

Javier Carvallo Pardo

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 26 de junio de 2007

ROL 649

MATERIAS: Contrato de venta de pasajes internacionales – aplicación de la Ley 19.971 – facultades del Árbitro Arbitrador y la obligación de aplicar la ley chilena – cláusula limitativa de responsabilidad – cláusula irrisoria – fuerza mayor – culpa – diligencia y cuidados ordinariamente empleados en negocios propios – pacta sunt servanda – buena fe contractual – culpa in contrahendo – cálculo de daño emergente y de lucro cesante.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad extranjera XX deduce demanda contra la sociedad ZZ por el incumplimiento contractual de dos Contratos de Venta de Pasajes Internacionales, en virtud de los cuales ZZ tenía que poner a disposición de XX una determinada embarcación marítima para que pudiera organizar y comercializar cruceros en el sur de Chile. Alega que dicha nave no había sido construida al momento de celebrar el contrato y la imposibilidad de contar con ella le fue comunicada por ZZ a menos de tres meses del primer viaje previsto. Solicita al Tribunal Arbitral que condene a la demandada al pago de una indemnización de daño emergente y lucro cesante.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223.

Código de Procedimiento Civil: Artículo 636.

Código Civil: Artículos 44, 45, 1.545, 1.546, 1.547 inciso 3.

Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional: Artículos 3, 28.

DOCTRINA:

Antes de entrar a considerar el fondo del asunto, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre la aparente contradicción que existiría entre las cláusulas 9.1 y 9.2 de los contratos que son materia de esta controversia. Ambas disposiciones parecen contradictorias, pues luego de indicarse –en la cláusula 9.1– que la ejecución y cumplimiento de los contratos se debe hacer conforme a las leyes vigentes en la República de Chile, se otorga, en la cláusula siguiente, al Tribunal Arbitral llamado a resolver cualquier disputa, la calidad de Árbitro Arbitrador o Amigable Componedor.

La manera correcta de integrar las dos disposiciones en comento, sin contravenir la voluntad de las partes, pasa por señalar que si bien las facultades de este Árbitro para fallar en equidad son indisputables, su decisión tendrá que basarse en los principios que informan el ordenamiento jurídico chileno y los límites de su función jurisdiccional estarán dados por el debido respeto a las normas de orden público substantivas chilenas. Por las consideraciones anteriores, esta sentencia será dictada imponiendo la solución que este Árbitro considere más justa y prudente, sobre la base de los principios que informan el ordenamiento jurídico chileno y con la debida sujeción a sus normas substantivas de orden público (Considerandos N° 1, 5 y 6).

Sin embargo, debemos preguntarnos si el referido “*Pacta Sunt Servanda*” constituye un dogma absoluto, que no admite excepciones ni tiene contrapesos en nuestra legislación y, a este respecto, surge el Principio de la Buena Fe Contractual, que –como dice el mismo Profesor López Santa María– “...representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los Tribunales son llamados a ponderar...”.

La consagración legal de este principio se encuentra en el Artículo 1.546 del Código Civil chileno que dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por consiguiente, “obligan no sólo a lo que en ellos se expresa”.

El principio de la Buena Fe impone a los contratantes el deber de comportarse correctamente en sus relaciones mutuas, distinguiéndose, en doctrina, cuatro momentos en los que debe estar presente: (A) Durante los tratos preliminares del contrato; (B) Al momento de su celebración; (C) Durante su ejecución o cumplimiento; y, (D) Al término del mismo (Considerando N° 19).

La falta de otras evidencias y el tenor del anterior testimonio, conducen a este sentenciador a adquirir la convicción de que la demandada faltó al deber de información sobre los riesgos asociados a la construcción de la nave, sobre los cuales tenía plena conciencia. A este respecto, aclaremos que no estamos sugiriendo que haya habido de parte de ZZ una intención dolosa, aunque sí una conducta negligente; se configura, entonces, lo que en doctrina se denomina “*culpa in contrahendo*” (Considerando N° 22).

Todo lo anterior conduce a este sentenciador a considerar que, durante la fase de ejecución del contrato, ZZ actuó con temeridad, conducta que, en palabras simples, consiste en representarse un resultado dañoso y descartarlo en forma temeraria, lo que también constituye una infracción al deber de comportarse correcta y lealmente que se impone por aplicación del principio de la buena fe contractual (Considerando N° 26).

Como conclusión de este análisis sobre el fondo del litigio, este Árbitro considera que la demandada no sólo incumplió su obligación principal de proveer la nave para efectuar los viajes objeto de los contratos que nos ocupan, sino que además infringió el principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los mismos, produciendo un desequilibrio en la relación contractual que debe ser restablecido mediante el presente fallo.

Por consiguiente, y basado en razones de justicia y equidad, se declara que ZZ no tiene derecho a utilizar la disposición contenida en el Artículo VI de los contratos materia de esta controversia para limitar su responsabilidad, debiendo responder por la totalidad de los perjuicios que se consideren acreditados en el presente proceso arbitral (Considerando N° 28).

