

## ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR

**Árbitro: Sr. Eustaquio Martínez Martínez**

Fecha Sentencia: 24 de abril de 2003

**ROL: 332**

**MATERIAS:** Excepción de incompetencia absoluta del Tribunal Arbitral – contrato de promesa de modificación de sociedad – lucro cesante – tachas a los testigos.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** El demandante señor XX solicita indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento, por parte del demandado señor ZZ, de la obligación de transferirle los derechos sociales y facultades de administración de la sociedad TR1, dedicada a la administración de casino y juegos en la ciudad B. El demandado alega que el precio de la cesión de derechos no había sido pagado y que habría operado un pacto comisorio calificado.

### **LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 358 N°s. 6 y 7.

Código Civil: Artículos 1.489 y 1.553 N° 3.

### **DOCTRINA:**

Es posible colegir que si bien no se cumplió con los plazos de pago primitivamente convenidos en el Contrato de Promesa, las partes habían renegociado su pago, el que el demandante efectuó pagando las letras de cambio.

Por consiguiente, carece de asidero la alegación efectuada por el demandado en el sentido que se estaría frente a un pacto comisorio, ya que además de que de los términos del contrato no se desprende tal cosa, lo cierto es que el acreedor aceptó que el pago se le efectuara de otra manera (Considerando N° 3).

**DECISIÓN:** Se acoge la demanda en lo que se refiere al pago de los perjuicios por daño emergente y extrapatrimonial. Se rechaza la demanda de indemnización del lucro cesante, dado que faltan antecedentes fidedignos de contabilidad que lo permitan establecer. Cada parte pagará sus costas.

### **SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago de Chile, 24 de abril de 2003.

### **VISTOS:**

**1. Nombramiento y aceptación de cargo.** Con fecha 8 de julio de 2002 la Cámara de Comercio de Santiago a petición de don XX, y luego de lo acordado por el Consejo Directivo del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, designó al suscrito, Eustaquio Martínez Martínez, como Árbitro Arbitrador para que conociera de las controversias suscitadas entre el peticionario y don ZZ, en relación al contrato de Promesa de Modificación de Sociedad, Cesión de Derechos y otros celebrado por escritura pública otorgada el 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1 (fs. 20). El Árbitro designado aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible, con fecha 26 de julio de 2002 (fs. 22). En el nombramiento se dejó constancia que se hacía por expiración del plazo jurisdiccional de la gestión contenciosa realizada ante el Árbitro don Juan Colombo Campbell.

**2. Partes.** Son partes en este juicio:

Don XX, factor de comercio, domiciliado en DML, quien designó apoderados a don AB1, don AB2 y doña AB3, abogados, domiciliados en DML.

Don ZZ, contador auditor, domiciliado en DML, quien designó apoderados a don AB4 y don AB5, abogados, domiciliados en DML.

TR1, sociedad colectiva civil, domiciliada en DML, quien designó apoderado al abogado don AB6, domiciliado en DML. Esta sociedad se hizo parte como tercero independiente, a fs. 95 de los autos.

**3. Excepción de falta de facultades del Centro de Arbitraje y Mediación y de incompetencia absoluta del Tribunal.** En el primer comparendo (fs. 29), la parte de don ZZ opuso incidente de falta de facultades del CAM para designar Árbitro, al no haber sido notificado de la expiración del plazo jurisdiccional del anterior Árbitro don Juan Colombo Campbell. Opuso también incidente de "competencia" (sic) absoluta del Árbitro por haberse hecho uso ya de la cláusula arbitral, al haberse designado al citado don Juan Colombo C. Por resolución de fs. 50 se rechazaron ambas excepciones. La parte del señor ZZ apeló de dicha resolución siéndole denegado el recurso por improcedente. Recurrida de hecho esta resolución denegatoria, la I. Corte de Apelaciones de Santiago lo rechazó por resolución de 13 de diciembre de 2002.

