para poder elaborar la base de datos y ZZ, a su turno, con los recursos para rutificarla y, finalmente, comercializarla entre los distintos bancos e instituciones financieras a las que se encuentra vinculado.

Que al respecto, el Contrato de una u otra manera establece con claridad las obligaciones principales de las partes, a fin de poder crear y colocar en el mercado financiero el producto en cuestión. Así, por una parte XX

² Conforme señala Juan Cristóbal Sotomayor Stephens los joint ventures son “*contratos mediante los cuales dos o más empresarios se vinculan para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener de ella una utilidad (...)*” Sotomayor Stephens, Juan Cristóbal, Asociaciones Sin Personalidad Jurídica, El Contrato de Joint Venture, Lexis Nexis, 1^ª Ed., 2005, p. 67.

debía recopilar la información y entregarla a ZZ, por la otra, esta última debía “rutificarla” y una vez editada - por XX- comercializarla a terceros, básicamente bancos e instituciones financieras.

Que en tal sentido, no es difícil asimilar el Contrato en cuestión con lo que en doctrina comercial se denomina “joint venture” o aventura conjunta, consistente en un tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a plazo entre dos o más personas, cuyos elementos característicos, según la doctrina especializada, serían³:

- a) La existencia de un negocio determinado o único;
- b) El derecho de un control mutuo o el derecho de opinar en la administración;
- c) Un aporte conjunto y una comunidad de intereses en dichos bienes;
- d) La expectativa de derivar un lucro; y,
- e) El derecho conjunto de participar en las utilidades.

Que, si se analizan con detención cada uno de los elementos en cuestión, es posible apreciar que todos y cada uno de ellos concurren en el caso que nos ocupa. Así, es posible apreciar en el caso que nos ocupa la existencia de un negocio determinado o único a que se refiere la asociación; también es posible apreciar la existencia de un derecho de control mutuo, o participación en la administración, en tanto ambas partes participan activamente de la asociación, teniendo derecho de opinar, auditar y/o revisar los registros⁴; respecto del aporte conjunto y comunidad de intereses, si bien cada parte tenía sus obligaciones propias en la asociación, claramente el aporte de ambas partes hacía posible la existencia de la Base de Datos y, en tal sentido, el aporte es conjunto y da cuenta de la existencia de una comunidad de intereses en la promoción y venta de la base de datos, unido todo ello, a una finalidad lucrativa; en cuanto a la finalidad lucrativa, ella es evidente: Las partes se asociaron para el desarrollo de un negocio y con el ánimo de obtener los beneficios de este y no altera dicha circunstancia el hecho que el precio haya debido ser fijado respecto de terceros directamente por ZZ; por último, en lo que se refiere al derecho conjunto de participar en las utilidades, este también es clarísimo. En el hecho, es el mismo Contrato el que establece los porcentajes de participación, conforme lo reiteraremos a continuación.

Que si bien el Contrato no establece una remuneración mínima y a todo evento de ZZ a XX, sí establece una participación de ambas partes en el negocio común -cuestión propia de las asociaciones-, en donde ambas partes acuerdan repartirse los beneficios obtenidos, conforme a porcentajes previamente definidos, casi como si estuviéramos hablando de una sociedad.

Octavo: Que la participación en los beneficios que venimos indicando se encuentra contenida en el Contrato, básicamente en su cláusula décima.

Tales beneficios ascenderían, en una primera etapa a:

- a. Mes 0: Mes de promoción del servicio, por lo tanto, no habrían ingresos.
- b. Mes 1: 80%
- c. Mes 2: 70%
- d. Mes 3: 60%
- e. Mes 4: 50%
- f. Mes 5: 40%
- g. Mes 6 en adelante: 30% y siguientes idem

³ Marzorati, Osvaldo J., Derecho de los Negocios Internacionales, 3ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, pág. 288.

⁴ Ver en este sentido las obligaciones que para cada parte emanan del Contrato. Ver principalmente la Cláusula Undécima, en cuanto: “XX queda facultado desde ya para auditar y/o revisar los registros y sistemas de conteo y control de ventas que ZZ implementará respecto de la base de datos a que se refiere el presente contrato (...)”.

Posteriormente, dichos porcentajes de participación en las utilidades del negocio fueron modificados, estableciéndose en el Anexo I del Contrato, los siguientes:

- a. Mes 0: Consultas de prueba, por política se realizan a costo cero.
- b. Mes 1: 80%
- c. Mes 2: 80%
- d. Mes 3: 70%
- e. Mes 4: 70%
- f. Mes 5: 60%
- g. Mes 6: 60%
- h. Mes 7: 50%
- i. Mes 8: 50%
- j. Mes 9: 40%
- k. Mes 10: 40%
- l. Mes 11 en adelante: 35%

Lo interesante del caso resulta del hecho de considerar que, tratándose de una asociación pretendida de largo plazo, quien supuestamente tendría una mejor participación en las utilidades sería ZZ y no XX, quien es el originario de la información.

De hecho, si se revisan los porcentajes a remunerar durante el primer período de Contrato, solo durante los primeros cuatro meses la participación de XX sería igual o superior a la de ZZ, dando cuenta que la labor de ZZ en el tiempo debía ser más determinante que la de la propia XX.

Tal situación se mantiene al momento de modificarse el Contrato y suscribirse el Anexo I, en cuanto a la participación de XX en los beneficios del negocio a contar de la señalada modificación. En efecto, en ella se señala que la participación de XX sería superior o igual a la de ZZ solo hasta los meses 7 y 8. De ahí en adelante ZZ tomaría la delantera en los ingresos, teniendo una participación en los beneficios de la asociación, mayor a la de su co-socio.

Noveno: Que dicha diferencia en la participación de los beneficios es perfectamente lícita y no presenta inconveniente alguno, no obstante, en general dice relación con la importancia o la magnitud del aporte que se espera de cada uno de los participantes de la asociación.

Que lo anterior, no es sino reflejo de la naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa y no sería sostenible pensar en dicha desigualdad en los beneficios a largo plazo como consecuencia del Contrato, si no fuere por cuanto las partes consideraron que el aporte de ZZ a la asociación -dada su red de clientes y contactos- sería –en el tiempo- más relevante que el de XX, sin perjuicio de la importante valuación que inicialmente y por los primeros meses del Contrato tendría su aporte correlativo (en cuanto recopilador y proveedor de información).

Décimo: De esta manera, resulta esencial entrar al análisis del aporte de cada una de las partes a esta suerte de asociación, a fin de entender la real dimensión de las obligaciones de las partes.

Que, por una parte, tanto XX como ZZ están contestes en que la principal obligación de XX sería la de proveer de manera exclusiva la información sobre ingresos judiciales. Así, es la propia demandada la que en su escrito de contestación señala que “la primera, principal y prácticamente única obligación de XX era entregar a ZZ la información referida a la totalidad de los juicios de competencia civil y laboral ingresados (a tramitación) durante los años 2002 al 2005 (información de la cual, según ellos mismos declararon, ya disponían a esa fecha). Posteriormente, XX actualizaría permanentemente la información aportada con los nuevos ingresos que se produjeran durante la vigencia del contrato (...)

Es decir, XX se obligó, casi exclusivamente, a entregar información de la cual ya disponía (...).⁵

Que, por su parte, las obligaciones principales que tendría ZZ, según ella misma indica, serían las de:

1. Rutificar y/o consolidar la información (...), conforme lo dispone la cláusula sexta del Contrato.
2. Entregar la información rutificada a XX, conforme lo dispone la cláusula sexta del Contrato.
3. Desarrollar el servicio de Causas Judiciales, dentro de la gama de servicios ofrecidos por ZZ.
4. Ofrecer, promover y comercializar a terceros, a cambio de una tarifa o precio determinado el servicio de Causas Judiciales.
5. Retribuir a XX conforme al porcentaje de participación en el negocio, establecido en el Contrato.

Que la principal imputación de incumplimiento de XX a ZZ, dice relación con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación indicada con el N°4 anterior, esto es, el ofrecimiento, promoción y comercialización del producto Causas Judiciales a terceros y la posterior nula distribución de ingresos entre las partes.

