

Eduardo Riesco Salvo

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 17 de agosto de 2011

ROL 1230-2010

MATERIA: Contrato de prestación de servicios materiales - Indemnización de perjuicios por incumplimiento - Acciones dolosas de la demandada para provocar término por incumplimiento de la demandante - Cobro de obligaciones anexas al contrato – Reconvención de restitución de cobros indebidos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX S.A. demanda a la sociedad ZZ Agencia Chile S.A. de indemnización de perjuicios causados por incumplimiento de contrato, aduciendo que la demandada, maliciosamente, mediante sucesivos incumplimientos de acuerdos precontractuales y de incumplimientos en la forma de aplicar el contrato de ejecución de obras, le fue creando una situación financiera que le impidió cumplir el contrato, con lo cual la demandada ejerció su derecho a poner término anticipado al contrato, obteniendo así su objetivo, además de no haber cumplido sus obligaciones como subrogante en las obligaciones laborales. Contestando la demanda, ZZ niega absolutamente los hechos expuestos por la actora y reconviene por la restitución de dineros cobrados indebidamente por la actora como trabajos ejecutados.

LEGISLACIÓN SUSTANTIVA APLICABLE:

Artículos 1.459, 1.545, 1.560, 1.562, 1.656, 1.698 del Código Civil.

DOCTRINA: No se ha acreditado por XX la existencia de dolo en la actuación de ZZ y por el contrario, las pruebas rendidas por ambas partes han permitido concluir que aquella actuó estrictamente dentro de las estipulaciones del contrato que le permitían ponerle término frente a incumplimientos reales de la actora de sus obligaciones laborales y de ejecución de las obras contratadas. Tampoco se acreditó por la actora XX la existencia de obligaciones precontractuales de la demandada y solo se estableció de manera fehaciente por medio de prueba pericial solicitada por ZZ, la existencia de un remanente, de los dineros retenidos por ella para el pago de remuneraciones y leyes sociales de los trabajadores de la demandante.

DECISIÓN: Se acoge la demanda solo en cuanto se condena a ZZ a restituir el remanente de los dineros retenidos y se rechaza en lo demás, sin costas por no haber sido totalmente vencida la demandante.

Se rechaza la demanda reconvencional por no existir saldos a favor de la demandada, sin costas por haber esta tenido motivos plausibles para litigar.

SENTENCIA DEFINITIVA

Santiago, 17 de agosto de 2011.

VISTOS:

CONSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE

1. A fs. 60, por resolución de fecha 24 de junio de 2010 del Centro de Arbitraje y Mediación se designa como Árbitro Arbitrador a don Eduardo Riesco Salvo.
2. A fs. 63, por acta de notificación y aceptación ante la Notario Público de Santiago doña NT1, de fecha 14 de julio de 2010 el Árbitro acepta el cargo y presta el juramento de rigor.
3. A fs. 71, con fecha 27 de agosto de 2010, tiene lugar la audiencia de constitución del arbitraje con la asistencia de los abogados doña AB1 por la parte demandante; y don AB2 por la demandada, acordándose, en lo sustancial:

a) Mantener, con las solas modificaciones que aquí se acuerdan, las bases establecidas en el juicio arbitral iniciado ante el Árbitro señor Cristián Lewin G. que rolan a fs. 141;

b) Tener lo obrado hasta la fecha como válidamente ejecutado y especialmente mantener como demanda y contestación de ella y demanda reconvenzional en este juicio, las presentadas por las partes en el procedimiento anteriormente mencionado y que rolan a fs. 148 y a fs. 182, respectivamente, estableciéndose un plazo especial de 10 días hábiles, para que las partes presenten escritos complementarios a la demanda y contestación, a partir del cual se citará a las partes a conciliación y posteriormente se dictará la resolución que recibe la causa a prueba.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

4. A fs. 148, la sociedad XX ya individualizada, representada por doña M.B., interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra de ZZ.

5. Los antecedentes de hecho que la demandante expone para sostener su demanda, señalan que, con fecha 14 de agosto de 2006, celebró con ZZ un subcontrato que denomina “Subcontrato N° 00-530000-0000” cuyo objeto era ejecutar trabajos de instalación y reparación de STB, ADSL, DTH, y Telemergencia, en las ciudades de AA y CC, al amparo de un contrato principal celebrado entre ZZ y la empresa TR1, contrato principal denominado B II.

6. Señala la demanda que XX condicionó la celebración de este subcontrato a que, en un corto plazo se agregaran a él las plazas de SS, DD y FF a fin de darle rentabilidad al contrato y señala también que en un breve plazo, la gestión mejoró en términos que CC se convirtió en la mejor plaza, situación reconocida por ZZ y por TR1.

7. Agrega que, además de los servicios que señala el subcontrato, XX entregó a la demandada el uso y goce de un “Software de Gestión” diseñado por XX y destinado a mantener los llamados “Service Level Statement”.

Este software es propiedad intelectual de XX y que, en principio, hubo acuerdo con ZZ en el sentido de que este debía retribuir a XX por su uso y goce.

8. Expresa la demanda que el contrato se cumplió durante los años 2006 y 2007 sin que la demandada cumpliera su compromiso de ampliar el contrato a las ciudades de SS, AA y DD y sin que se pagara el uso del software –no obstante que el trabajo realizado por XX fue de óptima calidad– lo que motivó que la demandante “no tuviera mes a mes los excedentes esperados por esta relación contractual”.

9. Continúa la demanda señalando que en el mes de enero de 2008, la demandada retuvo de los pagos que debía hacer –correspondientes al período 20 de noviembre de 2007 al 20 de diciembre del mismo año– la suma de \$ 8.514.128, suma equivalente al 20%, aproximadamente, de la factura que correspondía al período, por la suma de \$ 42.000.000 aproximadamente. El descuento, indica, era improcedente y significó a XX no percibir ingresos necesarios para el pago de imposiciones ascendente a \$ 8.000.000 aproximadamente.

La retención-descuento, según señala la demanda, fue explicado por ZZ como pagos no efectuados por TR1 “por concepto de garantías” lo cual no resultaba procedente por tratarse de garantías que correspondía solventar a ZZ con fondos retenidos por el mismo concepto a XX, según el contrato, y que contaba con un fondo acumulado superior a \$ 15.000.000.

10. Continúa señalado la demanda que el no pago de la suma señalada anteriormente determinó que XX no pudiera pagar las imposiciones correspondientes al mes de diciembre de 2007 lo que puso a la empresa en una situación de incumplimiento con sus trabajadores, de lo cual se valió ZZ para poner término anticipado al contrato.

11. Describe la demandante las negociaciones sostenidas con la demandada para poner término, de común acuerdo, al contrato y señala que no obstante haberse llegado a concordar algunos puntos, ZZ envió un proyecto de finiquito que no contenía ninguno de ellos y posteriormente retuvo el estado de pago correspondiente al período 20 de diciembre de 2007 al 20 de enero de 2008 con lo cual XX no tuvo recursos para pagar las remuneraciones de sus trabajadores. De lo anterior ZZ obtuvo, mediante exigencias, que los trabajadores de XX se auto-despidieran y así, asumió la ejecución del contrato con los mismos trabajadores, poniendo término definitivo a dicho contrato con fecha 7 de febrero de 2008.

12. La demandante sostiene que las retenciones efectuadas por ZZ fueron injustificadas y arbitrarias, a la luz de las cláusulas contractuales que transcribe. Especialmente, señala que la primera retención no tenía causa en incumplimientos laborales ni contractuales de XX y que el monto de “garantía” debió deducirse de las retenciones de garantía que superaban los \$ 15.000.000.

Con tales retenciones ZZ incumplió, por su parte, contrato y con ello causó la imposibilidad de XX de dar cumplimiento a las obligaciones laborales lo que, a su vez, sirvió a ZZ de fundamento para poner término anticipado del contrato. Con ello, según la demandante, ZZ obtuvo los cometidos de salirse del contrato sin compensación y quedarse con todo el personal técnico de XX y las dependencias de la empresa.