**4. Demanda y modificación.** Dentro del plazo que las partes convinieron en el comparendo, don XX interpuso demanda en contra de don ZZ, basado en el contrato de promesa de modificación de sociedad, cesión de derechos y otros celebrado por escritura pública otorgada el 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1, que rola a fs. 7 y siguientes, solicitando el cumplimiento forzado de la obligación contraída por éste de delegarle la totalidad de las facultades de administración en la misma sociedad, según lo convenido en la cláusula 18ª, la que a su juicio no había sido cumplida. Demandó, además indemnización de los perjuicios sufridos por su parte por el incumplimiento de la obligación de transferirle los derechos sociales (cláusula 8ª.) y los ocasionados con la no delegación de las facultades de administración, consistentes en daño emergente, lucro cesante y daños extrapatrimoniales, por un total de \$ 667.000.000. (Demanda de fs. 60 y siguientes). Pendiente el plazo para contestar la demanda, don XX la modificó en atención a que por escritura pública otorgada el 5 de julio de 2002 en la Notaría de doña NT2, don ZZ y los restantes socios de la Sociedad TR1 habían procedido a modificarla en orden a cambiar al administrador don ZZ por don L.F., lo que tornaba imposible el cumplimiento de la obligación de delegarle las facultades de administración. En consecuencia, solicitó su cumplimiento por equivalencia por medio de indemnización de los perjuicios sufridos, los que pidió fueran fijados en \$ 100.000.000 por concepto de daño emergente; \$ 414.000.000 por concepto de lucro cesante por las utilidades que habría dejado de percibir entre abril de 1999 y enero de 2003, fecha en que expiraba la concesión del casino y \$ 212.000.000 por concepto de daño extrapatrimonial. (Modificación de fs. 71).

**5. Contestación de la demanda.** Transcurrido el plazo para contestar la demanda, la parte de don ZZ no lo hizo, así como tampoco presentó demanda dentro del plazo convenido.

**6. Conciliación.** A fs. 77 se citó a las partes a comparendo de conciliación el que tuvo lugar el 25 de octubre de 2002, al que no asistió la parte de don ZZ, por lo que se dio por fracasada la diligencia (fs. 93). El Árbitro hizo distintas gestiones de avenimiento privadas con las partes y/o sus apoderados, las que no prosperaron.

**7. Auto de prueba.** A fs. 103 se dictó auto de prueba el que no fue recurrido, fijándose como puntos de prueba: "1.- Cumplimiento que cada una de las partes dio al contrato de modificación de sociedad,

cesión de derechos y otros, celebrado con fecha 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1. 2.- Monto de los perjuicios sufridos por el demandante con ocasión de los hechos expuestos en la demanda”.

**8. Alegaciones del demandado.** En diversos escritos, principalmente el de fs. 132, el demandado expuso que el precio de la cesión de derechos no había sido pagado por la parte del señor XX y que habría operado un pacto comisorio calificado. Asimismo, alegó que durante la administración del señor XX, éste había procedido a cobrar un cheque de devolución de impuestos a la sociedad y lo depositó en su cuenta y que habría retirado importantes cantidades de dinero que no devolvió. A fs. 307 en el N° 2, el demandado acompaña informe de Dicom que da cuenta de dos protestos de letras de cambio aceptadas por don ZZ que corresponderían a créditos de la Sociedad TR1 y que no habrían sido pagadas por el señor XX.