Undécimo: Que conforme señala la demanda de XX, el incumplimiento referido en el último párrafo del considerando anterior, sería el objeto de su demanda. Al respecto señala:

“(...) que la principal obligación que asumió ZZ fue la de comercializar y vender el producto, obligación de cuyo cumplimiento dependía que nuestra representada percibiera la remuneración pactada, o alguna otra remuneración, pues como dijimos, correspondía a un porcentaje determinado de la venta”.⁶

Agrega la demandante que entienden el primer año y medio de Contrato, esto es, hasta el 28 de febrero de 2007, como un período de ajustes, marcha blanca y puesta en marcha del proyecto, razón por la cual -a pesar de ser discutible- atribuyen la nula facturación a dicha circunstancia y no a incumplimiento de alguna de las partes.

Agrega, no obstante, que dicha circunstancia no es aplicable al período iniciado a partir del 1 de marzo de 2007, época en que la demandada debía relanzar el proyecto con nuevo ímpetu, y obtener los ingresos que ella misma había estimado en su presentación previa al Contrato.⁷

Que el resultado a partir del relanzamiento fue malo. ZZ habría dejado de promocionar y publicitar el producto y nunca más habría vuelto a ofrecer el servicio a los bancos, no habiendo vendido prácticamente ninguna suscripción, lo que redundó en la total falta de ingresos por parte de XX.

Que en su escrito de contestación, ZZ concuerda parcialmente con lo indicado, en cuanto señala que pese a los innegables esfuerzos de ambas partes, recién en marzo de 2007 las partes estuvieron en condiciones de ofrecer al mercado el Servicio Causas Judiciales. Agrega que, a pesar de ello, las acciones comerciales de ofrecimiento del mismo se iniciaron con bastante antelación a dicha fecha, como una manera de anticipar y aumentar el interés de los bancos.

Señala ZZ que pese a sus esfuerzos y empeño, la respuesta del mercado no se hizo esperar y el servicio en cuestión fue despreciado. Agrega que ZZ en todo tiempo ha honrado sus compromisos y obligaciones, y en este caso ello no ha sido distinto. Nuestra empresa desarrolló y llevó adelante numerosas acciones comerciales y planes de venta para posicionar el servicio de Causas Judiciales como una cosa útil y valiosa, sin embargo ello no ha generado la respuesta esperada”.

⁵ Fojas 95 y 96.

⁶ Fojas 78 – 79, Escrito de Demanda.

⁷ Presentación de fs. 59 y siguientes.

Duodécimo: Que ZZ -como parte de sus alegaciones y defensas- señala que la obligación de comercializar que tenía no era de resultado, sino -muy por el contrario- una obligación de medios, “entendiendo por tales aquellas en las cuales el deudor solo se obliga a observar una cierta diligencia y/o a desplegar una conducta que tiene por objeto alcanzar un resultado deseado o apetecido”.⁸ Al respecto, y sin controvertir, la demandante hace suya la calificación efectuada por la demandada, y señala: “en efecto, la obligación asumida por ZZ es una obligación de medio, que consiste como hemos señalado, en comercializar y vender el producto, obligación de cuyo cumplimiento depende que nuestra representada percibiera la remuneración pactada, o alguna otra remuneración, pues como hemos dicho, corresponde a un porcentaje determinado de la venta”.⁹

Que al respecto, la doctrina ha señalado: “Respecto al incumplimiento de las obligaciones contractuales resulta necesario considerar la clasificación entre las obligaciones de medios y de resultado, siendo diversa la exigencia al deudor según se trate de una u otra categoría de obligación.

En las primeras, como se sabe, al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado, el deudor debe ser diligente en el intento por lograr dicho resultado o pretensión a favor del acreedor. En cambio, las obligaciones de resultado exigen al deudor la pretensión misma sin miramientos a la diligencia que haya comprometido para obtenerla.

Es decir, solo en las obligaciones de medio el deudor para determinar si cumplió o no, debe realizarse un análisis de su conducta destinada a la satisfacción del interés del acreedor. En este sentido debe entenderse el Artículo 1.547 CCCh., el cual recoge la denominada prestación de culpas, en conformidad a la cual el deudor responde de culpa leve, levisima o lata, según la utilidad que le reporte el contrato a las partes. Es decir, la regla citada contempla distintos grados de diligencia exigibles al deudor para evaluar si satisfizo o no la obligación comprometida.

(...) Tanto en las obligaciones de medio como aquellas de resultado el hecho generador de responsabilidad es el incumplimiento. Peñailillo señala que: “Para precisar qué se entiende por incumplimiento, o cuando se incumple, es para lo que surge la utilidad de la distinción. La de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se comprometió. En la obligación de medio la situación es más compleja. Como principio, la obligación está incumplida cuando el deudor no se ha comportado con la diligencia debida”.¹⁰¹¹

Decimotercero: De lo dicho, se debe concluir que lo central para desentrañar el presente conflicto, en lo que se refiere al cumplimiento o incumplimiento de la obligación de comercialización, estaría radicado principalmente en la culpa o grado de diligencia empleado por ZZ en el cumplimiento de la señalada obligación.

Así, “lo que ocurre es que en las obligaciones de medio este elemento –la culpa- viene a identificarse con el incumplimiento”.¹² Este “solo surgirá si se demuestra que el deudor fue negligente en la actividad de cumplimiento”.¹³

⁸ Fojas 100.

⁹ Fojas 112.

¹⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel, Las Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pág. 227.

¹¹ Pizarro Wilson, Carlos, La Culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI (Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2008)

¹² Ibid., pág. 260.

¹³ Cabanillas Sánchez, Antonio, Las Obligaciones de Actividad y de Resultado, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pág. 124.

Que en tal sentido, este Árbitro estableció como punto de prueba en su resolución de fs. 131, “esfuerzos de ZZ en la comercialización y venta del producto comprometido conforme al Contrato de Aporte de Información, Constitución de Bases de Datos y Prestación de Servicios de Consultas sobre Demandados Civiles y Laborales de fecha 1 de octubre de 2005 y su modificación (el Contrato)”.¹⁴

Que en cuanto al peso de la prueba respecto del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de medio, debe estarse a lo dispuesto por el Artículo 1.698 del Código Civil en relación con el Artículo 1.547 inciso 3 del mismo Código. “En conformidad con el Artículo 1.698 la existencia de la obligación debe ser probada por quien la alega y, lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: La carga de la prueba está en quien lo reclama. La otra premisa que indica el mismo autor es que el cumplimiento (...) constituye una causal de extinción de la obligación: “Con lo cual, técnicamente, la prueba del cumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del Artículo 1.698; el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega”. Y concluye: “En la obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)”.¹⁵ [el subrayado es nuestro].

Decimocuarto: En consecuencia, corresponde a este Árbitro analizar, a la luz del proceso y de los antecedentes allegados a este, primero, la existencia de la obligación de comercializar pretendida por XX y, segundo, la diligencia con que ZZ dio cumplimiento a esta, para determinar si la cumplió o no.

Que al respecto, ZZ en sus escritos de contestación y dúplica estableció el siguiente estándar de cumplimiento: “ZZ en todo tiempo ha honrado sus compromisos y obligaciones, y en este caso ello no ha sido distinto. Nuestra empresa desarrolló y llevó adelante numerosas acciones comerciales y planes de venta para posicionar el servicio de Causas Judiciales como una cosa útil y valiosa”.¹⁶ “Según acreditaremos en el momento procesal oportuno, la imputación es del todo falsa. ZZ realizó innumerables acciones aptas y orientadas a la venta y comercialización del servicio de información comercial denominado causas judiciales, elaborado en conjunto por ambas partes en virtud del Contrato (sic)”.¹⁷ “En efecto, esta parte ha cumplido holgadamente con el estándar que el Artículo 1.547 del Código Civil impone a los contratantes, haciéndolos responsables de la culpa leve en aquellos casos en el que el contrato se hace para beneficio recíproco, como ocurre en la especie”.¹⁸ “Es decir, ZZ no ha dejado de cumplir sus obligaciones sino todo lo contrario, ha desplegado diligente y oportunamente las conductas aptas para producir el resultado esperado, la venta de la información. ZZ ha cumplido a cabalidad con el grado de diligencia que el contrato reimponía, sin embargo, el resultado esperado por ambas partes no se ha producido por causas del todo ajenas a la voluntad de ZZ”.¹⁹

Respecto a la existencia de la obligación, ninguna de las partes la discute y ambas están contestes en que la encargada de la venta y comercialización del producto Causas Judiciales era ZZ. Ahora bien, en lo que se refiere a la diligencia desplegada en dicha comercialización, este Árbitro deberá analizar la misma a la luz del mérito del proceso y los antecedentes allegados al mismo.