13. A continuación, la demanda señala y detalla los ocho incumplimientos en que incurrió la demandada y avalúa los perjuicios causados por ellos señalando que consisten en: i) falta de compensación por el software de gestión, por \$ 20.000.000; ii) daños relacionados con el cierre del negocio por \$ 79.000.000, que incluye \$ 33.000.000 por concepto de desahucio e indemnizaciones por años de servicio a los trabajadores auto-despedidos; \$ 23.000.000 como remanente de los estados de pago retenidos, \$ 15.000.000 por mayores costos financieros que implicó el término del contrato y \$ 8.000.000 por valor de implementos de seguridad de los trabajadores que ZZ retuvo y no devolvió; y iii) perjuicios relacionados con lucro cesante, por \$ 60.000.000 todo lo cual hace un total de \$ 159.000.000.

14. Como fundamentos de derecho, la parte demandante señala que se dan todos los presupuestos para que proceda la indemnización de perjuicios por cuanto, hay un incumplimiento culpable por parte de la demandada; existen perjuicios reales y efectivos para la demandante, y hay una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado, e invoca la aplicación de los Artículos 1.437, 1.545, 1.547, 1.551, 1.552, 1.553, 1.556 y 1.557 del Código Civil y termina solicitando que se acoja la demanda y que se ordene a la demandada pagar la suma que se acredite por la demandante y se determine por el Tribunal por concepto de perjuicios, más reajustes e intereses que se devenguen y más las costas de la causa.

CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

15. A fs. 182, ZZ, ya individualizada, representada por don AB2, contesta la demanda señalando, inicialmente, que las afirmaciones de la demandante en relación a supuestos incumplimientos de su parte, son no verdaderas o derechamente falsas, lo que demostrará oportunamente.

16. Enseguida, señala de demandada que la terminación anticipada del contrato con XX fue absolutamente justificada por cuanto: i) la demandante paralizó por más de un día las obras, en dos oportunidades y que siendo advertida en noviembre de 2007 de que se pondría término al contrato si había nuevas paralizaciones, en el mes de febrero de 2008 incurrió en otras paralizaciones; ii) la demandante no hizo pago oportuno de las impositivas de seguridad social y remuneraciones de sus trabajadores; iii) la demandante efectuó cobros indebidos en sus estados de pago entre abril y agosto de 2007, los que debieron ser corregidos con posterioridad.

17. En cuanto a los incumplimientos atribuidos por la demandante a la demandada, señala esta que:

a) No existió compromiso alguno para ampliar el subcontrato a las ciudades de SS, DD y FF, respecto de lo cual no hay mención alguna en el subcontrato;

b) No incurrió en descuentos improcedentes puesto que la suma de \$ 8.514.128 que dice la actora haberle sido retenida por concepto de garantía, correspondía efectivamente a cobros indebidos efectuados por XX en los meses de abril y agosto de 2007, cuya devolución se estaba cobrando y que, en definitiva, habiendo sido reconocidos por la actora, solicitó que se le rebajaran en tres cuotas, a lo que accedió la demandada;

c) No hubo incumplimientos de ZZ destinados a provocar la iliquidez de XX por cuanto esta reconoció adeudar la suma de \$ 8.514.128 antes señalada y de la cual solo pagó \$ 2.838.042 cantidad a la que resulta exagerado atribuir iliquidez y agrega que en el mes de noviembre de 2007, XX fue favorecida con un reajuste del 5% de los precios del subcontrato.

d) No hubo incumplimiento de ZZ en relación al auto-despido de los trabajadores de XX por cuanto el auto-despido fue solicitado en forma autónoma por los trabajadores y en defensa de sus derechos por el no pago de las impositivas por parte del empleador.

e) ZZ Limitada no ha incumplido la obligación de rendir cuenta de los pagos efectuados a los trabajadores por concepto de remuneraciones y de las impositivas de estos por cuanto, pese a reiteradas solicitudes para efectuar

una liquidación con base en información de las partes, XX se ha negado a conversar y a entregar las cifras que debían corresponder a pagos exactos de remuneraciones, impositivos y demás beneficios de los trabajadores que obran en poder de la demandante.

f) No ha incumplido la demandada con la obligación de pagar oportunamente las remuneraciones y cotizaciones previsionales de los trabajadores de XX y por el contrario, actuó con toda diligencia pagando en un breve plazo de 4 días las remuneraciones y demás pagos que se encontraban pendientes.

g) En sucesivos párrafos, la parte demandada contradice las afirmaciones realizadas por la demandante en su libelo, que dicen relación con hechos o circunstancias anteriores, coetáneos o posteriores al contrato, que se han expuesto por la demandante para explicar o fundamentar sus requerimientos.

18. En relación a los montos cobrados por la demandante, ZZ señala que:

a) En lo que se refiere al software, no existe en el contrato una regulación de esta materia; controvierte la propiedad intelectual que la demandante alega tener sobre el software y también el hecho de que haya ocupado un software de la demandante, sin perjuicio de señalar que controvierte el valor que se ha asignado al mencionado software.

b) En cuanto a la generación de un pasivo de \$ 33.000.000 con motivo de haberse pagado indemnización por años de servicio a los trabajadores de XX, señala la demandada que debe rechazarse la pretensión por cuanto no pagó tal suma por el concepto indicado y que, cualquiera sea la suma a pagar, ella es de cargo de XX por tratarse de obligaciones para con sus trabajadores.

c) El remanente de \$ 23.000.000 que habría quedado en poder de la demandada después del pago de las remuneraciones y cotizaciones con retenciones por \$ 102.000.000 efectuadas a XX es desmentido por la demandada señalando que la retención real fue de \$ 66.639.105 y que los pagos a trabajadores alcanzaron a \$ 62.312.489 hasta la iniciación del juicio, quedando, en consecuencia un remanente previsional a favor de XX, de \$ 4.326.316, sobre el cual alega el derecho a compensación con las sumas de que la demandante le adeuda, hasta por \$ 62.312.489.

d) En relación al perjuicio por \$ 15.000.000 que la demandante habría sufrido con motivo del pago de obligaciones bancarias que se hicieron exigibles con motivo de la terminación del contrato, la demandada solicita el rechazo en atención a que el endeudamiento bancario en que incurrió la demandante por motivo de su falta de capital de trabajo es de su responsabilidad.

e) En cuanto a los perjuicios por \$ 8.000.000 que según la demanda corresponde a una retención por concepto de elemento de protección personal, la demandada rechaza el cargo señalando que no ha tenido en su poder, bajo cualquier título, bienes que la demandada alega que le ha retenido.

f) Finalmente, sobre los perjuicios derivados de lucro cesante por la cantidad de \$ 60.000.000 alegados por la demandante, la demandada solicita se rechace por cuanto es poco clara, correspondería a una hipótesis sobre beneficios futuros no percibidos y estos supuestos perjuicios corresponden a la lógica del subcontrato que podía terminar en cualquier momento y por consiguiente está dentro de la condición de riesgo del negocio.

19. Los fundamentos de derecho en que se apoya la contestación de la demanda están los artículos citados en ella y son los números 44, 1545, 1546, 1494, 1496, 2329 y 2330, del Código Civil.

20. Termina solicitando que se tenga por contestada la demanda y que ella sea rechazada en todas sus partes con costas.

CONTENIDO DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL

21. En el primer otrosí de su escrito de contestación de la demanda, ZZ interpone demanda reconvencional en contra de XX, representada por doña M.B., en la cual demanda el pago de \$ 15.292.438 que corresponden a diferencias de facturación provenientes de cobros mal efectuados por XX entre los meses de octubre de 2006 a febrero de 2008.

Señala la demandante reconvenzional que tales diferencias de facturación corresponden a instalaciones y/o reparaciones mal informadas y/o mal ejecutadas e indebidamente cobradas por XX en pleno incumplimiento del contrato.

Solicita se acoja la demanda reconvenzional, con costas.

CONTENIDO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA RECONVENZIONAL

22. A fs. 220, XX contesta la demanda reconvenzional señalando que el mecanismo de revisión de trabajos ejecutados que establece el contrato y aquel que se utilizaba en la realidad eran diferentes. Expresa que el mecanismo real contemplaba un doble control y que, además, ZZ se tomaba tiempos extras para examinar los estados de pago que normalmente objetaba o posteriormente reconocía, todo lo cual hacía imposible que existieran diferencias que se señalan en la demanda reconvenzional. En relación a la retención de \$ 8.514.128 que motivó el conflicto y este juicio, XX se vio obligada a reconocerla a fin de no detener el pago del estado de pago respectivo y por ello solicitó se cobrara en tres o cuatro cuotas. Termina solicitando que se rechace la demanda reconvenzional con costas.