DECISIÓN: Se acoge parcialmente la demanda y se fija el monto a ser pagado por concepto de indemnización. Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades por estimarse que ambas tenían motivos plausibles para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 26 de junio de 2007.

PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:

I. ORIGEN Y PARTES DE LA CONTROVERSIA

I.1. La controversia materia de este arbitraje, tiene origen en dos “Contratos de Venta de Pasajes Internacionales”, celebrados en Santiago de Chile el 24 de septiembre y el 5 de noviembre de 2004, entre XX, sociedad de responsabilidad limitada constituida bajo las leyes de Francia, domiciliada en DML, París, Francia y representada legalmente por el señor G.G.; y la sociedad de transportes marítimos

ZZ, sociedad anónima chilena, con domicilio en DML, Las Condes, Santiago de Chile y representada legalmente en los contratos antes mencionados por los señores M.V. y J.V.

I.2. El propósito de dichos contratos fue la compra por parte de XX de los 129 pasajes ofrecidos por ZZ para cada uno de los viajes redondos “PA-U-PA”, que tenía previsto efectuar la motonave VA de su propiedad, a partir de los días 23 y 30 de noviembre de 2005.

I.3. Por razones que se analizarán más adelante, los viajes antes mencionados no llegaron a realizarse, lo que dio origen a la controversia que es materia del presente arbitraje.

II. CLÁUSULA COMPROMISORIA, LEY SUBSTANTIVA APLICABLE Y CARÁCTER INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE

II.1. Los dos contratos anteriormente mencionados disponían que cualquier conflicto, duda o dificultad suscitada entre las partes con motivo de su interpretación, aplicación, ejecución cumplimiento, resolución o validez, debía resolverse conforme a las leyes vigentes en la República de Chile, por un Árbitro Arbitrador designado conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., entidad a la que se confirió mandato para su nominación.

II.2. Por otra parte, y conforme a lo dispuesto en el Artículo 3, letra a) de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, por tratarse de dos partes que al momento de celebrarse los contratos tenían sus respectivos establecimientos en Estados diferentes, el arbitraje convenido debe regirse por las disposiciones de dicho cuerpo normativo.

III. INICIO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES, DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

III.1. Las actuaciones arbitrales se inician mediante una carta fechada en París, Francia, el 24 de enero de 2006, a través de la cual el representante legal de XX, señor G.G., solicita al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (en adelante también CAM Santiago) la designación de un Árbitro Arbitrador para resolver una controversia surgida en torno al “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales”, que esta última empresa había celebrado con ZZ, el 5 de noviembre de 2004.

III.2. El CAM Santiago acogió a tramitación dicha solicitud, otorgándole a la causa el Rol N° 601-2006.

III.3. Posteriormente, en reunión celebrada el 25 de enero de 2006, el Consejo Directivo de la mencionada entidad resolvió designar al suscrito como Árbitro Arbitrador de este conflicto, lo que fue puesto en conocimiento de los involucrados.

III.4. Como ninguna de las partes se opuso a dicha designación dentro del plazo previsto para ello en el Reglamento del CAM Santiago, el nombramiento quedó a firme, lo que fue notificado a quien suscribe por el Notario Público de Santiago señor NT1, Suplente del Titular don NT2. En ese mismo acto, el suscrito juró desempeñar fielmente el cargo, quedando de esta forma constituido el Tribunal Arbitral.

IV. FIJACIÓN DE LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO, LUGAR E IDIOMA DEL ARBITRAJE

IV.1. La primera resolución dictada por este Árbitro el 21 de febrero de 2006, tuvo por objeto citar a las partes a una audiencia para la fijación de las reglas de procedimiento, el lugar y el idioma del arbitraje.

IV.2. La mencionada audiencia se llevó a cabo el 6 de marzo de 2006, asistiendo, en representación de XX, el abogado señor AB1 y, en representación de ZZ, los abogados señores AB2 y AB3, además del Árbitro que suscribe.

IV.3. Aparte de ratificar las facultades conferidas al Árbitro para decidir la controversia “*ex aequo et bono*”, o como amigable componedor, en única instancia, las partes dejaron constancia del carácter internacional del arbitraje y fijaron las reglas procesales del mismo.

IV.4. Como sede del Tribunal Arbitral se fijó la suite en DML, Miami, Florida, Estados Unidos de Norteamérica, pero se autorizó a las partes a hacer presentaciones y presentar escritos en las oficinas del Árbitro ubicadas en DML, en Santiago de Chile. Sin perjuicio de lo anterior, el Árbitro quedó además facultado para decretar y llevar a cabo diligencias y actuaciones en cualquier otro lugar y para dictar resoluciones desde su domicilio.

IV.5. Como idioma del Arbitraje se estableció el español, pero las partes quedaron facultadas para presentar documentos en inglés sin necesidad de traducción. Asimismo, se dispuso que los testigos que escogieren declarar en un idioma distinto del español lo debían hacer mediante traductor.

IV.6. Los acuerdos y resoluciones surgidos de esta audiencia quedaron consignados en un acta que rola a fs. 23 y siguientes del expediente de este Juicio Arbitral.

V. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PARCIAL Y ALLANAMIENTO DE LA DEMANDANTE

V.1. La demanda de XX se presentó el 5 de abril de 2006, poniéndose a continuación en conocimiento de ZZ para su contestación.

V.2. Sin embargo, los demandados no contestaron derechamente la demanda, optando a cambio por oponer –como cuestión de previo y especial pronunciamiento– la excepción de incompetencia parcial de este Tribunal para conocer y resolver sobre ella. Como fundamento de su posición, señalaron que la demanda de XX hacía referencia y comprendía entre sus pretensiones un segundo “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales”, celebrado el 24 de septiembre de 2004, el cual –según se indicó– no tenía ninguna relación con aquel que había dado origen al presente Arbitraje.

V.3. Aceptando este Árbitro que dicho incidente recaía sobre una cuestión de previo y especial pronunciamiento, se declaró suspendido el procedimiento a contar del 5 de mayo del 2006, confiriéndose traslado a la demandante para que contestara la excepción de incompetencia parcial.

V.4. A través de un escrito que rola a fs. 304 y siguientes del expediente arbitral, la demandante se allanó a la excepción interpuesta, aceptando que la jurisdicción de este Tribunal Arbitral se limitaba a conocer y fallar exclusivamente las cuestiones derivadas del “Contrato de Venta de Pasajes” celebrado por las partes el 5 de noviembre de 2004.

V.5. Atendido lo anterior, este Árbitro acogió la excepción de incompetencia parcial a que se ha hecho referencia, declarando que el Juicio Arbitral se refería sólo a la controversia surgida entre las partes en relación con el “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales” de fecha 5 de noviembre de 2004, que es el que sirvió de base para la constitución de este arbitraje.

VI. NUEVA SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ACUMULACIÓN DE LOS PROCESOS ARBITRALES N° 601-2006 Y N° 649-2006

VI.1. El proceso arbitral original continuó adelante según lo previsto en las Reglas de Procedimiento. No obstante, el 26 de junio de 2006, ingresa al CAM Santiago una nueva solicitud de arbitraje de XX; esta vez referida a la controversia que esta última empresa dijo tener con ZZ en torno al “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales” de fecha 24 de septiembre de 2004.

VI.2. El CAM Santiago acogió a tramitación esta nueva solicitud de arbitraje, otorgándole a la causa el Rol N° 649-2006.

VI.3. Ahora bien, por tratarse de una nueva controversia entre las mismas partes, el Consejo Directivo del CAM Santiago resolvió designar nuevamente al suscrito como Árbitro de esta segunda causa, lo que se notificó mediante Notario Público el 10 de agosto de 2006. En esa misma oportunidad, se aceptó el cargo y se efectuó el juramento de desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

VI.4. La constatación de que esta nueva controversia entre las partes se refería a la misma materia, condujo a este Árbitro a decretar la acumulación de los procesos N° 601-2006 y 649-2006, lo que se materializó a través de una resolución de fecha 1° de septiembre de 2006. En esa misma ocasión se citó a las partes a comparecer, para acordar la forma en que este trámite debía materializarse.

VI.5. La audiencia antes mencionada tuvo lugar en la sede del CAM Santiago el 28 de septiembre de 2006, y en ella ambas partes aceptaron expresamente la decisión del Árbitro de acumular ambos procesos, acordando, asimismo, extender a 12 meses el plazo del arbitraje a que se refería el numeral 7.17 de las Reglas de Procedimiento del expediente arbitral original.

VI.6. En esa misma audiencia se convino que la acumulación se materializaría una vez que las partes hubiesen evacuado sus observaciones al Auto de Prueba, permitiendo así que ambos procesos continuaran en adelante acumulados a partir de la dictación del Auto de Prueba definitivo.

VI.7. Como consecuencia de dicha acumulación, esta sentencia comprende ambos procesos arbitrales y, por consiguiente, todas las exposiciones, considerandos y el fallo que a continuación se contienen, deberán entenderse referidos a los dos procesos arbitrales a los que se ha hecho referencia.

VII. LA DEMANDA DE XX

VII.1. La pretensión de XX es que ZZ sea condenada al pago de una indemnización que estimó preliminarmente en la suma de 665.900,46 euros, más otros daños cuyo origen y cuantía no precisa, a cuyo respecto formula una expresa reserva de derechos. Además, solicita el reembolso de los costos en los que deba incurrir en el presente arbitraje.

VII.2. En sus libelos de fs. 49 y siguientes y 583 y siguientes de autos, la demandante expone que fue creada en septiembre de 1989, con el propósito de organizar cruceros a la Antártica. Agrega que, desde entonces, ha realizado más de un centenar de viajes y ha expandido su actividad a la organización de cruceros por los ríos Danubio, Rhin, Mississippi y Amazonas, a países como Vietnam y a destinos tan lejanos como la Patagonia o el Polo Norte.

VII.3. A continuación la misma parte se encarga de precisar que su clientela es muy exclusiva y que el precio de los cruceros que organiza va desde los 5.000 hasta los 25.900 euros por persona.

VII.4. Señala que, en relación con el caso que nos ocupa, había vendido la totalidad del primer viaje al operador turístico TR1, empresa que –según la demandante– tendría gran renombre internacional y sería cliente frecuente de XX.