Decimoquinto: Que ambas partes están, asimismo, contestes en que la época del Contrato entre el 1 de octubre de 2005 y 1 de marzo de 2007 fue un periodo de implementación del producto, lo que llevó consigo la realización de diversas labores de perfeccionamiento del mismo, cuestión que claramente impactó en la comercialización.

¹⁴ Fojas 131.

¹⁵ Pizarro Wilson, Carlos, Ob. Cit. P. 262.

¹⁶ Fojas 98.

¹⁷ Fojas 100.

¹⁸ Fojas 101.

¹⁹ Fojas 101.

Que así, la demandante señala el primer año y medio de vigencia del contrato, que abarcó desde el 1 de octubre de 2005 hasta el 28 de febrero de 2007, fue un período de implementación y de adaptación, de puesta en marcha si se quiere, que demoró mucho más de lo estimado inicialmente por las partes, pues en los hechos no se produjo una sola venta por parte de ZZ.

(...) Pues bien, suponiendo de buena fe que el primer año y medio de vigencia del contrato fue un período de puesta en marcha, que implicó adaptaciones y mejoras en el servicio, de parte de ambas partes, y que la nula facturación no es atribuible a ninguna de ellas, cosa bastante discutible, porque sin duda que alguna responsabilidad tiene la contraria, es indudable que a partir del 1 de marzo de 2007 la demandada debía relanzar el proyecto con nuevo ímpetu, y obtener los ingresos que ella misma había estimado en su presentación previa al contrato”.²⁰

Por su parte, la demandada ZZ concuerda con lo anterior al señalar: “De esta forma, y pese a los innegables esfuerzos de ambas partes, recién en marzo de 2007 las partes estuvieron en condiciones de ofrecer al mercado el Servicio de Causas Judiciales. A pesar de ello las acciones comerciales de ofrecimiento del mismo se iniciaron con bastante antelación a esta fecha, como una forma de anticipar y aumentar el interés de nuestros clientes en su contratación”.²¹

Que, por lo mismo, y habiendo sido expresamente excluido de la demanda el período entre octubre 2005-marzo 2007, este Árbitro omitirá pronunciamiento respecto de dicho período, sin perjuicio de ponderar la prueba agregada al proceso para los efectos de determinar su implicancia en lo que vino después a dicha época.

Decimosexto: Que respecto de este punto específico, en autos declararon los siguientes testigos: (i) Por la demandante: G.A. y A.C.; y, (ii) Por la demandada: A.A.; J.S.; R.R.; y V.M.

Que al respecto, es importante señalar que, aún teniendo este Árbitro la calidad de Arbitrador o Amigable Componedor, no considerará para estos efectos los testimonios de los señores G.A. y A.C., ya que ambos no son testigos, sino -por el contrario- constituyen indirectamente la parte misma que plantea sus alegaciones y reclamos.

Así, el testigo señor G.A. señala a fs. 224 al ser interrogado sobre su relación con el Grupo TR1 (al cual pertenece la demandante): “soy accionista del 50%, el grupo está integrado por una empresa en Argentina, TR2 Sociedad Anónima, TR3 Chile Limitada, TR4 SA-CV y TR5 Colombia. Son las empresas que conforman el Grupo TR1, en los cuatro países que tenemos presencia, Argentina, Chile, México y Colombia, respectivamente. (...)”; y la testigo señora A.C., por su parte, a fs. 231, agrega, “Grupo TR1 es un conjunto de empresas en las cuales en los distintos países en que actuamos, tenemos una sociedad que integra este grupo. En Chile funcionamos como XX. De esta sociedad yo soy socia y tengo a mi cargo el área comercial y financiera. Soy socia en un 50%”.

Así, tenemos que la totalidad del interés de la demandante está representado en las declaraciones anteriores, razón por la que estas no serán consideradas por el Árbitro. En efecto, los declarantes distan de poder ser calificados como testigos, razón por la que malamente podrá dárseles a sus dichos la calidad de tales. Como señaló el profesor Anabalón sobre la prueba testimonial: “*Esta prueba, mejor denominada testifical, es la proveniente de las declaraciones de testigos, es decir del testimonio que ofrecen las personas extrañas al juicio y que deponen acerca de los hechos del mismo por haberlos presenciado o tener alguna referencia de ellos (...)*”.²² En tal sentido, ni el señor G.A. ni la señora A.C. pueden ser consideradas personas extrañas al

²⁰ Fojas 79.

²¹ Fojas 97.

²² Anabalón Sanderson, Carlos, El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Ed. Jurídica de Chile, 1954, pág. 334.

juicio, en tanto claramente se verán beneficiados o perjudicados, directa o indirectamente, con los resultados de este²³.

Que en tal sentido, si bien en la práctica del arbitraje se ha observado y desarrollado una mayor laxitud en la consideración de la prueba testimonial, sobre todo en casos -como el de autos- en donde el Árbitro tiene la calidad de Arbitrador, dicha mayor laxitud -cuyo fundamento está constituido por una mejor apreciación de los hechos, por parte de quienes participaron directamente en ellos- no alcanzará en esta oportunidad y por las razones indicadas previamente, las declaraciones de los testigos señores G.A. y A.C.

En cuanto al testigo señor A.A., director de ZZ y Gerente General de TR6, este interrogado al tenor del punto N°1 señala: “la materia fue tratada y apoyada por el Directorio de ZZ y luego en mi calidad de Gerente General **yo envié en dos oportunidades cartas a los bancos**, primero anunciando y luego reiterando (...)”.²⁴ “No supe más de este tema hasta que el gerente informó en sesión de directorio de ZZ, que la empresa demandante, nos había demandado por poco interés de la compañía. Lo que a mí me resultó raro, **porque dos oportunidades no es una práctica habitual, yo lo hice en dos oportunidades**”.²⁵ Agrega el mismo testigo, exhibidas las cartas a que hizo mención en su declaración: “Está la carta de fecha **28 de febrero del año 2006**, que es un nuevo y único servicio, no es costumbre que el Gerente General de TR6 lo destaque de esta manera. Reitero el **10 de diciembre de 2008**, reitero la materia y doy más detalle del producto y ZZ nombra a la gerente comercial, quien tiene la responsabilidad de los temas comerciales de la compañía”.²⁶ El mismo testigo repreguntado acerca del método de venta de los servicios y qué relación tiene con TR6, señala: “La información es clave para la industria bancaria y por tanto incide de manera fundamental en la administración de riesgos y en el seguimiento de los mismos. Por lo tanto, una vez que el Directorio de ZZ aprueba la materia, **a mí me corresponde difundirlo entre los asociados**, por cuanto ello va en directo beneficio de la administración de riesgo que realizan todos los días. Son los bancos quienes finalmente deciden cuánto aporta al mejoramiento de ese proceso. A su vez, una vez que el Directorio de ZZ instruye a la administración de ZZ, la administración a través de su Gerente General, la gerencia comercial respectiva hace el seguimiento detallado de lo instruido por el Directorio”.²⁷ *[los destacados son nuestros]*

En definitiva, el señor A.A. -Gerente General de TR6 (relacionada en propiedad a ZZ²⁸)- testifica y da razón de sus dichos respecto del punto primero del auto de prueba, radicando los esfuerzos de comercialización del producto Causas Judiciales, en el envío masivo -a todos los gerente de bancos (sus asociados)- de dos cartas en un lapso de cuatro años. Las señaladas Cartas se encuentran acompañadas en borrador en autos a fs. 143 y 144, fueron expresamente reconocidas por su emisor y no fueron objetadas por las partes, razón por la que hacen plena prueba del hecho de haberse otorgado y su contenido.