23. A fs. 230 la parte demandada contesta nuevamente la demanda reproduciendo su escrito anterior con algunas variantes de forma y da por reproducida la demanda reconvenzional.

ESCRITOS COMPLEMENTARIOS

24. A fs. 267, conforme a lo acordado en el acta de constitución del arbitraje, la parte demandante complementa el escrito de demanda y refuta separadamente las imputaciones de incumplimiento efectuadas por la demandante señalando que los incumplimientos de esta, especialmente las retenciones injustificadas de los pagos, tuvieron la intención deliberada de provocar el incumplimiento de XX en el pago de las remuneraciones e imposiciones de los trabajadores y así crear una causal de terminación del subcontrato que le permitiera quedarse con el servicio a TR1 y con el personal de la demandante sin efectuar desembolso alguno compensatorio.

25. A fs. 276, la parte demandada complementa su escrito de contestación de la demanda y contradice en él las refutaciones de la demandada, abundando en antecedentes ya mencionados en la contestación y ampliando aspectos como el referente al software.

26. A fs. 287, se recibe la causa a prueba y se fijan los hechos substanciales pertinentes controvertidos, resolución que se modifica y complementa con las resoluciones de fs. 305 y 308.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1. Que la sociedad XX, ya individualizada, demanda a la empresa ZZ, también individualizada, de indemnización de perjuicios que esta le habría causado por diversos incumplimientos del contrato o subcontrato celebrado entre ambas con fecha 14 de agosto de 2006 para la ejecución de trabajos de instalación y reparación de redes de telefonía y teleemergencia en las ciudades de AA y CC, incumplimientos que detalla en su demanda, así como los montos en dinero que corresponderían a los perjuicios causados por dichos incumplimientos.

2. Que según se señala e infiere de la demanda y escrito complementario de ella, la demandada incumplió el contrato aplicando sus cláusulas de manera abusiva y deliberadamente dirigida a ponerle término utilizando las causales contractuales que así lo permitían, creando para ello las condiciones que ponían a XX en la imposibilidad de cumplir con los pagos de remuneraciones y cotizaciones previsionales de su personal y de prestar los servicios contratados, mediante retenciones arbitrarias e injustificadas de pagos que debía efectuar de acuerdo al contrato.

3. Que, como secuela de la terminación del subcontrato, ZZ no ha cumplido con rendir cuenta del empleo de los fondos retenidos a la demandante para el pago de remuneraciones y cotizaciones previsionales de los trabajadores de XX.

4. Que, adicionalmente y como parte de los acuerdos relacionados con el contrato, la demandante reclama el incumplimiento de la demandada en compensar un software de gestión que habría aportado y utilizado en el desarrollo de sus servicios y en ampliar el subcontrato a las ciudades de FF, DD y SS.

5. Que, según la actora, la demandada utilizó estos procedimientos para poner término al subcontrato, con el objeto de apropiarse de dicho contrato y ejecutar directamente para la mandante principal los trabajos convenidos y quedarse también con el personal técnico de XX, todo ello sin efectuar desembolso alguno por concepto de compensación a esta empresa.
6. Que, según la contestación de la demanda, ZZ no ha incumplido el contrato en ninguna forma y que solo ha actuado obligada por los incumplimientos de la actora en relación a la ejecución de los trabajos que le encomienda el subcontrato y en el pago de las remuneraciones y cotizaciones previsionales de los trabajadores de XX, lo que la habilitaba a poner término inmediato al dicho contrato, en especial consideración a su responsabilidad frente a la empresa principal, TR1, y a su calidad de codeudora solidaria legal de las obligaciones laborales.
7. Que, en cuanto a los incumplimientos adicionales relacionados con el software y la ampliación de la cobertura del contrato a las ciudades de FF, DD y SS, la demandada niega la existencia de tales acuerdos y obligaciones por lo que no puede alegarse incumplimiento a su respecto.

PRETENSIONES DE LAS PARTES

8. Que, condensando lo expresado por la parte demandante en sus escritos, se arriba a la conclusión que las siguientes son pretensiones planteadas por dicha parte:
 1. La indemnización de los perjuicios causados por el término anticipado del subcontrato celebrado por ella, como producto de una aplicación injustificada de las causales de terminación, precedida de la creación forzada, abusiva o maliciosa de circunstancias o condiciones que ponían a XX en la situación insalvable de imposibilidad de cumplir el contrato, es decir, que la causa necesaria del no pago de obligaciones laborales y previsionales de la actora, así como la paralización de trabajos por parte de XX fue la retención maliciosa e injustificada de pagos efectuada por ZZ, perjuicios que avalúa, por concepto de daño directo en \$ 33.000.000 como pérdidas por el cierre del negocio, más \$ 15.000.000 por mayores costos financieros derivados del mismo hecho; y por concepto de lucro cesante, en la suma de \$ 60.000.000.
 2. La restitución de remanentes de retenciones efectuadas por ZZ y empleadas para el pago de remuneraciones y leyes sociales de XX y que deberían devolverse a la actora, lo que ascendería a \$ 23.000.000;
 3. La obligación de la demandada de pagar una suma de dinero, emanada de estipulaciones relacionadas con un software de gestión de propiedad de XX que habría sido aportado o cedido a título oneroso a la demandada y monto de la obligación, lo que avalúa en \$ 20.000.000;
 4. Existencia de la obligación de la demandada de ampliar el contrato con XX a las ciudades de FF DD y SS, respecto de lo cual no formula evaluación alguna; y
 5. Existencia y monto de la obligación de ZZ de pagar el valor de implementos de seguridad dejados en su poder por XX; que avalúa en \$ 7.235.000.
9. Que de lo expresado por la parte demandada en sus escritos de contestación y de demanda reconventional, se concluye que las siguientes son las pretensiones de dicha parte:
 1. La terminación anticipada y unilateral ejercida por ZZ se ajustó a hechos considerados en el contrato, que constituyen causales de terminación anticipada de acuerdo a facultades que el mismo subcontrato entrega a la demandada; y
 2. La actora adeuda a ZZ la suma de \$ 15.292.438 por concepto de cobros improcedentes en los estados de pago que no fueron retenidos oportunamente, produciéndose diferencias de facturación por la suma señalada.

ANÁLISIS DE HECHOS Y PRUEBA PRESENTADA POR LAS PARTES PARA SUSTENTAR SUS PRETENSIONES

10. Que de acuerdo a las reglas generales, corresponde probar la existencia de las obligaciones o su extinción a quien las alega en su favor, así como corresponde probar el dolo o malicia a quien formula la imputación;

11. Que por las consideraciones precedentes, en esta causa ha correspondido probar a la actora que ZZ obtuvo dolosa o maliciosamente la terminación anticipada del subcontrato mediante la creación artificiosa e injustificada de “una apariencia de incumplimiento contractual” que le permitiera invocar las causales del mismo para adoptar tal medida, así como todos los eventuales perjuicios causados por tal acción y su monto. Concretamente, que la demandada efectuó retenciones improcedentes de dinero de los estados de pago de la actora con la intención de, por la vía del desfinanciamiento, impedirle el pago de las remuneraciones del personal y de las cotizaciones previsionales y de seguridad social, constituyendo así una causal de terminación unilateral anticipada según el subcontrato, teniendo como finalidad última quedarse con el subcontrato de XX.
12. Que también ha correspondido a la actora probar la existencia de saldos a su favor de retenciones efectuadas por ZZ de los estados de pago, y su monto.
13. Que en el mismo orden de principios, ha correspondido a la actora acreditar la existencia de las obligaciones y su monto, de ZZ para con XX en relación a la utilización de un software de gestión utilizado en los trabajos.
14. Que, igualmente, ha correspondido a la actora acreditar la obligación de ZZ de extender el subcontrato a las ciudades de FF, DD y SS, perjuicios causados por un eventual incumplimiento de tal obligación y su monto.
15. Que, finalmente, ha correspondido a la actora probar la obligación de reembolsar la suma de \$ 7.235.000 por concepto de implementos de seguridad no restituidos por ZZ al término del subcontrato.
16. Que por lo señalado en la consideración 9°, ha correspondido probar a la demandada que la terminación anticipada del contrato celebrado con XX se ajusta a las estipulaciones de dicho contrato y que los hechos en que se funda han ocurrido efectivamente;
17. Que, igualmente, ha correspondido a la demandada probar que las retenciones de pagos efectuadas a XX han sido justificadas en los hechos;
18. Que también ha correspondido a la demandada probar el monto y destino de los dineros retenidos a XX y que los ha empleado, en su calidad de responsable subsidiaria, conforme a las disposiciones del contrato y a las normas legales; y
19. Que, finalmente, ha correspondido a ZZ en su calidad de demandante reconvenional, probar que XX le adeuda la suma de \$ 15.292.438 que corresponde a diferencias de facturación provenientes de cobros mal efectuados por XX.