VII.5. En lo que respecta a ZZ, la demandante indica que su relación comercial se inicia el año 2003, a raíz de haber organizado ambas empresas un viaje para 34 pasajeros que se embarcaron a bordo de la motonave MA, al cual siguieron dos años de relaciones que califica como cordiales y satisfactorias.

VII.6. La demandante agrega que XX y ZZ decidieron organizar dos nuevos viajes, a realizarse en la motonave VA. Para ello, acordaron que XX compraría los 129 pasajes correspondientes a la capacidad máxima de la referida embarcación, lo cual se materializó en los dos “Contratos de Venta de Pasajes Internacionales” –motonave VA– de fechas 24 de septiembre y 5 de noviembre de 2004, que son materia de este Juicio Arbitral.

VII.7. XX hace presente que –en su concepto– existen al menos dos elementos esenciales en dichos contratos, sin los cuales no hubiera contratado los servicios de ZZ: Una nave de características apropiadas para los servicios que ofrecía y un determinado itinerario de viaje.

VII.8. La demandante continúa relatando que con fecha 24 de agosto de 2005, es decir, un año después de celebrarse los contratos, y a menos de tres meses del primer viaje contratado, ZZ le comunicó que la motonave VA aún estaba siendo construida y que no estaría a tiempo para realizar los viajes contratados. Enfatiza que ésta fue la primera oportunidad en que fue informada de dicho inconveniente.

VII.9. XX señala que, a raíz de lo anterior, ZZ le habría ofrecido las siguientes soluciones: (a) Llevar a cabo los cruceros en la motonave S, lo que desestimó porque el viaje contemplaba una ruta distinta a la contratada originalmente; (b) Utilizar, alternativamente, los barcos AD y A, lo que fue igualmente rechazado, pues estas embarcaciones no cumplían con los requisitos mínimos para prestar los servicios requeridos por los clientes, no contaban con la capacidad requerida y tenían, además, el impedimento de desembarcar a los pasajeros en los glaciares, que era una de las principales atracciones del crucero; (c) Por último, se habrían ofrecido descuentos en otros viajes, a modo de compensación, lo que tampoco fue aceptado, pues tales descuentos –según XX– no representaban más que una mínima parte de sus perjuicios y la obligaban a seguir contratando con ZZ en el futuro.

VII.10. Sobre la base de lo expuesto anteriormente, la demandante solicita ser indemnizada por los perjuicios que le irrogó el alegado incumplimiento contractual de ZZ, fundada en el hecho de dar una nave como existente y haber celebrado contratos sobre ella, sin representar jamás la posibilidad de que la nave no existiera. La existencia de una nave capaz de llevar a cabo los cruceros contratados es considerada por la demandante como un elemento básico de los contratos, sin los cuales –en su concepto– éstos carecerían de objeto.

VII.11. Lo anterior conduce a XX a concluir que ZZ no podría invocar en su favor la cláusula limitativa de responsabilidad contenida en el Artículo VI de los contratos, pues aduce que si hubiese sabido que existía el riesgo que la nave contratada podría no estar disponible para efectuar los viajes, no habría celebrado los contratos o lo habría hecho en términos radicalmente diferentes. Agrega que la aplicación de la cláusula en comento significaría que la demandada estaría facultada para escoger entre cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma y simplemente no hacerlo, pagando la suma irrisoria de US\$ 17.850 por cada viaje, lo que considera abusivo, injusto e inequitativo.

Hace presente a este Tribunal Arbitral que “...la jurisprudencia francesa ha anulado las cláusulas irrisorias por considerarlas bien como una cláusula de exoneración de la responsabilidad encubierta,

bien por no haber dado la opción al acreedor entre una cláusula con una tasa de indemnización irrisoria acompañada de una contrapartida como una reducción de precio, y una cláusula con una tasa de indemnización razonable”.

VII.12. Por otra parte, XX considera que la cláusula limitativa de responsabilidad sería, en este caso, contraria al deber de actuar de buena fe, aludiendo a los Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT, que –según argumenta– “...señalan que el abuso del derecho es un caso típico de violación del deber de actuar de buena fe”.

VII.13. Finalmente, la demandante termina su argumentación señalando que “...la cláusula en cuestión limita la responsabilidad en caso que el transportador no cumpla con sus obligaciones tras la suscripción del contrato, pero no puede cubrir una declaración falsa realizada por el transportador al momento mismo de suscribir los contratos y referida a la existencia de uno de sus presupuestos básicos”.

VII.14. Subsidiariamente, y para el caso de considerarse que la inexistencia de la nave prometida constituye un tipo de incumplimiento que queda cubierto por la cláusula limitativa de responsabilidad, XX estima que la referida cláusula no podría ser invocada por existir dolo o culpa grave de la demandada. Fundamenta lo anterior indicando que ZZ habría incurrido en culpa grave “subjetiva”, al comunicar tardíamente el retardo en la construcción de la nave sin ofrecer alternativas reales de solución, sabiendo o debiendo saber la existencia de dicho retraso, y en culpa grave “objetiva”, al incumplir un elemento substancial del contrato.