**9. Pruebas rendidas.** Se ha rendido abundante prueba documental para probar los hechos invocados en la demanda consistentes en copias de escrituras públicas, exhibición de documentos en Santiago y la ciudad B vía exhorto; prueba de testigos; absolución de posiciones de don XX; etc., a lo cual se aludirá en la parte considerativa. A fs. 66 del cuaderno principal y 111 del cuaderno de medidas precautorias se resolvió tener a la vista y como medio de prueba, las actuaciones y diligencias que constan del expediente de mediación seguido ante don Rafael Gómez Balmaceda y el anterior Árbitro don Juan Colombo Campbell. A petición de la parte de don XX a fs. 195 se decretó un peritaje contable sobre los siguientes puntos: a) Monto de los pagos efectuados por la Sociedad TR1 a la I. Municipalidad de ciudad B; b) Monto de los dineros que ingresaron y salieron diariamente de la bóveda del Casino; c) Ingresos diarios de la sala de juegos de TR1; d) Ingresos diarios obtenidos en el Casino por concepto de tragamonedas; e) Ingresos diarios por concepto de ventas en moneda extranjera; f) Ingresos en materia de tragamonedas según los recuentos efectuados cada tres días; g) Ingresos del casino por concepto de bar, comida y licores; h) Ingresos y Egresos de la sociedad durante todo el período de la concesión. Además las utilidades obtenidas durante él. Todo lo anterior durante todo el período de la concesión, de acuerdo a arqueos diarios y registros contables. Se designó para desempeñar el peritaje a la firma CO. A fs. 273 se complementó la petición de informe en el sentido que debía abarcar los retiros efectuados durante la época de la pericia por los señores XX y ZZ. A solicitud de la parte de don ZZ, se decretó una pericia contable a la misma sociedad (fs. 283), que debía recaer sobre los siguientes puntos durante el período 24 de abril a 21 de junio de 2000: a) ingresos y gastos en dicho período; b) giros o retiros que efectuaron los señores XX y ZZ; c) análisis de las cuentas corrientes de la sociedad, especialmente de la del Banco BO1; d) utilidades que pudieron haberse producido en dicho período. Se designó para efectuarla a la misma firma CO (fs. 311). El representante de la sociedad informante aceptó el cargo a fs. 319 y a fs. 470. A fs. 476, la firma designada para efectuar el peritaje presenta un preinforme donde indica las dificultades para hacerlo y concluyendo: “En general, nuestra conclusión es que la Sociedad adolecía de un sistema de control interno administrativo–contable que permita asegurar la integridad de los ingresos y egresos registrados en su contabilidad y, si bien existirían algunas instancias de satisfacción alternativas (e.g. liquidaciones a la Municipalidad), ellas no mitigan absolutamente el riesgo que determinados movimientos no hayan quedado debidamente registrados en la contabilidad. Lo anterior resulta potencialmente aún más difícil, por las limitaciones que impone el transcurso del tiempo y por el hecho que la Sociedad actualmente ya no opera. En consecuencia, hemos visualizado que el trabajo que deberíamos efectuar sería largo y laborioso, potencialmente no exento de otras limitaciones y, en definitiva, anticipamos que el informe que podríamos emitir en ningún caso incluiría una opinión sobre la razonabilidad de los ingresos y egresos de los períodos involucrados, toda vez que en nuestra apreciación no existen elementos objetivos que sirvan de evidencia para satisfacernos fehacientemente de la integridad de los ingresos y gastos registrados en la contabilidad de Sociedad TR1. Consecuentemente, profesionalmente no sería serio continuar en un proceso largo y oneroso para las partes que muy probablemente no nos permitirá concluir sobre los temas encargados en términos que pudiesen ser de utilidad para las partes”. Puesto este informe en conocimiento de las partes (fs.478), ninguna de ellas formuló observaciones en el plazo dado para ello. A fs.514 se dejó sin efecto la diligencia.

**10. Prórroga del arbitraje.** A fs. 471 con fecha 10 de marzo de 2003 se decretó la prórroga del arbitraje por otros seis meses, lo que fue notificado a las partes por carta certificada dirigida por intermedio de la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación, según consta a fs. 495.

**11. Citación para sentencia.** A fs. 517 con fecha 10 de abril de 2003, se citó a las partes para oír sentencia.

Con lo relacionado y **CONSIDERANDO:**

**A) EN CUANTO A LAS TACHAS**

1. A fs. 251, la parte demandada tacha al testigo don C.G. presentado por la demandante, por la causal del Art. 358 N° 6 del C. de P.C. basado en la respuesta del testigo que reconoce ser asesor de proyectos inmobiliarios del señor XX. El Tribunal estima que procede acoger la tacha, ya que reconoce tener vínculos económicos con el demandante, lo que hace que aunque sea en forma indirecta, tenga interés en que el resultado del pleito favorezca a éste. Por consiguiente, no se tomará en consideración la declaración de este testigo.

2. A fs. 259 la parte demandada y el tercero tachan al testigo don L.M. por las causales de los N°s. 6 y 7 del Art. 358 del C. de P.C., en atención a que al exhibírsele un contrato de trabajo suscrito por él y por el señor XX, reconoce que efectivamente así fue y que no se llevó a la práctica porque fue desconocido por los nuevos administradores que reemplazaron a éste en la administración del casino. El Tribunal acoge la tacha porque a su juicio al haber firmado un contrato de trabajo que lo convertía en dependiente del demandante, aunque no se haya realizado por razones ajenas a ambos, el testigo carece de la imparcialidad necesaria dado el vínculo que lo une con el señor XX, que se deduce del contrato firmado de lo que se debe concluir que tiene interés al menos indirecto en el resultado de este pleito. Por consiguiente, no se tomará en consideración la declaración del testigo.