EN CUANTO A TACHAS

20. Que antes de iniciar el análisis, que incluye la incidencia de la prueba rendida por las partes en este juicio, es necesario resolver las tachas opuestas por la demandante a los testigos de la demandada señores O.L., a fs. 335 y D.C., ambos por la causal del Artículo 358 número 5 del Código antes mencionado, a fs. 343; y por la demandante al testigo de la demandada señor J.M. por la causal del Artículo 358 número 7 del Código de Procedimiento Civil, a fs. 324;
21. Que, como primera reflexión, debe señalarse que en juicio ante Árbitro Arbitrador, cuyo es el caso, si bien la norma legal invocada por la parte demandante para tachar a los dos testigos de la demandada antes mencionados señala que serán inhábiles para declarar: “5° Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio;” corresponde al sentenciador apreciar de manera privativa, conforme a las reglas de la sana crítica, la imparcialidad del testigo y la utilidad de su declaración en cuanto contribuya a formar convicción respecto a lo que tiene que resolver en su sentencia, toda vez que el conocimiento de los hechos y aplicación del contrato en materias técnicas especializadas que el testigo posee de primera fuente, difícilmente podrá obtenerse de una persona ajena a la empresa, salvo que se trate de un caso excepcional o que, contrariamente a la honestidad y a la ética, se le instruya de manera previa.
22. Que por las consideraciones precedentes y no habiéndose apreciado por el Juez Árbitro que resuelve, falta de imparcialidad en los testigos por el solo hecho de ser dependientes de la parte que los presenta, no se hará lugar a las tachas deducidas por la demandante a los testigos señores O.L. y D.C., sin perjuicio que el valor probatorio de sus testimonios será apreciado en su mérito, conforme a las reglas de la sana crítica.

23. Que en cuanto a la tacha deducida por la parte demandada respecto del testigo J.M., fundada en el Artículo 358 número 7 del Código de Procedimiento Civil, estos es “7° Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declara”, y además, debe tenerse en cuenta que el mismo ordinal, en su acápite segundo, establece que “La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias”.

24. Que según las normas citadas, la imparcialidad o parcialidad del testigo quedan entregadas en su calificación, al criterio y prudencia del Juez de la causa con lo cual, tratándose de un Juez Árbitro Arbitrador, está doblemente facultado para aplicar las reglas de la sana crítica, la prudencia y la equidad en la resolución de una tacha deducida por la causal referida.

25. Que la tacha al señor J.M. está basada en la existencia de una relación sentimental y de convivencia entre él y la señora M.B., relación que fue aceptada y declarada por el señor J.M. al responder las preguntas previas, con lo que queda más que demostrada la amistad íntima que existe entre la representante legal de XX y el testigo.

26. Que la defensa de la demandante ha respondido que el testigo no carece de imparcialidad por cuanto su relación sentimental y de convivencia es con la señora M.B. quien es la representante legal de la parte demandante y no propiamente la actora en estos autos.

Señala que la parte demandante es XX sin que el testigo haya manifestado tener relación actual con la sociedad.

27. Que, no obstante lo señalado por la defensa, es necesario considerar que la señora M.B., además de gerente general y representante de la actora, es directora de la sociedad anónima demandante y figura como principal accionista de ella con el 60% de las 100 acciones emitidas, contra el 40% que tiene el otro único accionista señor M.F., todo lo cual consta en escrituras públicas de fechas 23 de septiembre de 2004 y 22 de octubre del mismo año, otorgadas ante el Notario Público de Santiago don NT2.

28. Que por lo expresado en la consideración precedente, el vínculo sentimental y de convivencia entre la señora M.B. y el testigo señor J.M. aparece ligado a la propiedad, dirección e interés de la sociedad XX en forma muy clara en la persona de su representante y accionista principal señora M.B., por lo cual es forzoso concluir que el testimonio prestado por el testigo señor J.M. no puede considerarse imparcial en este juicio, por lo que se acogerá la tacha deducida en su contra.

PRUEBAS RELACIONADAS CON LAS PRETENSIONES DE LA ACTORA

PRETENSIÓN 1 DE LA DEMANDANTE

29. Que siendo esta la parte más sustancial de la demanda, es necesario detenerse brevemente en el concepto de dolo y en los efectos jurídicos que produce contra quien lo ha utilizado en la ejecución de sus actos.

En su concepto más simple y crudo, dolo es sinónimo de fraude, engaño o simulación, que conllevan una acción voluntaria y positiva de causar daño o defraudar a una persona en sus bienes.

En el caso de autos, el dolo atribuido a la demandada, en la forma que se ha hecho en la demanda, participaría de una doble connotación, civil y penal, en cuanto se trataría de una acción dolosa que ha causado daño civil por la terminación ilegítima de un contrato pero, por los medios utilizados para conseguirlo y los fines de la acción que señala la actora, esta tendría las características del delito genérico de estafa que describe el Artículo 473 del Código Penal, toda vez que la demandada habría usado un engaño consistente en armar un artificio material o mis-en-scène, para crear por sus propios actos, causales contractuales que justificaran la retención de dineros de la actora, impidiéndole con ello cumplir las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores y así apropiarse de las ganancias del subcontrato.

30. Que no obstante encontrarse este juicio en sede de Árbitro Arbitrador, resulta forzoso recurrir a las normas sustantivas de nuestro derecho civil para centrar la actividad de las partes en cuanto a la prueba de sus pretensiones y ello nos conduce a la clara norma del Artículo 1.469 del Código Civil que señala: “El dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley. En los demás, debe probarse.”, por lo que, reiterando lo señalado en consideraciones

anteriores, ha correspondido a la actora probar el dolo, es decir, la intención positiva de defraudar, en que habría incurrido la demandada.

31. Que uno de los efectos naturales de una acción dolosa que ha causado daño, es la obligación que genera para el autor de reparar ese daño mediante una indemnización, lo que en nuestra legislación se encuentra establecido en el Artículo 2.314 del Código Civil que señala “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”.

32. Que en cuanto a la procedencia y licitud de retenciones que la demandada tenía derecho a efectuar, así como sus atribuciones, debe recurrirse a las estipulaciones del subcontrato que establece:

En su cláusula sexta, “Estados de Pago”,

“6.7. ZZ tendrá derecho a suspender o retener el pago de cualquier estado de pago en los siguientes casos:

/a/ Si se presentaren reclamos en contra de ZZ y/o el propietario, sus representantes o empleados como consecuencia del incumplimiento de parte del subcontratista de sus obligaciones laborales, previsionales, tributarias, de seguridad social, contractuales por la compra de insumos, materiales o contratación de servicios”.

En su cláusula décima, “Dependencia del Personal y Obligaciones Sociales”,

“10.2 b) Retener, total o parcialmente, todo pago o anticipo que deba efectuar ZZ según el contrato al subcontratista cuando este no hubiere dado íntegro y cabal cumplimiento a sus obligaciones laborales y/o previsionales respecto a sus trabajadores o a aquella señalada en la letra precedente”.

c) Pagar directamente y en representación del subcontratista las obligaciones laborales adeudadas a los trabajadores e instituciones que corresponda, si estos no hubieren sido solucionados por el contratista dentro del plazo de treinta días corridos contados desde la fecha de la respectiva retención;

d) Disponer para estos efectos de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato cuando se hiciera efectiva la responsabilidad subsidiaria de ZZ, en caso de existir aquella.

f) Poner término ipso facto al contrato en la forma señalada en la cláusula decimocuarta en el caso que el subcontratista no haya dado íntegro cumplimiento a sus obligaciones laborales y/o previsionales.

Independientemente de las retenciones anteriormente señaladas, el subcontrato establece, en su cláusula octava, una retención permanente de “un 10% del monto de cada estado de pago para garantizar el oportuno y correcto cumplimiento de las obligaciones del subcontratista”.