En definitiva, corresponderá a este Árbitro determinar si el despacho de las “dos cartas” indicadas son las únicas gestiones de comercialización, ya que a diferencia de lo indicado por el testigo declarante, el despacho de dos cartas en el lapso de cuatro años no puede considerarse como el estándar de cumplimiento y satisfacción de la obligación de medios -que sin discusión entre las partes- ZZ ha reconocido haber asumido en conformidad con el Contrato.

Al respecto, el testigo J.S., en su declaración de fs. 154, ratifica el envío de las cartas a que se hizo mención previamente, y reconoce haberse reunido en dos o tres oportunidades con personal de ZZ, en lo que dice relación con el producto. Contrainterrogado al respecto, señala que las reuniones y gestiones de comercialización fueron “entre junio del 2006 al [sic] mayo-junio del año 2007, en esos periodos”. En definitiva, las gestiones -en general- se refieren al período de puesta en marcha del producto y se extienden

²³ Ver Art. 358 del Código de Procedimiento Civil.

²⁴ Fojas 157.

²⁵ Fojas 158.

²⁶ Fojas 158.

²⁷ Fojas 158.

²⁸ Señala la Contestación de la Demanda a fs. 91: La sociedad ZZ nace en 1987 al alero de TR6.

muy brevemente una vez acordado el relanzamiento del mismo, dando cuenta de aisladas gestiones de comercialización al respecto.

En similar sentido, el testigo R.R., depone al tenor del punto de prueba N° 1, en el sentido que habría recibido una visita de la gerente comercial de ZZ en donde le habría entregado antecedentes detallados del producto, así como un período de prueba y revisión de unas cuatro semanas. Agrega que posteriormente se reunió con gente de ZZ en no menos de cinco oportunidades, a fin de hacer presente las deficiencias del servicio, el que finalmente fue desechado. El testigo señala desconocer el segundo lanzamiento del producto sin precisar época alguna respecto de los hechos que declara, salvo la presunción de haber ocurrido con anterioridad a febrero de 2008, época en que el testigo dice haber dejado la gerencia del Banco BO1.

Que la fuerza probatoria del testigo en cuestión es -a juicio de este Árbitro- discutible, ya que no da razón suficiente de sus dichos. Así, es de estimar que las reuniones que señala fueron durante la etapa de puesta en marcha del servicio, esto es, en forma previa al 1 de marzo de 2007, época en que se ha centrado la acción de autos. En efecto, es el mismo testigo el que señala: “Me es muy difícil decir en qué fecha fue, sí recuerdo que fuimos uno de los primeros bancos en ser visitados, porque así lo manifestó la gente que nos visitó, no tengo claridad de la fecha”. Por otro lado, tampoco da razón suficiente de sus dichos en lo que dice relación con las deficiencias del producto, para los efectos de determinar de quién correspondía la carga de subsanarlas, esto es, si solo a XX, solo a ZZ o bien a ambos.

Que la contextualización de la época y oportunidad de las reuniones para los efectos de determinar el cumplimiento de la obligación de diligencia, no es en ningún caso irrelevante. En efecto, al igual que lo que ocurre en el caso del señor A.A., con las dos cartas enviadas en cuatro años, no es lo mismo, cinco reuniones en cuatro años, ni menos si ellas ocurrieron en forma previa al relanzamiento en que ambas partes están contestes. Por ello, el testigo en cuestión tampoco ha sido capaz de dar luces respecto de esfuerzos concretos, dedicados y diligentes de comercialización, por cuanto si bien da muestras de haber existido algunas gestiones y señala la falla del producto por deficiencias propias, no ha sido capaz de dar razón concreta de sus dichos al respecto.

En cuanto al último testigo de la demandada, señor V.M., este -respecto del punto N° 1 del auto de prueba- señala: “Fue un contrato más que tuvimos con ZZ, (...) Respecto del contrato de consulta de demandas en tribunales, nosotros lo tomamos para efectos de agilizar el análisis de admisión de nuevos clientes. Sin embargo, luego desistimos de su uso, debido al alto costo y que en algunos casos asociaba mal el número de RUT de una persona, respecto de su nombre. Además, teníamos la posibilidad de consultar la información de demandas en el Poder Judicial, a través de la página web de dicha institución”.²⁹ Al contrainterrogársele respecto de cuándo el Banco BO2 -institución en la que trabajaba como Gerente de Riesgo- dejó de utilizar el servicio, este señaló: “Aproximadamente tres meses después de haberlo contratado, se dejó de utilizar el servicio de Causas Judiciales, puede haber sido en septiembre de 2006”.³⁰

En definitiva, el señalado testigo -al igual que los anteriores- aporta poco al debate, en cuanto su participación -como lo señala expresamente- solo alcanzó los primeros meses del (primer) lanzamiento del producto, todo ello durante la etapa de implementación que las mismas partes han reconocido en sus escritos principales. Así, de la declaración del señalado testigo no se desprende ningún vestigio de esfuerzos de comercialización con posterioridad a septiembre de 2006.

Por lo demás, no deja de ser importante destacar que los problemas del producto destacados por el testigo señor V.M. corresponden a: (i) problemas en su precio³¹; (ii) problemas de rutificación³²; ambos -según Contrato- de responsabilidad de ZZ.

²⁹ Fojas 166.

³⁰ Fojas 167.

³¹ Cláusula 9 del Contrato.

Así, de la testimonial rendida no es posible concluir de parte de ZZ un estándar satisfactorio en el cumplimiento de su obligación, ni menos aquel que la propia sociedad ZZ estableció en sus escritos de discusión. Así, de dos cartas y algunas reuniones no es posible concluir -a juicio de este Árbitro- las “numerosas acciones comerciales y planes de venta para posicionar el servicio de Causas Judiciales como una cosa útil y valiosa”.³³ Las gestiones de comercialización declaradas por los testigos presentados por dicha parte distan de dicho estándar y el conocimiento respecto del producto por parte de los testigos también es bastante escaso.

Decimoséptimo: Que corresponde analizar las restantes pruebas presentadas en autos, para los efectos de determinar el estándar de cumplimiento por parte de ZZ.

En este sentido, la prueba adicional acompañada en autos, corresponde a la documental que la parte demandante acompañó a fs. 74, 185, 208, 210, 217 y la demandada acompañó a fs. 153, 170 y 248. Ninguno de dichos documentos fue objetado, razón por la que deben tenerse por reconocidos.

- De los documentos acompañados por la demandante es importante destacar los siguientes, en lo que dice relación con el punto de prueba N°1 del Auto de Prueba:

a) Presentación preparada por ZZ denominada “Proyecto Causas Judiciales”:

En dicha presentación preparada por ZZ, en lo que se refiere al punto de prueba N°1, se define a la demandada como “empresa responsable de la administración de TR7 y poseedora de la red de conectividad con los clientes bancarios y otros”.³⁴

En cuanto a los objetivos del producto señala, entre otros: (i) lograr nuevos ingresos, lo que da cuenta del fin de lucro asociado al proyecto; (ii) Posicionar a ZZ como una empresa que permanentemente ofrece nuevos servicios y soluciones, generando con ello una mayor fidelización de los clientes; (iii) Establecer una relación permanente con XX, con expectativas de crecimiento futuro, cuestión que da cuenta del carácter asociativo del proyecto, en los términos que hemos indicado previamente.