**B) EN CUANTO AL FONDO**

1. Que por escritura pública otorgada el 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1, (fs. 7 y siguientes) don ZZ, don XX, doña M.R. y don L.F. celebraron un contrato de Promesa de Modificación de Sociedad, Cesión de Derechos y otros, por el cual prometían modificar en la forma que se indicaba, la Sociedad TR1 constituida por escritura pública de 8 de julio de 1996, en la Notaría de don NT3 por las personas citadas, con excepción de don XX y con adición de don M.B. En dicha escritura (cláusulas 4ª, 5ª. y 6ª.) los comparecientes declaran que aun cuando así no se hubiere expresado en la de constitución, don XX siempre había sido dueño del 25% de los derechos en ella. En la cláusula 8ª. de dicha escritura, don ZZ promete vender, ceder y transferir a don XX quien promete comprar y adquirir para sí, la totalidad de los derechos de que es propietario en la Sociedad TR1, ascendentes a otro 25% en la suma de \$ 35.806.806 el que se pagaría en diez cuotas de 243,10 Unidades de Fomento cada una con vencimiento los días 30 de cada mes, venciendo la primera el 30 de mayo de 1999 y la última el 28 de febrero de 2000 (cláusula 11ª). Sin perjuicio de otras disposiciones y en lo que interesa, en la cláusula 18ª. don ZZ se obligó, en caso que no pudieren suscribirse los contratos prometidos, a delegar la totalidad de las facultades de administración de que se encontrara investido, a don XX.

2. Que son hechos comprobados de la causa, por haber concordado en ellos las partes demandante y demandada en la cláusula segunda de la escritura pública de Promesa citada en el considerando anterior, los siguientes:

- a. Que la concesión de TR1 fue otorgada a don ZZ, por escritura pública otorgada en la Notaría de don NT4 (letra d);
- b. Que por decreto alcaldicio de la I. Municipalidad de la ciudad B se renovó la concesión del Casino de Juegos por un nuevo período de cinco años contados desde el 9 de enero de 1998 (letra f);
- c. Que por decreto alcaldicio la I. Municipalidad de la ciudad B autorizó el traspaso del contrato de concesión a la Sociedad TR1 (letra f);

Que de lo anterior se deduce que las partes están de acuerdo en que la Sociedad TR1 tenía la concesión del Casino de Juegos de esa localidad, hasta el 9 de enero del año 2003.

3. Que en la cláusula 8ª. del Contrato de Promesa de Modificación de Sociedad, Cesión de Derechos y otros celebrado entre don ZZ y don XX, por escritura pública otorgada el 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1, (en adelante el contrato de promesa) el primero prometió vender, ceder y transferir al segundo, quien prometió comprar y adquirir para sí, todos los derechos que tenía en la Sociedad TR1 que ascendían al 25% de ellos, ya que se había reconocido que el otro 25% había pertenecido desde siempre a don XX, en el precio de \$ 35.806.806 pagadero en diez cuotas iguales de 243,10 UF cada una, con vencimiento los días 30 de cada mes a partir del 30 de mayo de 1999.

Que a fs. 76 del expediente seguido ante el mediador don Rafael Gómez Balmaceda, figuran las proposiciones de avenimiento formuladas por éste con fecha 6 de octubre del año 2000, la primera de las cuales (Nº 1) era que el cesionario señor XX continuara pagando al cedente en los mismos términos y plazos pactados por las partes en el contrato. A fs. 114 del mismo expediente, rola acta de comparendo celebrado ante el mediador citado, con la comparecencia de los apoderados de ambas partes de este juicio, en cuyo Nº 1 se establece "1.- Se acepta la proposición del mediador, signada con el Nº 1 del documento agregado a fs. 76, de fecha 6 de octubre del año pasado".

Que a fs. 291 se acompaña por el demandante fotocopia de una carta de fecha 30 de mayo de 2000 dirigida por la abogada doña AB7 al Notario don NT3, la que rola a fs. 294, por la cual le instruye para que entregue a don XX siete letras de cambio por 243,10 UF cada una con vencimiento desde el 30 de julio de 1999 al 30 de enero de 2000, a cambio de que éste entregue un vale vista por \$ 4.362.297 a nombre de doña AB7 y seis letras de cambio aceptadas por él, por los siguientes montos y vencimientos: 30 de junio de 2000, por 257,28 UF; 30 de julio de 2000, por 261,57 UF; 30 de agosto de 2000, por 263,71 UF; 30 de septiembre de 2000, por 265,86 UF; 30 de octubre de 2000, por 268 UF y 30 de noviembre de 2000, por 270,14 UF. Estas seis letras de cambio fueron acompañadas por la parte demandante a fs. 291 y se encuentran guardadas en su custodia por el Árbitro. Se acompañó también en la oportunidad fotocopia de vale vista por \$ 4.362.297 a favor de doña AB7 (fs. 297).

Fotocopia de esta misma carta fue acompañada por el demandado a fs.308, por lo que debe presumirse su veracidad.

A fs. 293 rola fotocopia de una carta de fecha 24 de mayo de 2000 dirigida a don XX por doña AB7 en que le comunica que es endosataria en cobro de siete letras de cambio por 243,10 UF cada una con vencimiento los días 30 de julio de 1999 hasta enero de 2000, lo que explica las instrucciones que esta misma persona le da al Notario señor NT3 en la carta de 30 de mayo de 2000 acompañada por ambas partes.