VII.15. La demandante cita, a este respecto, un párrafo del Tomo I del libro Las Obligaciones del jurista chileno René Abeliuk, donde se señala lo siguiente: “...se concluye, tanto en materia contractual como extracontractual, que las convenciones de irresponsabilidad no cubren las indemnizaciones que se deban por actos dolosos o de culpa grave. Si de hecho se pactan, adolecen de nulidad absoluta”.

VII.16. Como segunda alegación subsidiaria, XX objeta la validez de la cláusula modificatoria de la responsabilidad por considerar que rompe el equilibrio de los contratos dejándola en la más absoluta indefensión, sin recibir a cambio ninguna prestación o beneficio.

VII.17. Finalmente, la demandante alega que estas cláusulas modificatorias de la responsabilidad fueron establecidas por ZZ y deben, por lo mismo, ser interpretadas estrictamente en su contra, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 1.565 del Código Civil chileno.

VII.18. En lo que se refiere a los perjuicios, los 665.900,46 euros que se demandan, se describen y desglosan por XX como sigue: (A) El margen que habría dejado de ganar por la venta a TR1 de 113 pasajes en el primer crucero, que se estima en la suma de 120.790 euros; (B) El margen que habría dejado de ganar por la venta de 69 pasajes a “Clientes Directos” en el segundo crucero, que se estima en la suma de 178.320 euros; (C) Los siguientes gastos incurridos en la promoción y realización de los cruceros contratados, que según la demandante habrían resultado inútiles producto de su anulación: (i) Publicidad en los números de marzo/abril y mayo/junio de la Revista “C”: 2.520 euros; (ii) Compra de un “*mailing list*” y despacho de los folletos a los clientes: 20.144,16 euros; (iii) Proporción del costo de preparación del folleto de publicidad de 11 cruceros: 1.672,30 euros; (iv) Depósitos no reembolsables de los pasajes adquiridos a TR2: 69.840 euros; y, (v) Compra no reembolsable de pasajes adquiridos a TR2 en clase ejecutiva: 8.059 euros; (D) El daño a su reputación, que la demandante estima en 100.000 euros; y, finalmente, (E) La compensación que XX tendría que efectuarle a TR1 por la anulación del crucero, calculada en 164.555 euros.

VII.19. Aparte de lo anterior, la demandante alega haber sufrido otros daños como consecuencia de la cancelación de los viajes, entre los que se encontrarían la disminución del flujo de caja de los recursos

de XX, lo que le habría impedido realizar inversiones que tenía previstas, además de otros perjuicios financieros que califica como importantes.

VII.20. Finalmente, como ya se señaló, la demandante solicitó la condena de la demandada al pago de las costas del arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos del Árbitro, los de los testigos y peritos y los de su representación legal.

VIII. LA CONTESTACIÓN DE ZZ

VIII.1. La sociedad de transportes marítimos ZZ solicita que la demanda de XX sea rechazada en toda sus partes, en base a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en sus contestaciones que rolan a fs. 332 y siguientes y 605 y siguientes de estos autos arbitrales. Pide, además, que se condene a esta última empresa al pago de las costas del proceso.

VIII.2. Como cuestión previa, ZZ considera necesario calificar el relato de hechos efectuado por la demandante como "...manifiestamente incompleto, apartado de la realidad y contradictorio...", formulando, a este respecto, las siguientes precisiones: (A) Considera falso que XX no hubiese tenido conocimiento que la nave VA se encontrara en construcción al tiempo de la celebración del contrato, lo que justifica haciendo referencia a diversos folletos publicitarios difundidos por la demandante, uno de los cuales contendría el siguiente párrafo textual: "Para un viaje como éste, hemos escogido un muy hermoso barco, el muy nuevo M/V VA ...esta nave es fabulosa y ustedes serán los primeros que dormirán a bordo, ya que viene saliendo de los astilleros de la ciudad de V"; (B) Estima necesario aclarar que la circunstancia de que en los contratos que nos ocupan se haya declarado en explotación a la nave VA tendría origen en un error simple, derivado del uso como modelo de un contrato anterior celebrado entre las mismas partes para un viaje de la nave MA; y, (C) Señala como especialmente significativo el hecho que XX haya utilizado una fotografía de la nave MA –con su nombre borrado– en los folletos con los cuales se publicitaron los cruceros a realizar en la nave VA, lo cual la lleva a concluir que la demandante no ignoraba que la nave objeto de los contratos se encontraba en construcción.

VIII.3. En otro orden de materias, la demandada hace presente que el contrato celebrado el 5 de noviembre del año 2004, había tenido –a instancias de XX– las siguientes modificaciones: (A) Un cambio de itinerario, consistente en la sustitución del viaje redondo "PA-U-PA" por otro en un solo sentido "U-PA"; y, (B) Una disminución a la mitad de la capacidad contratada de 64 a 32 cabinas, lo que significó que el precio del pasaje se redujera en igual proporción, quedando en US\$ 89.250.