En cuanto al mercado objetivo, se señala –en la presentación de ZZ- que “dadas las características del servicio, **los esfuerzos** estarán focalizados a las áreas de Banca Empresas, Cobranza y Fiscalía de **cada Institución Bancaria**, sean estos clientes o no de TR7” [*el destacado es nuestro*]

Particularmente interesante resulta analizar la parte del documento en cuestión que se refiere al Análisis del Mercado efectuado por ZZ, ya que en este ZZ anticipa y da cuenta de haber sido capaz de prever en forma previa o paralela a la contratación de todas las circunstancias que -hoy- ha alegado en el proceso como causales que obstaron al éxito del producto. Esto es interesante, porque dada la experiencia de ZZ resulta determinante que las haya anticipado, conocido y aún así haya efectuado las proyecciones de ingresos que finalmente efectúa y más abajo analizaremos. Además, resulta particularmente importante el Análisis del Mercado, contenido en la presentación, por cuanto siendo ZZ capaz de anticipar las “debilidades”, debió haber sido capaz de anticipar el hecho que el producto requeriría de esfuerzos adicionales para su comercialización, a fin de contrarrestar las debilidades anticipadas. Que esto no significa que dichas debilidades y amenazas no sean consideradas por el Árbitro, pero ciertamente deberán serlo en el contexto general de las obligaciones de las partes.

³² Cláusula 6 del Contrato.

³³ Fojas 98.

³⁴ Fojas 61.

Ahora bien, en cuanto a debilidades / fortalezas y oportunidades / amenazas, en el documento en cuestión, se indican las siguientes:

<p style="text-align: center;">FORTALEZAS</p> <ul style="list-style-type: none">-Contar con un exclusivo servicio de valor agregado para la banca.-El Know How de ZZ en manejo de la información y su posicionamiento en el mercado.-Los acuerdos comerciales con la banca e instituciones.-La política de precio aplicada al servicio.-Exclusividad de la información.	<p style="text-align: center;">DEBILIDADES</p> <ul style="list-style-type: none">-La información corresponde solo al 50% del total de Causas en Chile.-Al rutificar se generará una merma de información.
<p style="text-align: center;">OPORTUNIDADES</p> <ul style="list-style-type: none">-Ampliar la información a la totalidad de las Cortes de Apelaciones del país.-La expansión del servicio a empresas de cobranza.	<p style="text-align: center;">AMENAZAS</p> <ul style="list-style-type: none">-La posibilidad de que la competencia realice una servicio semejante en contenido de información.

Respecto del servicio ofrecido, en la presentación se indica que este sería el de “entregar información referente a Causas Judiciales, tanto Civiles como Laborales, correspondientes a las Corte de Apelaciones de Santiago, San Miguel y Valparaíso. Vía Web, el servicio de TT2000 y servicios de revisión de cartera”.

En cuanto a las proyecciones, la presentación en cuestión da cuenta de tres escenarios presupuestados por ZZ, todos ellos a un valor o precio por consulta de 0,00085 UF, proyectado a 24 meses. En el escenario optimista se proyectaba un resultado acumulado en UF de 4.624; en el escenario neutro un resultado acumulado en UF de 3.374; y en el escenario pesimista un resultado acumulado en UF de 2.124.

Que según se señala en la demanda, dichas proyecciones se traducían en ingresos para XX por los primeros 24 meses de: (i) 2.889 UF en el escenario optimista; (ii) 2.166 UF en el escenario neutro; y (iii) 1.450 UF en el escenario pesimista.

Importante es indicar que la señalada presentación fue enviada por ZZ a XX por medio de correo electrónico de fecha 5 de octubre de 2005, según consta del documento que rola a fs. 176 de estos autos.

- b) Correo electrónico que rola a fs. 177, de fecha 3 de enero de 2007, de doña P.B. de ZZ, a doña A.C. de TR1, con copia a don G.A. de TR1, a don F.C. de ZZ e I.B.³⁵

En el señalado correo electrónico se ratifica el relanzamiento del producto para marzo de 2007. En efecto, en el mismo se señala expresamente: “Respecto a tus planteamientos te comento que marzo es la fecha en que haremos el relanzamiento del servicio de causas judiciales, tanto para web como el servicio de TT2000. En esta fecha nosotros tendremos construido y desarrollado el servicio en TT2000 (...)”.

- c) Documento que rola a fs. 209, que consiste en una impresión del sitio web de ZZ de fecha 15 de marzo de 2010, que destaca dentro de su sección noticias el producto “Causas Judiciales”, como un único y nuevo servicio, indicando como fecha de publicación del anuncio el mes de marzo de 2007.

³⁵ Se ignora a que compañía pertenece.

De lo anterior se desprende que el señalado producto y su publicación en el sitio web de ZZ, no sufrieron actualizaciones en tres años, dando cuenta de una política de comercialización y relanzamiento bastante limitada.

- Por su parte, de los documentos acompañados por la demandada, en lo que dice relación con los esfuerzos de comercialización, es posible destacar:
 - a) El texto de la carta de fecha 28 de febrero de 2006, despachada por don A.A., Gerente de TR6 y Director de ZZ, a los Gerentes Generales de instituciones bancarias en donde presenta el producto denominado Causas Judiciales. El señalado documento rola a fs. 143.
 - b) El texto de la carta de fecha 10 de diciembre de 2008, despachada por don A.A., Gerente de TR6 y Director de ZZ, a los Gerentes Generales de instituciones bancarias en donde presenta la nueva versión del producto denominado Causas Judiciales. El señalado documento rola a fs. 144.

Conforme lo indicamos previamente, las dos cartas en cuestión fueron reconocidas en juicio por su emisor y dan cuenta de las principales gestiones de comercialización en lo que dice relación con el producto Causas Judiciales. Especialmente relevante para los efectos de ponderar la diligencia de la demandada es la segunda de dichas cartas, que pone en conocimiento de los bancos la nueva versión del producto con un año y nueve meses de diferencia entre el nuevo lanzamiento y su comunicación.

Nos remitimos en lo que a estos documentos corresponde a lo indicado previamente al analizar la declaración del señor A.A.

- c) Ejemplar de la Edición Anual 2006 del folleto publicitario DD de ZZ en donde se destaca (pág. 17) el nuevo servicio Causas Judiciales, dentro de la variada gama de servicios ofrecidos.
- d) Ejemplar de la Edición Anual 2007 del folleto publicitario DD de ZZ.

En relación con las letras c) y d) resulta interesante comparar ambos folletos para percatarse que en aquel correspondiente a la letra d), esto es, año 2007, no se realiza ninguna referencia al producto Causas Judiciales, no obstante estar contestes las partes que dicho año corresponde al del relanzamiento.

Así, habiendo sido ambos documentos acompañados por la demandada, con el objeto de acreditar la comercialización del producto, es posible apreciar una disminución de dichos esfuerzos si se compara un boletín anual con el otro.

- e) Ejemplares de la Edición Semestral N°13 y N°14 de DD de ZZ de los meses de octubre de 2008 y enero 2009, respectivamente.

Señala la contraria que dichos folletos darían cuenta de su diligencia en la comercialización del producto Causas Judiciales, por cuanto se señala dicho producto dentro de su parrilla de servicios.

Lo interesante es que la mención del producto es en la contratapa de ambas publicaciones, como uno entre 38 servicios, sin siquiera describirlo ni mencionar ninguna cualidad o atributo. Además, basta revisar los señalados folletos para apreciar que en el cuerpo de estos sí se describen con mayor precisión y de forma más destacada otros servicios de ZZ, cuestión que da cuenta que los esfuerzos de ZZ en la comercialización del producto en disputa no fueron particularmente relevantes.

Una mención aislada, sin descripción, y como uno de entre 38 servicios, no puede ser entendida como una gestión de comercialización de un producto específico. En definitiva, este Árbitro las aprecia como medidas publicitarias en beneficio de ZZ como un todo, pero en ningún caso como medidas en beneficio directo de la comercialización del producto causas judiciales.

- f) Copias de Correos Electrónicos acompañados bajo el N° 5 del escrito de fs. 170, enviados entre el 12-05-2006 y 08-05-2008, que dan cuenta según explica la parte de ZZ de comunicaciones entre demandante y demandado respecto de los “problemas y dificultades del lanzamiento, puesta en marcha y calidad de la información del servicio”.