33. Que el hecho capital que, según la actora, demostrarían la malicia de la demandada se encuentra la retención de \$ 8.514.128 efectuada por esta al estado de pago del mes de diciembre de 2007, sin aviso previo ni justificación válida, lo que, también según la actora, le produjo una “descompensación financiera”, como se lee en carta dirigida por ella a la Inspección del Trabajo Santiago-Centro, en febrero de 2008, hechos que, por lo demás, están señalados en la demanda según se ha consignado anteriormente en este fallo.

34. Que según la demandante, del estado de pago que correspondía al período 20 de noviembre y 20 de diciembre de 2007 y que debía generar un pago de factura entre en 4 y 5 del mes de enero de 2008, tomó conocimiento, con fecha 2 del mismo mes, que ZZ retendría la suma de \$ 8.514.128, lo cual significó que dejara de percibir los ingresos destinados al pago de imposiciones que ascendían aproximadamente a \$ 8.000.000 para ese período lo cual, al tenor de lo señalado en la demanda a fs. 154, “significó que XX no tuviera la caja necesaria para cumplir con el pago de las cotizaciones previsionales del mes de diciembre de 2007 y que vencían el 10 de enero de 2008, hecho no menor, ya que ponía a mi representada en una situación forzada de incumplimiento con sus trabajadores, y que resultó ser gravísimo ya que de él se valió la demandada para luego terminar unilateralmente el subcontrato”.

35. Que, contrariamente a lo afirmado por la actora en relación a la improcedencia de hecho de la retención mencionada, consta en autos que existió un acuerdo entre las partes en cuanto a su procedencia y a su pago, según el cual se rebajó la cantidad original en dos tercios, quedando la retención en la suma de \$ 2.838.042 y postergándose los dos tercios restantes para ser descontados en futuros pagos, según se acredita con documento de fecha 9 de enero de 2008, acompañado a fs. 360 N° 2 en el cual el gerente de XX señor J.M. señala textualmente: “Efectivamente existen los descuentos efectuados por TR1, y estamos plenamente de acuerdo en que deben ser traspasados a nosotros, y la

solicitud en concreto, es que sea efectuado en 3 ó 4 cuotas, dado que \$ 8.514.128, es una cantidad que descontada de una sola vez, nos complica de sobremanera el flujo de efectivo y nuestros compromisos de pago.”; y también con la factura emitida por ZZ, acompañada a fs. 368 N° 1.

36. Que con lo señalado en la consideración precedente, queda acreditado también lo expresado por la demandada, en relación a la retención anteriormente referida, en cuanto a que se trataba de una recuperación de dineros mal cobrados por XX en diversos estados de pago anteriores y que no fueron rebajados en facturas emitidas por ZZ.

37. Que consta en autos, según documentos acompañados en el otrosí de fs. 368 N° 1, factura y documento adosado a ella; e Informe pericial del perito señor PE agregado al expediente que, en diciembre de 2007, ZZ facturó y pagó en enero de 2008 a XX, vía factoring, la cantidad de \$ 38.068.239 netos después de retención y que, además, restituyó retención el 10% contractual por la cantidad de \$ 3.833.997 según consta de documento de “Devolución Parcial de Retenciones de fecha 9 de enero de 2008 acompañado a fs. 367 N° 3, por lo que no resulta aceptable el argumento de la actora en cuanto a no haber pagado las imposiciones de sus trabajadores correspondientes al mes de enero de 2008, por causa de la retención de \$ 8.514.128 toda vez que en dicho mes tuvo una disponibilidad real de \$ 41.902.236.

38. Que por lo anteriormente expresado, no resulta verosímil la afirmación contenida en la diligencia de confesión judicial de fs. 412, prestada por doña M.B., representante legal de XX quien, al responder la pregunta N° 37 del cuestionario de posiciones en relación con el no pago de las imposiciones del personal en el mes de enero de 2008, correspondiente a las remuneraciones del mes de diciembre de 2007 declara: “Es efectivo. En enero de 2008 tampoco recibimos ningún dinero de parte de ZZ, hasta el día de hoy”.

39. Que tampoco resulta aceptable lo afirmado por la representante de XX señora M.B. en la diligencia de confesión judicial antes mencionada, cuando, respondiendo la pregunta número 36 del cuestionario de posiciones en relación con la declaración y no pago de las imposiciones del personal de XX correspondientes al mes de diciembre de 2007, dice a fs. 414 de autos “Es efectivo. En el mes de diciembre a nosotros nos retuvieron todos los dineros, no recibimos ningún pago de parte de ZZ, es más, ellos con esos dineros que nos retuvieron iban a pagar las leyes sociales”; en circunstancias que en el mes señalado había recibido el pago de la correspondiente factura, de fecha 2 de noviembre de 2007, por \$ 42.307.751 netos, acompañada fs. 368 de autos y según señala en informe pericial anteriormente citado, además de devolución de retenciones contractuales por la suma de \$ 4.254.046 según se acredita con documento emanado de las partes, de fecha 11 de diciembre de 2007 acompañado a fs. 367 N° 3.

40. Que también, como antecedente relacionado con los efectos de los presuntos actos maliciosos de la demandada en la situación financiera de la actora y a los perjuicios por ellos causados, acompaña, a fs. 391, diversos documentos en que se señalan deudas impagas de la actora con entidades previsionales por concepto de imposiciones de sus trabajadores y de diversos documentos impagos que figuran en el boletín comercial de la Cámara de Comercio de Santiago a partir del año 2008.

41. Que de lo expresado en la demanda y los numerosos documentos acompañados por las partes, se desprende que XX evidenció, después de poco tiempo de iniciada la operación del subcontrato, una evidente fragilidad financiera, situación que se fue transformando en crítica con el transcurso del tiempo. Aún más, en toda la documentación acompañada y prueba testimonial de las partes que se refieren a aspectos financieros en el desarrollo del contrato, subyace el hecho de encontrarse permanentemente, XX en situación de gran estrechez de caja y ello, según se desprende de la propia demanda, tiene relación con la expectativa de la subcontratista de ampliar su cobertura territorial a las zonas de FF, DD y SS, hecho que no ocurrió.

42. Que entre las afirmaciones de la actora está aquella en que se refiere a la intención de la demandada de “quedarse con el contrato” la que no resulta verosímil por cuanto, además de ser una mera afirmación acerca de la cual no produjo prueba alguna, resulta evidente que ZZ en su calidad de “contratista” del cliente principal TR1, era la verdadera dueña del contrato de prestación de los servicios y que, por un acto de voluntad, los subcontrató con XX.

43. Que también contrasta con la afirmación señalada en la consideración precedente, el hecho que ZZ otorgó a XX y convino con esta, un aumento del 5% de las tarifas estipuladas en el subcontrato, en el mes de noviembre de 2007, es decir, a menos de tres meses de producirse la situación que culminó con la terminación del contrato, lo que ha quedado acreditado con las facturas presentadas y sus documentos anexos, acompañadas por la parte demandada a fs. 267.

44. Que por los hechos acreditados y señalados en las consideraciones precedentes, no es posible para el sentenciador arribar a la convicción de que la demandada ZZ actuó dolosamente al efectuar las retenciones que, según la actora, generaron artificialmente las condiciones que hacían posible la terminación unilateral del subcontrato.

45. Que con la numerosa prueba documental acompañada por ambas partes y en especial los documentos acompañados por la demandada a fs. 553 y no objetados por la actora; las respuestas de instituciones de previsión a los oficios despachados por solicitudes de la parte demandada de fs. 272, 273, 274, 275 y 276, agregadas en autos y no objetadas; y la confesión de la representante de XX señora M.B. a fs. 414 en que reconoce que XX no pagó las imposiciones de su personal en los meses de diciembre de 2007 y enero de 2008, queda establecido el hecho que XX no dio cumplimiento al pago total y oportuno de las obligaciones previsionales con los trabajadores de la empresa, al menos desde el mes de diciembre de 2007 y en especial en el mes de enero de 2008, omitiendo la presentación del certificado de pago de las imposiciones Formulario F-30 de la Inspección del Trabajo, y con ello incurrió en la causal de resolución unilateral del subcontrato, contemplada en la letra f) de la cláusula decimocuarta del mismo lo que habilitó contractualmente a ZZ para ejercer la facultad de ponerle término en virtud de lo establecido en la cláusula decimocuarta del subcontrato que establece:

“Decimocuarta: Resolución del contrato.