VIII.4. A continuación ZZ considera contradictorio que en su demanda XX la califique como una empresa gravemente negligente, para luego proceder a celebrar con ella cuatro nuevos contratos de venta de pasajes idénticos a aquellos que nos ocupan, para viajes que se iniciaron durante los meses de marzo, abril, noviembre y diciembre del año 2006.

VIII.5. Para la demandada, lo que explica lo ocurrido tiene origen en lo acontecido con el "Contrato de Compraventa de Nave en Construcción-M/N VA", celebrado con la empresa astilleros TR3, el 9 de marzo de 2004. Según su versión, en dicho instrumento se contemplaba la entrega de la nave totalmente terminada y a flote en un plazo que vencía el 30 de septiembre del año 2005. Para ZZ, esta fecha de entrega le daba suficiente holgura para tener la nave lista para cumplir con los viajes contratados y para amortiguar los efectos de cualquier posible retraso. Agrega que, no obstante lo anterior y pese a todas las medidas que oportuna y diligentemente adoptó, dicho plazo fue insuficiente y la nave en cuestión fue finalmente entregada por el astillero el 7 de diciembre de 2005.

VIII.6. Según la demandada, sus ejecutivos y representantes estuvieron permanentemente inspeccionando la construcción del barco en cuestión y haciéndole ver oportunamente al astillero cualquier retraso que

presentaran los trabajos. Agrega que la respuesta de TR3 habría sido –invariablemente– que los atrasos que presentaban ciertos ítems serían oportunamente recuperados, dándose cumplimiento al plazo contractual de entrega de la nave, ya que el método de trabajo así lo permitiría.

VIII.7. ZZ continúa relatando que, además de las gestiones anteriores, con fecha 20 de junio del 2005 el Presidente de la Compañía, señor P.L., le habría dirigido al Gerente de TR3, señor C.B., una comunicación formal, para manifestarle su preocupación por los atrasos que presentaban las obras de construcción y para hacerle presente que la nave se encontraba comprometida para realizar dos cruceros en noviembre de 2005. A esta carta siguió una reunión verificada el 27 de julio de 2005 en las oficinas del astillero en la ciudad de V, donde por primera vez TR3 habría reconocido el atraso de los trabajos, solicitando una postergación del plazo hasta el 30 de octubre del 2005, lo que fue aceptado por ZZ.

VIII.8. No obstante lo anterior, en una nueva reunión celebrada el 18 de agosto de 2005, en la que estuvieron presentes los Presidentes de TR3, señor E.K., y de ZZ, señor P.L., se señaló la imposibilidad que tendría el astillero para cumplir con el nuevo plazo, estableciéndose como fecha definitiva de entrega el día 5 de diciembre de 2005.

VIII.9. Esto último habría motivado la decisión de ZZ de notificar a la demandante respecto a la imposibilidad de realizar los viajes comprometidos, lo que, según la demandada, comenzó a materializarse a partir del 24 de agosto de 2005, primeramente a través de un llamado telefónico efectuado por el señor F.G. al representante legal de XX y posteriormente a través de un facsímil, que se habría transmitido a las 20:24 horas del 26 de agosto de 2005.

VIII.10. La demandada hace presente que, a raíz de lo ocurrido, sus ejecutivos señores M.V. y F.G. visitaron el 21 de septiembre de 2005 las oficinas de XX en París, Francia, para intentar buscar alternativas de solución que pudieran ser mutuamente aceptables.

Dichas opciones incluían la utilización de cualquiera de las dos naves disponibles en la zona: AD y S, además de compensaciones voluntarias y descuentos en viajes futuros que –según la demandada– sumaban US\$ 168.074, todo lo cual habría sido rechazado por XX.

VIII.11. Para concluir su exposición sobre los hechos, ZZ hace ver que el incumplimiento de TR3 dio origen a la aplicación de las multas establecidas en el “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción” celebrado con el astillero, que se habían pactado en la suma de US\$ 4.000 por cada día de retraso durante los primeros quince días y en la cantidad de US\$ 8.000 a contar del día decimosexto. En definitiva, la demandada aclara que, después de una negociación entre las partes, TR3 habría aceptado pagarle US\$ 240.000 por este concepto.

VIII.12. En lo que respecta a sus defensas de fondo, la demandada parte precisando que, en su concepto y por aplicación de lo que dispone la cláusula 9.1. de los contratos que nos ocupan, la controversia debe resolverse conforme a la ley chilena, disposición que no considera contradictoria con la calidad de Árbitro Arbitrador que los mismos contratos confieren a este Árbitro, de la cual surge su facultad de decidir “ex aequo et bono” o como Amigable Componedor.

VIII.13. Sobre esta base, ZZ considera, primeramente, que en la especie se configuraría una situación de caso fortuito o fuerza mayor que la exime de toda responsabilidad por lo ocurrido. Cita, para estos efectos, el Artículo 45 del Código Civil chileno que define a la fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir” e invoca lo que dispone el inciso 2° del Artículo 1.547 del mismo cuerpo normativo en relación a la irresponsabilidad del deudor en casos de caso fortuito.