Al respecto, es posible efectuar las siguientes consideraciones: (i) en primer término, y desde el punto de vista formal, los documentos en cuestión fueron acompañados al voley y de manera inadecuada, no existiendo individualización de cada uno de ellos, cuestión que –a juicio de este Árbitro- constituye un error; (ii) en segundo término, dan cuenta de circunstancias que ninguna de las partes ha desconocido: Efectivamente existieron problemas de puesta en marcha y de lanzamiento que fueron conocidos y aceptados como posibles por las partes, aún en forma previa al inicio del servicio. Basta ver para ello, la presentación de ZZ presentada previamente que daba cuenta de debilidades y amenazas; (iii) en tercer lugar, existiendo dichos problemas y siendo algunos de ellos de responsabilidad de ambas partes (particularmente de ZZ el precio y la rutificación) y, además, habiendo sido previsibles³⁶, es posible de esperar esfuerzos adicionales de las partes para su solución y de ZZ en la comercialización, esfuerzos que no constan en autos y que, del mérito del proceso, se desprende no fueron realizados.

Más aún, mientras -conforme se aprecia de los e-mails- XX -bien o mal- hacía sus mejores esfuerzos para corregir las dificultades, la parte de ZZ no cumplía su obligación correlativa de comercializar en forma eficiente y dedicada el producto en cuestión, responsabilizando a su contraparte de las dificultades y malos resultados de la comercialización.

Decimoctavo: Así, del análisis y ponderación de la prueba rendida en autos -en relación con el punto N°1 del Auto de Prueba- este Árbitro concluye que efectivamente ZZ incumplió su obligación de “ofrecer y proveer a terceros en general, a cambio de una tarifa, servicios de información de consulta sobre los registros de la base en cuestión. Es decir, comercializar el servicio”.³⁷

La realización de algunas gestiones de comercialización a lo largo de cuatro años de Contrato, no es suficiente para concluir que ZZ cumplió con las obligaciones emanadas de la “asociación” convenida con XX. No lo es, primero, porque no obstante haber sido establecida “la comercialización” de buena fe como una obligación de medios y no de resultados, ello no puede servir de base para exculpar a ZZ de su inactividad y falta de diligencia y, segundo, porque dicha inactividad claramente afectaba la esencia de la “asociación” y la conmutatividad del Contrato en tanto XX todos los meses cumplía con su obligación, respetaba, además, la exclusividad y ZZ poco o nada hacía.

Por lo demás, y como lo dijimos, ZZ llevaría en el tiempo una mejor participación en los resultados, cuestión que la obligaba a asumir un rol más relevante, cuestión que no hizo. No puede olvidarse que los clientes que ZZ “aportaría” son sus mismos asociados.

Que, en definitiva, este Árbitro terminará por acoger la demanda de terminación del Contrato, por haber llegado al convencimiento de la existencia del incumplimiento imputado a ZZ en lo que dice relación con la obligación de comercializar, asumida contractualmente.

³⁶ Ver documento que rola a fs. 59.

³⁷ Fojas 96.

Decimonoveno: Que resuelta la cuestión principal, corresponde a este Árbitro pronunciarse sobre la alegación de ZZ, en cuanto a que el Contrato habría terminado, según sus propios términos, a “partir de marzo de 2009”.

Al respecto, señala ZZ que “a fines de 2008 XX manifestó por escrito a ZZ su intención de no renovar y no perseverar en el contrato a menos que este fuese modificado en términos tales que se le pagase un cierto ingreso mínimo mensual garantizado, con prescindencia de la venta o no venta de la información”.³⁸

Según ZZ “esta insólita solicitud importaba un cambio sustancial en las condiciones pactadas, que dejaban el reparto de beneficios sujetos a la condición que ellos efectivamente se produjeran”.³⁹

Agrega que según se lee en la modificación de Contrato de 1 de marzo de 2007, las partes acordaron prorrogar la vigencia del contrato por “un año, a contar de la fecha del presente instrumento (01-03-2007) renovable en forma tácita, automática y sucesiva por períodos de un año cada uno, si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de ponerle término con, a lo menos dos meses de anticipación a la fecha de terminación del período respectivo”.⁴⁰

Sostiene ZZ que, en la especie, fue XX quien manifestó su voluntad de no perseverar en el contrato a menos que este fuese modificado a su antojo y que esta manifestación de voluntad constituye claramente un aviso condicional de no renovación del contrato y que habiendo fallado la condición propuesta por XX se habría producido la terminación inmediata del contrato a partir del pasado 1 de marzo de 2009.

En su réplica, sostiene XX que “el Contrato se pactó con una duración de un año, contado desde el 1 de octubre de 2005 y se renovaría en forma tácita, automática y sucesiva por periodos iguales de un año cada uno, si ninguna de las partes manifestaba su voluntad de ponerle término, con a lo menos dos meses de anticipación a la fecha de terminación del período respectivo, mediante carta certificada enviada al domicilio de la otra consignado en el contrato u otro documento posterior”. “Hasta la fecha, ninguna de las partes ha manifestado su voluntad de poner término al contrato, en la forma que el instrumento lo establece, por lo cual este permanece plenamente vigente en cuanto el señor Árbitro no pronuncie sentencia, declarándolo terminado”.⁴¹

Agrega ZZ en su escrito de réplica que “la falta de cumplimiento de esa formalidad [la carta certificada] solo puede ser invocada por aquel en cuyo favor ha sido establecida, no por quien comete la acción (u omisión en este caso) alejada de la forma convenida (...)

La formalidad de la carta certificada, claramente, ha sido establecida en el contrato a favor de la persona que recibe la comunicación como una forma de dar certeza a ella misma acerca de la voluntad de la contraria. Sin embargo, nada impide que aquel en cuyo favor ha sido establecida una determinada disposición (que por lo demás nada tiene que ver con el orden o derecho público, sino que es de carácter eminentemente privado) la renuncie”.⁴²

Que al respecto, el Contrato (modificado con fecha 1 de marzo de 2007) señala: “Decimoséptimo: El presente contrato tendrá una duración de un año, a contar de la fecha del presente instrumento, renovable en forma tácita, automática y sucesiva por períodos de un año cada uno, si ninguna de las partes manifiesta su voluntad de ponerle término con, a lo menos, dos meses de anticipación (...) lo cual deberá ser puesto en conocimiento de la otra parte, con la misma anticipación, mediante carta certificada, remitida al domicilio

³⁸ Fojas 101.

³⁹ Fojas 101.

⁴⁰ Fojas 102.

⁴¹ Fojas 113.

⁴² Fojas 120.

consignado en este instrumento o al nuevo domicilio que con posterioridad a esta fecha tuviesen las partes, siempre que este último domicilio hubiera sido informado por escrito a la parte que remite la carta.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes convienen y XX acepta expresamente que la facultad de manifestar su intención de no perseverar en el contrato y evitar su renovación automática, solo podrá ejercerla sujeta a la condición consistente en que hayan transcurrido, a lo menos, dieciocho meses corridos de prestación efectiva de los servicios al primero de los clientes que haya contratado los servicios de información a terceros si es que a esa fecha se encontrare vigente dicho contrato. Es decir, por la suscripción del primer contrato de prestación de servicios de información a terceros, XX quedará automática e inmediatamente obligado, por este solo hecho, a cumplir todas y cada una de las obligaciones que para ella emanan de este contrato y, solo una vez transcurridos dieciocho meses corridos a partir de esa fecha podrá manifestar su intención, en la oportunidad que corresponda de poner término al contrato en la forma antes indicada”.

Que, por otro lado, de los antecedentes acompañados en el expediente no consta lo pretendido por ZZ, ya que:

- 1) El supuesto aviso de término dado por XX no lo fue a fines de 2008 (como se indica en la demanda), sino -por el contrario- habría sido dado el día 9 de febrero de 2009, como se señala en el escrito de fs. 248. En efecto, es por correo electrónico de la fecha indicada que doña A.C. de XX señala a doña P.B. de ZZ (con copia a los señores F.C. y G.A.): “(...) Por todo esto, resumidamente, entendemos que las posibilidades son solo dos, o continuamos con el contrato reformulando una cláusula que establezca una contraprestación mínima para XX o lo rescindimos y las partes devuelven toda la info de inmediato”.⁴³

De la revisión de dicho antecedente, que parece ser aquel en que se funda ZZ para alegar el término del Contrato a partir del 1 de marzo de 2009, podemos concluir que el mismo –sin perjuicio de otras consideraciones de fondo- no tiene la entidad para poner término al contrato en la oportunidad indicada, por ser extemporáneo. En efecto, el Contrato exige un aviso con una anticipación de 60 días y esta comunicación claramente no lo tuvo.