“El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que por el presente contrato asume el subcontratista, facultará a ZZ para, unilateralmente, resolverlo ipso facto, sin necesidad de declaración judicial o arbitral previa”.

Se considerarán especialmente incumplimientos del subcontratista, sin que la siguiente enunciación tenga el carácter de taxativa, ni importe limitación alguna, los siguientes incumplimientos:

f) “El atraso en el pago de los sueldos, leyes sociales, imposiciones, entero de los impuestos retenidos o en el pago de las primas de las pólizas de seguro a que el subcontratista está obligado”.

46. Que, en cuanto al incumplimiento alegado por la demandada en relación a la deficiente ejecución y eventual abandono de los trabajos establecidos en el subcontrato, con las declaraciones de los testigos señores A.O., a fs. 331 y siguientes; O.L., a fs. 335 y siguientes; D.C. a fs. 343 y siguientes; y E.R., todos contestes, que dieron razón de sus dichos; el documento acompañado por la demandada a fs. 351, N° 1 en el que un representante de la empresa principal, TR1, representa al gerente de XX señor J.M. el incumplimiento en los trabajos; y documentos acompañados en los números 2 y 3 del escrito de fs. 351, ninguno de los cuales fue objetado por la actora; ha quedado demostrado que XX, desde antes del mes de enero de 2008 y en ese mismo mes, bajó ostensiblemente el nivel de los trabajos para terminar prácticamente abandonándolos a fines de enero, principios de febrero de 2008, con lo cual ZZ quedó habilitada por aplicar la letra c) de la cláusula decimocuarta del subcontrato que establece:

“c) La paralización de las obras por más de un día por causa atribuible en forma directa o indirecta al subcontratista”.

47. Que por las consideraciones expresadas en este acápite relacionado con la primera pretensión de la parte demandante, deberá desecharse tal pretensión por no haberse acreditado la existencia de dolo en las actuaciones de ZZ y consecuencialmente no haber podido la actividad de la demandada producir perjuicios a la actora al poner término al subcontrato; y por el contrario, encontrarse acreditado que la demandada, al poner unilateralmente término anticipado al subcontrato con XX actuó en ejercicio legítimo de derechos y facultades establecidas en el subcontrato celebrado con fecha 14 de agosto de 2006, que han sido transcritas más arriba, frente a incumplimientos debidamente demostrados de XX en cuanto a sus obligaciones laborales y previsionales y en cuanto a la ejecución de los trabajos señalados en el subcontrato.

PRETENSIÓN 2 DE LA DEMANDANTE

48. Que la actora ha señalado que ZZ al 7 de febrero de 2008, fecha en la que puso término anticipado al subcontrato, retuvo un total de pagos correspondientes a trabajos realizados en el mes de diciembre de 2007, y enero y parte de febrero de 2008, ascendente a \$ 102.648.590 aproximadamente, los cuales la demandada aplicó al pago de remuneraciones y cotizaciones previsionales impagas del personal de XX a la fecha de término del contrato, de lo cual no se ha rendido cuenta ni devuelto el remanente que la actora calcula en no menos de \$ 23.000.000.

49. Que la demandada, al responder sobre esta pretensión, junto con reconocer el hecho de haber retenido fondos de la actora, ha señalado que las sumas no devueltas por concepto de trabajos considerados en estados de pago y en

retenciones, alcanzó solo a \$ 66.639.105, que es la suma de que dispuso para realizar el pago de remuneraciones y cotizaciones previsionales impagas del personal de XX que llegaron a la cantidad de \$ 62.312.489 con lo cual quedó un remanente previsional a favor de la actora, ascendente a \$ 4.326.616.

50. Que para acreditar el pago por subrogación de las remuneraciones y cotizaciones previsionales impagas de XX acompaña a fs. 364, 80 comprobantes de pago previsionales a de instituciones de previsión y 80 comprobantes de pago de las remuneraciones del personal referido; 9 actas de mediación ante la Inspección del Trabajo en la ciudad de CC y el listado de los trabajadores de XX y sus remuneraciones que sirvió de base para materializar los pagos, documentos que no fueron objetados por la demandante, y que totalizan la cantidad de \$ 61.320.560.

51. Que con el mismo objeto señalado precedentemente, la parte demandada, a fs. 396 solicitó la designación de un perito, la que recayó en el perito incorporado en la nómina de peritos de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, señor PE, según resolución de fs. 423, quién emitió su informe con fecha 10 de junio de 2001, el que se encuentra agregado en estos autos.

52. Que el informe pericial señalado precedentemente, en su parte conclusiva, establece:

“i) Que XX tiene trabajos entregados y no pagados por ZZ que alcanzan a la suma de \$ 66.639.105 (valores históricos) como se aprecia en el “siguiente cuadro:

“Previsiones (Estados de pago aún no liquidados) 52.515.017

“10% Retenciones de facturación no devueltas 14.124.088

“ii) Que en el intertanto, ZZ, efectuó pagos en representación y “subrogación legal de XX, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 183-C del “Código del Trabajo, todo lo cual alcanza a la suma de \$ 61.320.560 (valores históricos) como se aprecia en el siguiente cuadro:

“Pago de remuneraciones e imposiciones en subrogación 61.320.560

“Total pagado por ZZ, 61.320.560”.

Termina el informe señalando que, como resultado de lo señalado en los puntos anteriores, se produce un saldo a favor de XX que alcanza a la suma de \$ 5.318.545.

53. Que, con el informe pericial no objetado por las partes, cuya conclusión se transcribe precedentemente, y la documentación acompañada que se ha tenido a la vista, debe darse por acreditado que ZZ dio cumplimiento al pago de remuneraciones y cotizaciones previsionales impagas del personal de XX al término del subcontrato por lo cual de acuerdo con el Artículo 1.656 del Código Civil, operó de pleno derecho la compensación de ambas deudas y que, tal como lo reconoció la demandada en la contestación de la demanda, dicha operación arrojó un remanente a favor de XX, resultando algo inferior al señalado en el informe pericial.

54. Que con lo expresado en las consideraciones precedentes y medios de prueba señalados, no se hará lugar a la pretensión 2 de la actora en cuanto al monto reclamado como remanente y solo se dejará como establecido en esta consideración, que dicho remanente alcanza a la suma de \$ 5.318.545 a favor de XX.

PRETENSIÓN 3 DE LA DEMANDANTE

55. Que la actora ha sostenido en su demanda que al comienzo del subcontrato que las ligó, “entregó a la demandada el uso y goce de un software de gestión, programa diseñado por XX” agregando más adelante que este software es una “propiedad intelectual” de XX respeto del cual hubo, desde un principio, “acuerdo en que ZZ debía retribuir económicamente a XX por su uso y goce” aunque reconoce que el monto de la retribución no fue determinado.

56. Que la demandada ha sostenido que en el subcontrato celebrado con la actora no hay ninguna cláusula que se relacione con esta pretensión de la demanda por lo cual solicitó, inicialmente, que se declarara la falta de jurisdicción del Árbitro respecto de ella y posteriormente, contestando la demanda reitera la inexistencia de obligación de ZZ en el contrato celebrado ni en anexo alguno, como tampoco se ha regulado o tratado en forma verbal.

57. Que en la cláusula decimosexta del subcontrato, “ARBITRAJE”, se señala como materia del arbitraje “cualquiera dificultad o controversia que se produzca entre las partes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato o cualquier otro motivo, será sometida a arbitraje...” y más adelante agrega: “El Árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y/o jurisdicción.”.

58. Que en su sentido natural, las estipulaciones señaladas en la consideración precedente deben entenderse referidas al contrato en que están insertas, tanto en sus aspectos esenciales como en aquellos que emanen de su naturaleza o sean accidentales a él. Por ello, la frase “o cualquier otro motivo” debe entenderse como que se trata de motivos relacionados con el contrato en el mismo sentido que lo son la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución, enumeración que, con la frase anteriormente citada deja de ser taxativa, siendo solo este su verdadero sentido y alcance.