A fs. 291 se acompaña también por el demandante, tres letras de cambio por 243,10 UF cada una, con vencimientos los días 30 de mayo y 30 de junio de 1999 y 28 de febrero de 2000, todas a la orden de don ZZ y aceptadas por don XX.

De todo lo anterior es posible colegir que si bien no se cumplió con los plazos de pago primitivamente convenidos en el Contrato de Promesa, las partes habían renegociado su pago, el que el demandante efectuó pagando las letras de cambio que se han acompañado a los autos. Lo anterior, unido al acuerdo que las partes alcanzaron ante el mediador don Rafael Gómez Balmaceda, hace concluir que el precio pactado en el contrato de promesa por la cesión de los derechos de don ZZ a don XX fue totalmente pagado por éste. Por consiguiente, carece de asidero la alegación efectuada por el demandado a fs.132 en el sentido que se estaría frente a un pacto comisorio, ya que además de que de los términos del contrato no se desprende tal cosa, lo cierto es que el acreedor aceptó que el pago se le efectuara de otra manera. Vale la pena tener en consideración que por la coincidencia de apellidos de la encargada de la cobranza, doña AB7 con el apoderado del demandado don AB5, hijo del abogado patrocinante don AB4, pareciera ser también hija de éste, por lo que parece difícil que pueda desconocer esta re-programación.

Por lo expuesto, debe concluirse que se encuentra probado con documentos acompañados legalmente a los autos y no objetados, que el precio de la cesión de derechos hecha por don ZZ a don XX se encuentra pagado a la fecha.

**4.** Que la demandante ha sostenido que don ZZ no cumplió con la obligación contraída en la cláusula 18ª. del Contrato de Promesa en el sentido de que éste debía delegarle todas las facultades de administración de la sociedad, si por cualquier causa o circunstancia no podían celebrarse los contratos prometidos. Sobre el particular se han acompañado los siguientes documentos consistentes en copias de escrituras públicas que no han sido objetados:

- a.** De fecha 7 de febrero del año 2000 en la Notaría de don NT3, por la cual don ZZ en representación de la Sociedad TR1 delega sus facultades de administración en doña M.R. (fs.41 del cuaderno de medidas precautorias).
- b.** De 24 de abril del año 2000 en la Notaría de doña NT2 por la cual doña M.R. en representación de la Sociedad TR1, delega la administración de la sociedad a favor de don XX. (fs.48 del cuaderno de medidas precautorias).
- c.** De 21 de junio del año 2000 en la misma Notaría, por la cual doña M.R. en representación de la Sociedad TR1, revoca la delegación de facultades de administración que había hecho a favor de don XX, según la escritura citada en la letra precedente. (fs.56 del cuaderno de medidas precautorias).
- d.** De 22 de junio del año 2000 en la misma Notaría, por la cual doña M.R. delega sus facultades de administración a favor de don L.F. (fs. 58 del cuaderno de medidas precautorias).
- e.** De 5 de julio de 2002 en la misma Notaría, por la cual los comparecientes señores ZZ, M.R., L.F. y don R.F., modifican la Sociedad TR1 en los siguientes aspectos:
  - e.1** Se retira de la sociedad doña M.R., quien cede sus derechos a don R.F.;
  - e.2** Atendido que don ZZ no administra la sociedad, se designa nuevo administrador a don L.F. (fs. 61 cuaderno de medidas precautorias).

Que de los documentos públicos citados, se desprende que el demandado don ZZ no cumplió con su obligación de delegar las facultades de administración de la Sociedad TR1 a don XX.

**5.** Que en lo que respecta a las alegaciones de la parte demandada citadas en el N° 8 de la parte expositiva deben ser desechadas, salvo en la parte que se indica en la letra c) de este mismo considerando, en virtud de lo siguiente:

- a. Respecto de la existencia de un pacto comisorio calificado, porque el precio a que él se referiría se encuentra pagado con el consentimiento del acreedor, según se ha demostrado en el considerando 3.
- b. Respecto de que el demandante habría cobrado un cheque por devolución de impuestos que habría ingresado a su cuenta corriente y haber efectuado retiros importantes de dineros de la Sociedad, apropiándose los, no existen pruebas en autos que permitan demostrarlo.
- c. En lo que dice relación con documentos que se le habrían protestado al demandado por no haber el señor XX cubierto los mismos, cabe señalar que en la cláusula 21 letra b) y c) del contrato de promesa hay constancia de la obligación que pesaba sobre la Sociedad TR1 de hacerlo. A fs. 309 el demandado acompaña informe de Dicom en que figuran dos letras protestadas aceptadas por don ZZ a favor del Banco BO2, por \$ 5.573.810 y \$ 20.207.197, pero sus montos y fechas no permiten ligarlas fehacientemente con la cláusula 21ª. del contrato, aunque la segunda podría ser la mencionada en la letra b), punto 2 de dicha cláusula. En la diligencia de absolución de posiciones, de don XX (fs.286) en la pregunta N° 11 se interroga al demandante “para que diga cómo es efectivo y le consta que dejó de pagar durante su administración los referidos créditos siendo protestado un (nótese que a fs. 307 el demandado habla de dos) pagaré por el Banco BO2, protesto publicado en Dicom y en el Boletín de Informaciones Comerciales” contesta que “Debo repetir que cumplí con todas las obligaciones que contraí y respecto a este crédito como lo he dicho en respuestas anteriores no me consta lo afirmado en la pregunta”. Sobre este particular, si bien no existe una prueba totalmente convincente, los antecedentes permiten deducir que efectivamente hubo obligaciones suscritas por don ZZ para la Sociedad TR1, que no fueron cumplidas por ésta según lo convenido, sin que resulte admisible la respuesta dada en la absolución de posiciones por el demandante, en cuanto a que no le constaba el hecho tanto por su calidad de parte en el contrato de promesa, como por la administración que luego le tocó desempeñar. Aunque sería una obligación que correspondía cumplir a la Sociedad el demandante bien pudo hacerlo durante el breve lapso que duró su administración, por lo que esta alegación será tomada en consideración para los efectos de fijar el monto de las indemnizaciones decretadas en su favor, disminuyéndolas prudencialmente.

**6.** Que en la modificación de su demanda (fs.71), el demandante expresa que viene en cambiar los términos de la misma porque el cumplimiento de la obligación de delegar las facultades de administración por parte del demandado señor ZZ ha llegado a ser imposible, puesto que éste, en virtud de lo estipulado en la escritura pública de 5 de julio de 2002 en la Notaría de doña NT2, ha dejado de tener las facultades que debía delegar. (letra e) considerando 4). Solicita, entonces, cumplirla por equivalencia de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 1.553 N° 3 del Código Civil, mediante la indemnización de los perjuicios sufridos por el incumplimiento.

En atención a las pruebas acumuladas en autos y a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes, corresponde acoger esta petición, ya que es efectivo que el demandado no podrá delegar a favor del demandante las facultades de administración de la Sociedad TR1, ya que se ha despojado de ellas.

Cabe agregar además, para recalcar la imposibilidad de poder lograrse el objetivo perseguido por el demandante cual era la administración de la sociedad explotadora del Casino de Juegos de la ciudad B, que por escritura pública otorgada el 11 de septiembre del año 2002 en la Notaría de don NT3, la Sociedad TR1 cedió a la sociedad Inversiones TR2 la concesión del Casino a partir del 1º de octubre del año 2002 (fs. 97 del cuaderno de medidas precautorias).

Se puede agregar que por Decreto Alcaldicio de la I. Municipalidad de B de fecha 4 de marzo de 2002, que rola a fs. 466 se había adjudicado a la sociedad TR2, la concesión del Casino de Juegos de B a partir del 10 de enero del año 2003 (fs. 466 en relación al de fs. 427 del cuaderno principal).

Por consiguiente, con los documentos citados y acompañados legalmente a los autos, se da por probado el incumplimiento de la obligación de transferir las facultades de administración por parte de don ZZ a don XX y la imposibilidad de poder hacerlo en el futuro, por lo que procede dar lugar a la petición de cumplir la obligación por equivalencia, que es la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento. Cabe señalar, además, que de acuerdo con lo expuesto, la Sociedad TR1 dejó de ser la concesionaria del Casino de esa ciudad, privándosele de su principal activo.

7. Que en su escrito de modificación de la demanda de fs. 71 el demandante solicita se le paguen las siguientes sumas que serán analizadas separadamente en los considerandos que siguen: a) \$ 100.000.000 por concepto de daño emergente; b) \$ 414.000.000 por concepto de lucro cesante; c) \$ 212.000.000 o la suma que el Árbitro determine, por concepto de daño extrapatrimonial; d) intereses, y e) costas.