Además, el planteamiento condicional efectuado por XX da cuenta más bien de una instancia de negociación que de un aviso de término propiamente tal, razón por la que a este Árbitro le resulta difícil concluir que dicha comunicación gatilló el término del Contrato. En tal sentido, no aparece que dicho aviso hubiere sido suficiente para terminar el Contrato.

- 2) Además, parece ser que este entendimiento no es solo del Árbitro, sino también fue el entendimiento de ZZ en su momento, ya que su respuesta al mail indicado no fue la de acoger el término del contrato de manera pura y simple formalizándolo, sino por el contrario, ZZ en su respuesta de fs. 240 y 241 señala: “Espero tener prontas noticias del término del servicio con los clientes, para finiquitar rápidamente este contrato y la incómoda situación”.

En definitiva, aparece de la misma ZZ que el aviso de término no fue suficiente y válido, ya que -a lo menos- debía tenerse noticias del término del servicio con los clientes⁴⁴, para recién ahí “finiquitar rápidamente este contrato y la incómoda situación”.

- 3) En definitiva, de los documentos se desprende la búsqueda de una terminación “consensuada” más que unilateral por parte de XX, terminación que, al no haber sido acordada, no produjo efectos y, por lo mismo, el Contrato en vez de terminar el día 1 de marzo de 2009, se renovó por un nuevo período,

⁴³ Fojas 241.

⁴⁴ Relacionar con el inciso segundo de la cláusula decimoséptima del Contrato, según modificación de 1 de marzo de 2007.

habiendo sido en dicho nuevo periodo deducida la demanda de autos, respecto de la cual este Árbitro ha de pronunciarse.

- 4) Que lo anterior se ve refrendado por el documento que rola a fs. 245, que corresponde a una carta de fecha 16 de abril de 2009, dirigida por el señor F.C. de ZZ a la atención de doña A.C. y/o don L.L. de XX, en la que expresamente se señala: “Así las cosas, también durante el mes de febrero, enviamos un borrador de documento en virtud del cual las partes poníamos término de común acuerdo al contrato de prestación de servicios de fecha 01-10-2005. Para sorpresa nuestra, dicho documento fue rechazado por la señora A.C. quien ahora, contra lo anteriormente expuesto por ella misma, pretende que el contrato sigue vigente sin modificación alguna”. Al respecto, cabe preguntarse ¿qué sentido tenía el envío de dicho borrador de término de común acuerdo, si según los dichos de ZZ en la Contestación, el Contrato terminaba por decisión de XX el 1 de marzo? La única respuesta plausible es que tanto el mail de XX como los posteriores de ZZ daban cuenta de un proceso de negociación entre las partes que podía concluir con el término del Contrato, término que no ocurrió por no haber arribado las partes a acuerdo alguno en tal sentido y, como consecuencia de dicha falta de acuerdo, el Contrato se renovó en los términos que hemos señalado.
- 5) Que, en definitiva, ninguna de las partes se condujo como si el aviso de 9 de febrero de 2009 -que hoy sirve de base a la pretensión de ZZ- hubiese producido el efecto de terminar el Contrato.

Vigésimo: Que no habiendo operado el término del Contrato pretendido por ZZ, y habiendo sido dicho término demandado en autos por parte de XX, corresponderá a este Árbitro -habiendo sido constatado el incumplimiento reclamado- declararlo y así disponer el señalado término en conformidad a la ley, debiendo tenerse presente que dicho término se declara por aplicación de las reglas generales sobre incumplimiento sancionadas por el Artículo 1.489 del Código Civil, en cuanto señala que “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria 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”.

Que es pacífico en la doctrina y jurisprudencia que, tratándose de contratos de tracto sucesivo o ejecución en el tiempo, la “resolución” deviene en “terminación” sin gozar la segunda de los efectos retroactivos de la primera.⁴⁵

Que así, habiendo constatado este Árbitro la existencia del incumplimiento, habiendo el acreedor requerido la terminación, y constando del mérito del proceso el interés del deudor en proceder a ella, este Árbitro procederá a declarar la misma en la parte resolutoria de la sentencia.

Vigésimo Primero: Habiendo analizado ya el incumplimiento y la terminación del Contrato, corresponde pronunciarse sobre la petición de perjuicios efectuada por XX.

Al respecto es importante tener presente que, producido el incumplimiento, los requisitos para dar lugar a la indemnización de perjuicios son⁴⁶:

⁴⁵ “(...) el efecto retroactivo propio de la condición resolutoria de los contratos bilaterales se debe entender de un modo especial, en cuanto opera retroactivamente sólo hasta el momento en que se dejó de cumplir el contrato de ejecución continuada o periódica; en lo demás permanece invariable, pues no cabe deshacer lo hecho conforme al contrato.

(...) En este género de condiciones sin efecto retroactivo, sin efecto ex tunc, y que solo producen efecto ex nunc, desde ahora para adelante, tienen lugar en las convenciones de vencimientos sucesivos, o sea, en los contratos de que se derivan prestaciones continuas o periódicas, como el arrendamiento, la sociedad, el mandato, la fianza, la anticresis. La condición resolutoria, en estos contratos, no obra ni puede obrar retroactivamente por la propia naturaleza de ellos, que no permite dejar sin efecto lo que ya ha tenido efecto, respeta lo pasado y tiene, como se ha dicho, todos los caracteres del término resolutorio”. Fueyo Laneri, Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, Tercera Edición actualizada por el Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, pág.338.

⁴⁶ Ver Fueyo Laneri, Fernando, De Las Obligaciones, Tomo I, Roberts y Cía. Ltda., Editores, 1958, pág. 258.

- 1) Que se haya causado perjuicio al acreedor.
- 2) Que la infracción sea imputable al deudor, en grado de culpa o dolo.
- 3) Que el deudor haya sido constituido en mora.
- 4) Que el demandante haya cumplido por su parte, si es bilateral el contrato.

En el caso que nos ocupa, es interesante ver la concurrencia de cada uno de dichos requisitos.

Así, la falta de diligencia de ZZ no ha podido sino ser fuente de perjuicios para XX desde la perspectiva, no ya de no haber alcanzado el resultado pretendido, sino de no haber dispuesto de todos los medios comprometidos a dicho fin. Así, en el caso que nos ocupa, la causa de los perjuicios no es la no obtención del resultado de comercialización, sino de no haber dispuesto de los esfuerzos comprometidos a dicha comercialización y dicha laxitud debe ser reparada al contratante diligente. Que resultaría gravemente injusto concluir que por tratarse de una obligación de medios, su incumplimiento no conlleva la obligación de resarcir perjuicios.

En cuanto a la imputabilidad del incumplimiento al deudor, “debe concluirse que en las obligaciones de medios o de diligencia el incumplimiento involucra la culpa del deudor, siendo imposible disociar ambos conceptos. Esto implica, en conformidad a los Artículos 1.547 inciso 3° y 1.698 CCCh., que corresponde al acreedor probar la causa eficiente de la obligación, o lo que es lo mismo, su existencia; y, en cambio, es carga del deudor acreditar la ejecución correcta de la obligación o la diligencia esperada, en conformidad a la correcta interpretación de los Artículos 1.547 inciso 3° y 1.698 CCCh”.⁴⁷

Ahora bien, en lo que dice relación con la constitución en mora, hacemos presente que ZZ ha sido constituida en mora de cumplimiento por medio de la reconvencción judicial efectuada por XX, esto es, con la demanda de autos, notificada con fecha 25 de noviembre de 2009.

Por su parte, y en lo que se refiere al cumplimiento del acreedor, podemos señalar que como requisito también concurriría. En efecto, del mérito de autos consta que –a pesar de las dificultades, debilidades y amenazas del producto, XX cumplió con las obligaciones comprometidas y destinó sus esfuerzos a dicho cumplimiento. Por lo demás, no existe antecedente en autos que dé cuenta que ZZ dedujo la excepción de contrato no cumplido para justificar su incumplimiento.