59. Que, no obstante lo señalado por la demandada en cuanto a la falta de jurisdicción del Árbitro, y atendidas las consideraciones precedentes, se hace necesario reconocer que la estrecha vinculación que la actora hace del subcontrato de obra con las obligaciones que emanarían de un acuerdo sobre el aporte a título oneroso de un software de su propiedad, indicarían que pudo existir un condicionamiento en la ejecución del subcontrato al uso del software y a una compensación de su uso y goce por parte de ZZ, lo que mueve al sentenciador a rechazar la excepción dilatoria de falta de jurisdicción y a pronunciarse derechamente sobre la pretensión de la actora en esta materia, fundado en que, dada la vinculación estrecha antes señalada, es válido sostener que se aplica en la especie, la estipulación de la cláusula compromisoria que alude a “cualquier otro motivo” citada en las consideraciones precedentes y que resultaría inequitativo eludir, mediante la aceptación de la excepción dilatoria, el pronunciamiento sobre uno de los aspectos más relevados por la actora en la demanda de autos.

60. Que, entrando en la materia, si bien los documentos acompañados por la actora a fs. 386 y las declaraciones de los testigos señores O.G. y R.E., presentados por la demandante a fs. 314 y 320, respectivamente, dan cuenta del uso por XX de un software de gestión generado por la actora, y su utilización para ejecutar los trabajos contratados con ZZ, es necesario analizar las circunstancias y efectos de tal constatación a la luz de las pruebas antes mencionadas y a las demás pruebas rendidas por las partes.

61. Que el subcontrato celebrado por las partes, agregado a fs. 5 y siguientes de autos, acompañado por ambas partes y no objetado por ellas, establece:

Tercera: Materiales y Gastos: “El subcontratista proporcionará todos los insumos necesarios para la correcta, completa y oportuna ejecución de los trabajos contratados, comprendidos todos los gastos que estos demanden; declarando conocer y aceptar que el precio acordado incluye todos los costos, tanto por la ejecución de los trabajos como por la provisión de todos los materiales, mano de obra, y su supervisión, equipos, herramientas, servicios técnicos y profesionales...”.

62. Que el concepto de “insumos” incorporado al subcontrato, según lo señalado en la consideración precedente, comprende todo elemento o bien material e inmaterial, según se desprende de la definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española al decir “Conjunto de bienes empleados para producir otros bienes” y por ello, un programa computacional o software con las características que se han descrito en la demanda y medios de prueba acompañados, constituye un bien inmaterial que, en la ejecución su control y supervisión del subcontrato de obra, resultaría ser un “insumo necesario” al tenor de la cláusula del subcontrato citada precedentemente.

63. Que siendo parte de las obligaciones del subcontratista XX proporcionar a su costo, los insumos necesarios para la correcta, completa y oportuna ejecución de los trabajos contratados, entre los que debería estar un software de gestión, será necesario determinar si el software en que basa su pretensión la actora ha sido materia de un acuerdo especial, separado del subcontrato de obra, o tiene características que permitan atribuirle un valor especial, que no puede ser considerado entre los precios ni la obligación estipulados en el subcontrato al tenor de la cláusula tercera antes citada.

64. Que aunque el tenor del subcontrato de obra agregado en autos es claro en la cláusula anteriormente citada, no resuelve por sí mismo las interrogantes planteadas en la consideración precedente y por ello resulta necesario recurrir a los demás medios de prueba acompañada y rendida por las partes.

65. Que las declaraciones de los testigos de la actora, en lo pertinente, señalan:

a) El testigo señor O.G., expresa, a fs. 314, que XX creó un software para su gestión con TR2, en el año 1999 y que lo empezó a mejorar en 2002. Agrega que XX entregó el software para mejorar la gestión de su contrato con ZZ a cambio o bajo condición de que ZZ les entregara las Agencias de AA, y posteriormente las de FF, DD, SS y posteriormente GG. Señala también que ZZ continuó usando el software con posterioridad al término del contrato.

b) El testigo señor R.E., a fs. 320, expresa que conoce el software que fue creado por XX para mejorar la información para TR2. Agrega “lo que sé yo, lo que inicialmente XX le facilitó a ZZ sin ningún costo como un plus adicional para mejorar y mantener la gestión de la zona de CC, AA, y se supone que fue un acuerdo por el que XX le facilitó el software a ZZ a cambio de que ZZ ampliara a la Primera Región las agencias de XX...”.

66. Que las declaraciones de los testigos de la demandada, en lo pertinente señalan:

a) El testigo señor A.O., a fs. 331 expresa que había un software particular de XX que se ofreció a ZZ pero no sirvió. Agrega que se le hicieron algunos ajustes pero tampoco sirvió por lo que ZZ no hizo uso de dicho software.

b) El testigo señor O.L., a fs. 335, expresa que XX les presentó un software que fue sometido a prueba por ZZ debido a que, por la extensión de sus operaciones, necesitaban tener una gran cantidad de conexiones disponibles. Agrega que “El software que nos presentó no era capaz de hacerlo”.

c) Manifiesta el testigo que se contactó la empresa TR3 recomendada por J.M., de XX, para ver la posibilidad de modificar el programa y la recomendación de esta empresa fue que no era posible modificarlo por cuanto el lenguaje en que estaba escrito no tenía expertos en Chile para usarlo. Termina señalando que ZZ generó un nuevo programa bautizado como SS, que es el que siguió usando en las zonas que no eran CC y AA “donde XX siguió usando su propio programa o software”.

67. Que, como se advierte de las declaraciones de los testigos de ambas partes, -entre ellos contestes y que dan razón de sus dichos- hay una total contradicción en los hechos esenciales del punto en cuestión por cuanto, al paso que los testigos de la actora sostienen que ZZ recibió, utilizó y siguió utilizando con posterioridad al subcontrato, en todas sus agencias, un software de XX, los testigos de la demandada, reconociendo los contactos y ofertas del software, afirman que no fue recibido ni utilizado por ZZ en la gestión de sus agencias y que XX lo hizo solo en las que ella operaba en CC y AA.

68. Que, además de la contradicción señalada en la consideración precedente, existe una contradicción importante entre las declaraciones de los testigos de la actora y lo afirmado por esta en la demanda en cuanto a que hubo entre XX y ZZ un acuerdo para que se compensara económicamente el aporte del software “aunque el monto de esta retribución no fue determinado” agregando otras menciones a la retribución económica en su demanda, que dan a entender claramente que se trataba de alguna suma de dinero. En cambio, los dos testigos presentados por la actora han declarado que, por una parte, el software “se facilitó sin ningún costo como un plus adicional” por la otra, que la retribución del aporte del software consistía en ampliar la cobertura del subcontrato a las ciudades de FF, DD, SS y GG, ciudad esta última que nunca fue mencionada por la actora.

69. Que, por otra parte, de los documentos acompañados por la actora a fs. 386, consistentes en una propuesta comercial para la utilización del software y un grupo de correos electrónicos intercambiados por el representante de XX señor J.M. y ejecutivos de ZZ, se desprende que es efectivo que existió el software cuyo pago se reclama; que dicho software fue creado por el señor J.M., ejecutivo de XX; y que entre las partes hubo un contacto e intercambio de acciones destinadas al uso y aprovechamiento de dicho programa pero, no se desprende de ellos que se haya arribado a la suscripción o celebración de un acuerdo para la utilización y aprovechamiento definitivo por parte de ZZ como tampoco la existencia de algún compromiso actual o futuro de ZZ de pagar a XX alguna suma u otra compensación por una eventual utilización del programa; y que, a mayor abundamiento, la prueba testimonial rendida por las partes no agrega elemento alguno que sirva para apoyar tales hechos en un sentido afirmativo y por el contrario, el testimonio de los testigos de la demandada contradicen totalmente la existencia de algún vínculo.

70. Que si bien la actora ha señalado en su demanda que el precio que reclama para el software que habría aportado al subcontrato con ZZ es la suma de \$ 20.000.000, no ha rendido prueba alguna destinada a demostrar el monto señalado.

71. Que, a mayor abundamiento, de los antecedentes que aparecen en autos y han sido citados en las consideraciones precedentes, se infiere que el software en discusión constituyó inicialmente, una herramienta de trabajo utilizada por XX para el desarrollo de su propia gestión del subcontrato en AA y CC con lo cual, además de darse cumplimiento a lo que señala la cláusula tercera del subcontrato antes citada, respecto de los insumos, debe entenderse aplicable la cláusula undécima, Confidencialidad y Derecho de Propiedad sobre Planos y otra Información, la cual establece la propiedad de

ZZ de toda información mencionada, incluidos diseños, entregados por ZZ o desarrollados por el subcontratista “con motivo u ocasión del presente contrato” y inconsecuencia, el software desarrollado por XX para tal efecto, debe también entenderse que pasó al dominio de ZZ.