**8. Daño emergente.** Que de lo expuesto en los considerandos anteriores, está probado que el demandante don XX pagó por concepto de precio de los derechos sociales que se le había prometido vender, el equivalente en pesos moneda nacional a 2.431 Unidades de Fomento a don ZZ. Que por otro lado, ha quedado también establecido que la contraprestación de dicho precio no podrá cumplirse y si se pudiera, los derechos serían de una sociedad que está privada de su principal activo, cual es la explotación del Casino que hoy ostenta otra sociedad. Teniendo presente que no se ha probado algún otro daño emergente que debiera ser indemnizado, corresponde acoger la pretensión del demandante de ser indemnizado del daño emergente, hasta por la suma equivalente en moneda nacional a 2.431 Unidades de Fomento, más intereses desde la fecha del fallo.

**9. Lucro cesante.** Que por este capítulo, el demandante solicita la cantidad de \$ 414.000.000, suma a la que llega suponiendo que la Sociedad TR1 tenía unas utilidades de \$ 18.000.000 mensuales en las que le corresponde un 50%, por el período comprendido entre abril de 1999, fecha del contrato de promesa y el 9 de enero del año 2003, fecha de expiración de la concesión del casino.

Que en relación a este punto, se ha acompañado una infinidad de documentos y exhibido otros. Sin embargo, de ellos no se puede concluir con certeza las utilidades que habría obtenido la Sociedad, ya que si bien son numerosos, a juicio del Árbitro no se ha establecido con ellos una relación que permita deducir qué corresponde a utilidades ni cuáles son los gastos de la sociedad. Muchas de las pruebas son contradictorias. Así, mientras el testigo del demandante señor F.M. declara a fs. 249 que la utilidad mensual era entre 19 y 21 millones de pesos, el testigo de la misma parte, señor M.M., habla de utilidades de 35 millones anuales. Por su parte el informe del señor Interventor que rola a fs. 110 del cuaderno de medidas precautorias y que se pronuncia sobre las utilidades o pérdidas del casino durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2002, arroja en ese lapso una pérdida de \$ 2.707.134. Otro tanto sucede con los documentos exhibidos y copiados que se han acompañado a fs. 116 y los exhibidos por I. Municipalidad de B en audiencia de fecha 14 de noviembre de 2002 en el Juzgado de B, todos los cuales son datos parciales que no permiten concluir sobre el resultado final contable de la sociedad. Sobre este particular, habría sido importante contar con un informe pericial que estableciera esas utilidades. Sin embargo, el informe

acompañado por la firma CO que había sido designada para evacuarlo que rola a fs. 476, es categórico para concluir que “En general, nuestra conclusión es que la Sociedad adolecía de un sistema de control interno administrativo–contable que permita asegurar la integridad de los ingresos y egresos registrados en su contabilidad y, si bien existirían algunas instancias de satisfacción alternativa (e.g. liquidaciones a la Municipalidad), ellas no mitigan absolutamente el riesgo que determinados movimientos no hayan quedado debidamente registrados en la contabilidad. Lo anterior resulta potencialmente aún más difícil, por las limitaciones que impone el transcurso del tiempo y por el hecho que la Sociedad actualmente ya no opera”. Si una firma especializada de la categoría de la nombrada no logra establecer fehacientemente por falta de antecedentes fidedignos de la contabilidad de la Sociedad, las utilidades que ésta tendría, resulta imposible para el Árbitro establecerlas. Cabe señalar que la firma auditora tuvo en su poder los expedientes y documentos acompañados por alrededor de dos meses y requirió de las partes más antecedentes, después de todo lo cual arribó a la conclusión señalada. Por consiguiente, aun cuando podría presumirse que por este capítulo existe un perjuicio económico, no resulta posible establecer su cuantía por las razones señaladas. Por consiguiente, no se dará lugar a indemnización por este concepto.

**10. Daño extrapatrimonial.** Por este capítulo, el demandante solicita una indemnización de \$ 212.000.000 por el daño moral que supuso la revocación de su poder para representar a la sociedad, y el desprestigio inherente a ello. Sobre este particular, con los hechos establecidos, consistentes en el incumplimiento del demandado de la obligación de delegar y los diversos actos posteriores que han quedado reseñados en el considerando 6, en virtud de los cuales se le impidió pertenecer a la sociedad y se privó a ésta de la concesión del casino lo que constituía su objetivo, a juicio del Árbitro se ha producido al demandante un perjuicio extrapatrimonial cuyo monto, de acuerdo con las reglas de equidad y la prudencia, se estiman en la suma de \$ 50.000.000 que se condena a pagar al demandado, para fijar la cual se ha tomado en consideración lo expuesto en el considerando 5.