Como fundamentos de esta alegación, la demandada esgrime las siguientes circunstancias: (A) Que la construcción de la nave se haya encomendado a una empresa que califica como “el principal astillero privado del país, con una importante trayectoria en la construcción de naves, tanto para clientes nacionales como extranjeros”; (B) Que junto con la suscripción del contrato de compraventa de la nave se haya exigido al astillero la entrega de un calendario para la realización de las diversas tareas, en el que se indicaba que las pruebas en el mar se efectuarían el 12 de septiembre del año 2005 y la entrega de la nave se llevaría a cabo el 30 de septiembre de ese mismo año; (C) Que frente a los retrasos que presentaban algunas tareas, el astillero aseguró que éstas eran recuperables en el plazo de construcción que restaba, sin que existiera algún antecedente técnico para poner en duda dicha afirmación; y, (D) Que la aplicación de la multa moratoria constituía un incentivo más que suficiente para que TR3 evitara incurrir en un retraso.

Basado en lo anterior, la demandada argumenta que pese a todas las providencias adoptadas le fue imposible evitar el retraso en la entrega de la nave, configurándose, a su respecto, un caso fortuito o fuerza mayor, que reuniría todos los requisitos establecidos en la Ley para eximirla de responsabilidad en el incumplimiento de los contratos. Termina esta alegación señalando textualmente que: “Se trata del hecho de un tercero que no dependía de ZZ, que no pudo prever ni evitar y en el cual no le cupo participación ni tuvo responsabilidad alguna, ya que había cumplido íntegra y oportunamente con todas sus obligaciones contractuales para con el astillero”.

VIII.14. Como segunda alegación de fondo, la demandada le confiere plena validez y aplicación a la cláusula de Responsabilidad del transportador, contenida en el Artículo VI de los contratos que han sido objeto del presente litigio, que es del siguiente tenor: “La responsabilidad del transportador se regirá por las disposiciones pertinentes del Libro III del Código de Comercio, las que el comprador declara conocer. Las acciones para hacer valer tal responsabilidad corresponderán a la persona del pasajero a favor del cual se haya emitido el respectivo billete de pasaje. Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad del transportador derivada del incumplimiento de las obligaciones del presente contrato a favor del comprador estará limitada al 10% del monto del viaje o viajes a que tal incumplimiento se refiera”.

Agrega que la limitación de responsabilidad del inciso segundo de la cláusula anteriormente transcrita, habría sido libremente consentida por las partes del contrato, lo que se confirma por el hecho de haberse incorporado en idénticos términos en tres contratos suscritos casi conjuntamente con el requerimiento efectuado por XX ante el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago para solicitar la designación de Árbitro, ocasión en la que la demandante ya había sido notificada de la decisión de ZZ de invocar a su favor la disposición en comento.

La demandada considera que la limitación de responsabilidad es una práctica habitual y aceptada en materia contractual, siendo particularmente consustancial al comercio marítimo, citando –a este respecto– la opinión de varios tratadistas. Agrega que la mejor demostración de su racionalidad y lógica estaría constituida por la demanda de XX, cuyo monto representa una parte considerable de la inversión realizada en la construcción de la nave; de allí que considere que la cláusula en comento tiene racionalidad económica y legitimidad jurídica.

Termina concluyendo que esta estipulación es una ley para las partes, citando –a este respecto– lo dispuesto en el número 4 del Artículo 28 de la Ley 19.971 y el Artículo 1.545 del Código Civil chileno.

VIII.15. Por otra parte, ZZ refuta enfáticamente la opinión de la demandante respecto a que la cláusula de responsabilidad deba ser invalidada por el hecho que los contratos hayan incurrido en supuestas falsedades, al dar a la nave VA como existente, reiterando que ello tuvo origen en un intrascendente error administrativo y haciendo ver que la demandante habría tenido perfecto conocimiento de que la

embarcación se encontraba en construcción en los astilleros TR3 de la ciudad de V y que, por lo mismo, debió haberse representado la posibilidad de que la nave no alcanzara a estar construida y entregada al tiempo para los viajes objeto de los contratos. Agrega que XX habría decidido asumir este riesgo, al celebrar contratos para realizar cruceros en una nave nueva, recién salida de astillero, ofreciéndola como un especial atractivo en su promoción y venta.

VIII.16. En este mismo orden de ideas, ZZ descarta que pueda negarse validez a la cláusula en comento por el supuesto rompimiento en el equilibrio del contrato, considerando que se trata de una alegación que se apartaría de la buena fe contractual, al intentar desconocer una estipulación que se convino libremente y sin vicios que pudieren haber afectado el consentimiento.

VIII.17. Finalmente, la demandada también rechaza la pretensión de XX de invalidar la cláusula porque su aplicación significaría otorgarle a ZZ la facultad de escoger entre cumplir con sus obligaciones y no hacerlo, pagando la suma de US\$ 17.850 por viaje, considerada por la demandante como irrisoria. Esta argumentación es refutada aduciendo que bajo la ley chilena ningún contratante puede elegir entre cumplir con el contrato o pagar los perjuicios pactados para el caso de incumplimiento, ya que puede ser compelido por su acreedor al cumplimiento forzado.