72. Que con el mérito de la prueba documental y testimonial rendida por las partes y las consideraciones consignadas en este párrafo de la sentencia, el Juez Árbitro no podrá dar por establecidos los hechos en que la actora ha fundado su pretensión en orden a la existencia de una obligación contraída por la demandada consistente en pagar un precio por el software utilizado en la ejecución del subcontrato ni, por consiguiente, el derecho de la actora para cobrar alguna suma por él, por lo que se rechazará la demanda en esta parte.

PRETENSIÓN 4 DE LA DEMANDANTE

73. Que la actora ha expresado en su demanda que ZZ incumplió una obligación contraída en orden a ampliar la cobertura del subcontrato a las ciudades de FF, DD y SS pero, no incluyó dicho reclamo en el Capítulo II del libelo de fs. 148 de autos, relativo a los perjuicios económicos y por consiguiente no cobró suma alguna como indemnización, como tampoco en el Capítulo III del mismo, relativo al catálogo de incumplimientos de la demandada según la actora, todo lo cual otorga a esta pretensión un carácter meramente aspiracional para la demandante, sin que ella misma le atribuya consecuencia jurídica o valor pecuniario alguno.

74. Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente conviene consignar que el subcontrato de obra agregado en autos establece en su cláusula primera que las obras “se realizarán en AA y CC” y a mayor abundamiento, dado que se encuentra largamente terminada la relación contractual que ligó a las partes, no resulta procedente ni necesario un pronunciamiento del Juez Árbitro en relación a esta pretensión, ni siquiera como parte de la acción maliciosa que la actora ha atribuido a la demandada en su pretensión número uno.

PRETENSIÓN 5 DE LA DEMANDANTE

75. Que la actora ha incluido en la demanda el cobro de \$ 7.235.000 por concepto de implementos de seguridad laboral de su propiedad, quedado en poder de ZZ al término del subcontrato -hecho que la demandada ha negado absolutamente- y no obstante estar esta pretensión incluida en el punto 6 de la interlocutoria de prueba, la demandante no rindió prueba alguna en relación a la existencia de las especies, ni respecto al hecho de encontrarse estas en poder de ZZ como tampoco al monto reclamado, por lo cual deberá rechazarse la demanda en esta parte.

PRETENSIÓN 1 DE LA DEMANDADA

76. Que, por su parte, la demandada ha sostenido en su defensa que, actuando de buena fe, se vio obligada a poner término al subcontrato dada sus responsabilidades legales como contratista de una Empresa Principal, frente a los incumplimientos laborales de la actora y frente a esa Empresa Principal, TR1, por el mal desempeño y finalmente abandono de trabajos en que incurrió XX, especialmente en los meses de noviembre y diciembre de 2007 y enero y febrero de 2008.

77. Que por lo expresado en las consideraciones 32, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45 y 46 de esta sentencia que se dan por reproducidas, y las pruebas documentales, testimoniales e informe pericial que en ellas se mencionan, debe darse por acreditada la justificación de la demandada en cuanto a la aplicación de las causales de término anticipado unilateral contenidas en el subcontrato y que han sido citadas en esta misma sentencia, por lo que deben reiterarse las conclusiones contenidas en la consideración 47°.

PRETENSIÓN 2 DE LA DEMANDADA Y DEMANDANTE RECONVENCIONAL

78. Que ZZ en calidad de demandante reconvencional ha demandado el cobro de la suma de \$ 15.292.438 que XX le adeudaría por concepto de diferencias de facturación producidas entre octubre de 2006 y febrero de 2008, entre las que incluye la suma de \$ 5.676.085 que corresponde al saldo de la retención de \$ 8.514.128 que correspondía efectuar en el mes de enero de 2008 y que fue reducida en un tercio a petición de la demandada reconvencional y que esta reconoció de manera expresa en correo electrónico acompañado a fs. 360 de autos por la demandante reconvencional.

79. Que el informe pericial solicitado por la parte demandada y demandante reconvenional a fs. 396 incluye, según dicha solicitud, “1) El análisis de documentación contable y de pago de las obligaciones derivadas del subcontrato, para generar el consolidado de cierre de operaciones de dicho subcontrato. El peritaje deberá indicar a la conclusión el saldo (a favor o en contra) de cada parte.”, por lo cual debe entenderse incorporado al informe emitido, el análisis y cálculo de las “diferencias de facturación” mencionadas en la reconvenición, adeudadas por XX a ZZ, según la actora reconvenional.

80. Que según el informe pericial evacuado por el perito designado señor PE, agregado en el Cuaderno de Documentos de la demandada N° 3, y no objetado por las partes, se concluye que el peritaje realizado conforme a los procedimientos y antecedentes en él descritos, arroja la cantidad de \$ 5.318.545 a favor de XX.

81. Que conforme a lo que señala en mencionado informe pericial, el sentenciador concluye que no existiendo el saldo deudor de XX a favor de ZZ indicado en la demanda reconvenional, debe ser rechazada dicha demanda con lo que, consecencialmente debe declararse que XX es acreedora de ZZ por la suma de \$ 5.318.545.

EN CUANTO A HONORARIOS DEL ÁRBITRO

82. Que, de acuerdo con el acta de constitución de arbitraje que rola a fs. 141 de autos, complementada por acta de instalación del nuevo Tribunal Arbitral que rola a fs. 71, se dictó la resolución de fs. 289 fijando los honorarios del Juez Árbitro, a pagar por mitades entre las partes en las oportunidades allí señaladas, habiéndose, hasta la fecha, cumplido con el pago de la totalidad de la parte que correspondía a la demandada ZZ y con la mitad de la parte que correspondía a la demandante XX por lo que queda un saldo impago de esta última.

CONSIDERACIÓN DE CIERRE

83. Que, finalmente, resulta ineludible señalar que, de acuerdo con las facultades de Arbitrador que se han conferido al Árbitro que ha conocido este juicio, se han aplicado en él las reglas de la sana crítica incluyendo razones de principios y normas jurídicas, de equidad, prudencia y lógica así como de experiencia emanada del dilatado ejercicio profesional del Árbitro, en virtud de todo lo cual el sentenciador ha arribado a la convicción de que la demanda deberá ser rechazada en su casi totalidad por carecer de fundamentos en cuanto a los hechos, al derecho y también a una ética básica que debería haber impelido a la actora a no formular en contra de la demandada, acusaciones en un plano que deslinda con lo delictual, lo cual permite calificar dicha demanda, al menos, como temeraria.

Con lo relacionado y visto además, lo dispuesto en los Artículos 1.459, 1.545, 1.560, 1.562, 1.656 y 1.698, del Código Civil,

SE DECLARA:

- 1°. Se rechazan las tachas opuestas a los testigos de la parte demandada señores O.L. y J.C.
- 2°. Se acoge la tacha opuesta al testigo de la actora don J.M.
- 3°. Se acoge la demanda interpuesta por XX solo en la parte en que se cobra la diferencia o remanente entre los estados de pago y factura pendientes de pago por ZZ y lo pagado por la demandada por concepto de remuneraciones e imposiciones de seguridad social del personal de XX, y solo en cuanto a que el remanente a restituir por ZZ a XX es la suma de \$ 5.318.545 más intereses corrientes calculados desde la notificación de la demanda hasta la fecha del pago efectivo.
- 4°. Se rechaza la demanda en todo el resto no comprendido en el numeral precedente.
- 5°. Se rechaza la demanda reconvenional.
- 6°. No se condena en costas a la demandante XX por no haber sido totalmente vencida en el juicio.

- 7°. No se condena en costas a la demandante reconvencional ZZ por cuanto, en concepto del Juez Árbitro sentenciador, aparece en autos que ha tenido motivo plausible para litigar.
- 8°. Que cada parte pagará sus costas y por mitades las comunes que se hubieren producido.
- 9°. Que XX deberá pagar el saldo pendiente de los honorarios del Juez Árbitro, en el plazo de 10 días contados desde la notificación de esta sentencia.

Sentencia pronunciada por el Juez Árbitro Arbitrador don Eduardo Riesco Salvo.