**11. Costas.** Que en lo que dice relación con las costas procesales, ellas que consisten fundamentalmente en labores y elementos de secretaría, y por tanto difíciles de precisar, se las estima en la suma de \$ 200.000 que ya fueron pagados por la parte demandante. Que en cuanto a las costas personales, considerando la cuantía de la causa fijada a fs. 93, que equivalen aproximadamente a 44.000 UF y las tarifas de arbitraje fijadas por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, se fijan en la suma de 1.050 Unidades de Fomento como honorarios del Árbitro; 105 Unidades de Fomento como honorarios de la actuaria y 105 Unidades de Fomento por concepto de tasa de la Cámara de Comercio de Santiago. De esta suma, 900 UF por concepto de honorarios del Árbitro; 90 UF como honorarios de la actuaria y 90 UF como tasa de la Cámara de Comercio de Santiago, deberán ser pagadas por mitades entre demandante y demandado por su equivalente en moneda nacional dentro de los tres días siguientes a la fecha de notificación del fallo. A lo que corresponde pagar al demandante, debe imputarse la suma pagada por éste en agosto de 2002, más reajustes desde la fecha del pago, (\$ 1.000.000 por concepto de honorarios del Árbitro más \$ 100.000 por honorarios de la actuaria y \$ 100.000 por concepto de tasa de la Cámara); en octubre de 2002 (\$ 2.000.000 por concepto de honorarios del Árbitro; \$ 200.000 por concepto de honorarios de la actuaria y \$ 200.000 por concepto de tasa de la Cámara de Comercio de Santiago); y en abril de 2003 (\$ 3.000.000 por concepto de honorarios del Árbitro; \$ 300.000 por concepto de honorarios de la actuaria y \$ 300.000 por concepto de tasa de la Cámara de Comercio de Santiago), más lo pagado por concepto de tasa de la Cámara al solicitarse el arbitraje. El tercero, Sociedad TR1, deberá pagar, además del honorario fijado para demandante y demandado, 150 UF por concepto de honorarios del Árbitro; 15 UF de la actuaria y 15 UF como tasa del CAM. Las costas que corresponden al demandado y al tercero, deberán ser pagadas en forma íntegra por no haber hecho abonos a los honorarios provisorios fijados.

En atención a los considerandos y parte expositiva precedentes, y a lo dispuesto por los Arts 1.489 y 1.553 del Código Civil y demás disposiciones legales citadas en este fallo y a los principios de prudencia y

equidad a que debe atenderse un Árbitro Arbitrador para restablecer la justicia entre las partes, entendidos como el de otorgar a cada uno lo que según su criterio le corresponda,

**SE RESUELVE:**

- 1º. Que se acogen las tachas interpuestas en contra de los testigos C.A. y L.M.
- 2º. Que ha lugar en parte a la demanda interpuesta por don XX en contra de don ZZ, por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato de Promesa de Modificación de Sociedad, Cesión de Derechos y otros otorgado por escritura pública de 14 de abril de 1999 en la Notaría de don NT1 en cuanto se condena a éste a pagar al primero, las siguientes sumas como indemnización de los perjuicios causados por dicho incumplimiento:
  - a. El equivalente en moneda nacional a 2.431 UF, más intereses para operaciones reajustables, desde la fecha del fallo hasta la del pago, a título de daño emergente.
  - b. La suma de \$ 50.000.000 más reajustes e intereses corrientes para operaciones reajustables desde la fecha del fallo, a título de daño extrapatrimonial.
- 3º. Que se rechaza la demanda en cuanto a lo solicitado a título de lucro cesante.
- 4º. Que se rechazan las alegaciones del demandado, salvo en lo que respecta a ser tomadas en consideración para los efectos de fijar la indemnización extrapatrimonial.
- 5º. Que cada parte deberá pagar las costas señaladas en el considerando 11, dentro de tercero día de la fecha de notificación del fallo.

Pónese término a la intervención decretada a fs.10 del cuaderno de medidas precautorias en la Sociedad TR1 y a la función del interventor don IN.

Notifíquese a las partes por intermedio de la señora actuario y envíense para su archivo al señor Secretario del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, los expedientes del presente juicio; los documentos guardados en custodia; los cuadernos de documentos y los expedientes tenidos a la vista de la mediación y arbitraje seguidos ante el mediador don Rafael Gómez Balmaceda y el Árbitro don Juan Colombo Campbell.

Dictada por el Árbitro Arbitrador don Eustaquio Martínez Martínez.

Nota: Esta sentencia fue objeto de recurso de queja interpuesto para ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.  
El Tribunal de Alzada confirmó la sentencia arbitral.