Vigésimo Segundo: Corresponde ahora determinar la entidad de la reparación que a juicio de este Árbitro corresponde a XX como consecuencia del incumplimiento o falta de diligencia de ZZ.

En tal sentido es importante destacar que atendida la calidad de Arbitrador de este Árbitro, este determinará la indemnización reparatoria desde la perspectiva de la justicia y equidad, cumpliendo así el mandato que le ha sido encomendado por las partes. Que desde esta perspectiva, “el Árbitro debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardadas, y mientras el Árbitro de Derecho, según dijimos, declara y actúa en su sentencia la voluntad de la ley, el Amigable Componedor en la suya declara y actúa la voluntad de la justicia natural, según los dictados de su propia conciencia. Se dice por esto que falla ex aequo et bono. Está facultado, por ejemplo, para admitir una compensación aunque no concurren los requisitos legales, proceder a una partición por vía de atribución sin preocuparse de formar los lotes de la manera que el legislador prescribe, no tomar en cuenta una prescripción adquisitiva o extintiva, aun de treinta años, etc. Así lo ha fallado la jurisprudencia francesa”.⁴⁸

⁴⁷ Pizarro Wilson, Carlos, Ob. Cit., pág. 264.

⁴⁸ Aylwin Azócar, Patricio, El Juicio Arbitral, Quinta Edición Actualizada y Complementada, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, pág. 152 – 153.

La petición indemnizatoria de XX va desde las 8.160 UF más las sumas que se devenguen hasta la fecha en que se declare terminado el Contrato, en el mejor y más optimista de los escenarios, hasta llegar a una petición subsidiaria de 4.096 UF en el peor de los escenarios.

En cuanto a los fundamentos de la petición de XX, esta descansa en la proyección preparada por ZZ que rola a fs. 59 y siguientes y cuyo análisis hemos efectuado previamente, conforme a la cual ZZ, concedora del mercado chileno y relacionada con los potenciales clientes, había generado expectativas interesantes respecto del negocio a desarrollar.

Que no obstante ello, cabe señalar que XX no acompañó antecedente alguno adicional que pudiera servir de base a los efectos de determinar los perjuicios sufridos. En efecto, conforme ya indicamos, la declaración de don G.A. y doña A.C., no podrá ser considerada –no obstante la calidad de Arbitrador- por ser consideradas como de la parte misma y, en tal sentido, carentes de la imparcialidad necesaria para servir de sustento a la pretensión indemnizatoria.

En todo caso, fallando en justicia y equidad, este Árbitro sí considera relevante las proyecciones de ZZ para ser consideradas como una referencia para los efectos de determinar una indemnización compensatoria, particularmente en lo que al lucro cesante se refiere, que constituye en objeto mismo de dichas protecciones.

Sabido es que para los efectos de determinar una indemnización por concepto de lucro cesante, los jueces tienen mayor libertad que en lo que se refiere a daño emergente. Así, Abeliuk señala que *“el lucro cesante suele resultar difícil de probar, porque no olvidemos que el daño debe ser cierto, y en el lucro cesante siempre se le alega un hecho que pudo haber pasado o no, una hipótesis de ganancia; queda entregado enteramente al criterio del Juez apreciarlo, considerando siempre lo que normalmente habría ocurrido”*.^{49 50}

En consecuencia, dada la libertad del Juez Árbitro para los efectos de apreciar el lucro cesante, este Árbitro tomará las proyecciones presentadas por ZZ en el peor de los escenarios y las depurará rebajándolas sustancialmente, según su leal saber y entender, en base a los siguientes argumentos:

- 1) Se tratan efectivamente solo de proyecciones efectuadas por ZZ en forma previa al desarrollo del producto. En tal sentido, si bien estas eran referenciales, en caso alguno eran vinculantes y, por lo mismo, no se ajustaría a la intención de las partes al momento de contratar el aplicarlas de manera literal y vinculante.
- 2) Si bien ha quedado establecida la falta de diligencia de ZZ, en cuanto a la obligación de comercialización, por tratarse de una obligación de medios y no de resultados, no resulta posible determinar si el resultado que se hubiere alcanzado en caso de cumplimiento de la obligación hubiera sido el señalado en las proyecciones.
- 3) Que también ha quedado acreditado que el producto en cuestión adoleció a lo largo de su desarrollo de diversas dificultades en su implementación, algunas de responsabilidad de XX y otras de responsabilidad de ZZ, careciendo este Árbitro de las herramientas necesarias para asignar las responsabilidades pertinentes.

Que, en razón de ello, sin que la demandante haya rendido prueba respecto del monto efectivo de los perjuicios sufridos, este Árbitro -sobre la base de lo razonado a lo largo de esta sentencia y en su calidad de Arbitrador- establecerá prudencial y equitativamente en la cantidad de 2.600 (dos mil seiscientas) Unidades de Fomento, en su equivalente en pesos a su fecha de pago, la cantidad que en justicia considera debe ser

⁴⁹ Abeliuk Manasevich, René, Las Obligaciones, Tomo II., Editorial Jurídica de Chile, pág. 734.

⁵⁰ Abeliuk, en su libro mencionado en la nota anterior, agrega la siguiente cita complementaria: *“Por ello se ha resuelto que deben proporcionarse al Tribunal antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar la ganancia probable: RDJ, T. 41. Sec. 2ª, pág. 41, y que si no es posible establecerlos por medio de una regulación precisa, deben determinarse equitativamente: RDJ, T. 23., sec. 1ª, pág. 273...”*. Ob. Cit., pág. 734.

pagada a XX por concepto de reparación e indemnización, consecuencia del incumplimiento que se ha establecido.

Que, atendida la naturaleza de la obligación incumplida, la señalada cantidad establecida y determinada por esta sentencia, devengará intereses corrientes para operaciones reajustables, desde la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada hasta el momento de su pago efectivo.

Que, fundado en las consideraciones realizadas previamente, todas las restantes pretensiones de la demandante en lo que exceden lo que este Árbitro ha reconocido y reconocerá en lo resolutivo, serán rechazadas.

Que, en lo que se refiere a las costas del juicio, cada parte pagará las suyas, entendiéndose la existencia de motivo plausible de ambas para litigar.

Vigésimo Tercero: Que el resto de la prueba rendida y antecedentes allegados al proceso en nada alteran las conclusiones a que se ha arribado en los considerandos anteriores;

Y de conformidad con lo establecido en los Artículos 1.489, 1.545, 1.551, 1.553, 1.556 y otros pertinentes del Código Civil, en relación con las Bases de Procedimiento de fs. 33 y siguientes y el Reglamento Procesal Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y demás disposiciones pertinentes;

SE DECLARA:

- I. Que se acoge la demanda de XX, en cuanto se declara la terminación del Contrato de Aporte de Información, Constitución de Base de Datos y Prestación de Servicios de Consultas sobre Demandados Civiles y Laborales celebrado con fecha 1 de octubre de 2005 y modificado con fecha 1 de marzo de 2007, como consecuencia del incumplimiento por parte de ZZ de la obligación de comercialización a que se ha hecho mención en el cuerpo de la presente sentencia.
- II. Que, como consecuencia de dicha terminación y encontrándose acreditado el incumplimiento, se condena a la demandada ZZ a pagar a XX, la cantidad de 2.600 (dos mil seiscientas) Unidades de Fomento, cantidad que deberá ser pagada tan pronto la presente sentencia quede ejecutoriada.
- III. Que se condena, además, a ZZ al pago de los intereses corrientes calculados sobre la cantidad indicada en el punto anterior, para operaciones reajustables, desde la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada hasta el momento de su pago efectivo.
- IV. Que se rechaza la demanda en todo lo demás.
- V. Que cada parte pagará sus costas.

Autorícese por un Ministro de Fe y notifíquese a uno de los apoderados de cada una de las partes, entregándoles copia íntegra de la presente resolución. Manuel José Vial Vial, Juez Árbitro.