VIII.18. En lo que respecta a la defensa subsidiaria de la demandante, que busca hacer inaplicable la cláusula de limitación de responsabilidad de los contratos basándose en una alegada culpa grave del transportador, ZZ rechaza esta imputación, aduciendo: (A) Haber empleado toda la diligencia y cuidado debidos en relación con la celebración y cumplimiento del contrato con TR3, adoptando todas las medidas necesarias para que la nave fuera construida y entregada en los plazos estipulados; (B) Haber pactado con el astillero un plazo holgado, más que suficiente para que la nave pudiese estar disponible para cumplir con los viajes programados; (C) Haber notificado a XX sobre la cancelación tan pronto tuvo noticias de que la nave no estaría disponible, considerando el plazo como algo enteramente razonable, dadas las circunstancias; y, (D) Haber intentado por todos los medios a su alcance mitigar los daños que la cancelación del viaje podía causarle a la demandante, con vistas a preservar de la mejor manera posible la relación comercial surgida entre las partes.

VIII.19. Finalmente, la demandante también refuta que la cláusula de limitación de responsabilidad pueda ser dejada sin efecto en base a las normas legales sobre interpretación de los contratos, argumentando que el tenor literal de la referida disposición es claro y que, por lo mismo, no habría nada que interpretar a su respecto.

VIII.20. En lo que respecta a los perjuicios demandados, ZZ sostiene que no le corresponde indemnizar suma alguna como consecuencia de las cancelaciones de los viajes contratados para la nave VA, pero agrega que, para el caso de considerarse que sus acciones u omisiones constituyeron un incumplimiento contractual, lo que procede es aplicar la cláusula de limitación de responsabilidad, cuya cuantía ascendería a la suma de US\$ 26.775, correspondientes al 10% del precio de los contratos, tomando en cuenta la reducción que existió en uno de ellos.

VIII.21. Para el caso de estimarse que la cláusula de limitación no es aplicable, la demandada sostiene: (A) Que no estarían acreditados los márgenes que XX habría dejado de percibir por estos contratos, señalando –al efecto– que esto debería demostrarse; (B) Que no advierte cuál sería el fundamento por el cual ZZ debiera hacerse cargo de los supuestos perjuicios que se le produjeron a TR1 como consecuencia de la cancelación del viaje que le correspondía; (C) Que tampoco considera que la demandante haya sufrido daño en su reputación; y, (D) Finalmente, desconoce los otros daños a cuyo respecto XX reservó derechos, porque en la demanda no se especifican ni se avalúan.

IX. LLAMADO A CONCILIACIÓN

IX.1. Conforme a lo dispuesto en las Reglas de Procedimiento del Arbitraje Rol N° 601-2006, una vez concluido el período de discusión el Tribunal Arbitral llamó a las partes a conciliar sus diferencias, citando a una audiencia que se celebró, con tal propósito, el 30 de junio de 2006, en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

IX.2. El referido llamado a conciliación no tuvo resultados positivos, por lo que no hubo otra alternativa que seguir adelante con el proceso arbitral.

IX.3. Por su parte, en las Reglas de Procedimiento del Arbitraje Rol N° 649-06 no se contempló una etapa de conciliación.

X. RECEPCIÓN DE LA CAUSA A PRUEBA

X.1. La recepción de la causa a prueba se materializó a través de las resoluciones que rolan a fs. 508 y siguientes y 659 y siguientes de estos autos arbitrales.

X.2. Mediante ellas este Tribunal Arbitral declaró iniciado el período probatorio, propuso los hechos sobre los cuales debía recaer la actividad probatoria y otorgó a las partes un plazo para que formularan sus observaciones a los puntos de prueba propuestos.

X.3. Teniendo en consideración estas observaciones y a través de una resolución que rola a fs. 679 de autos, se fijaron los puntos sobre los que debía recaer la actividad probatoria, que fueron los siguientes:

1. Efectividad de haber sido informada la demandante de la realidad sobre las circunstancias que podrían afectar la disponibilidad de la M/N VA para realizar el viaje contratado.
2. Efectividad de que la imposibilidad de realizar el viaje contratado constituyó una circunstancia imprevista y accidental que escapó al control de la demandada, particularmente en cuanto a las gestiones efectuadas por ZZ con el astillero TR3, tendientes a obtener que la M/N VA estuviese terminada y entregada en las fechas previstas en el Contrato de Construcción.
3. Efectividad de que la demandada actuó con la diligencia y cuidado debidos frente a su contraparte de los Contratos de Pasaje que han sido objeto del presente arbitraje, particularmente en cuanto a lo siguiente:
 - 3.1. A la fecha en que ZZ tomó conocimiento de la posibilidad cierta de un atraso en la entrega de la M/N VA;
 - 3.2. A la fecha en que ZZ puso en conocimiento de XX la imposibilidad de realizar los viajes contratados;
 - 3.3. A la razonabilidad de los plazos fijados entre la fecha originalmente prevista para la entrega de la M/N VA y la que se contempló para efectuar el viaje contratado; y,
 - 3.4. A las acciones desarrolladas por la demandada para evitar o mitigar las consecuencias de las cancelaciones de los viajes contratados.
4. Perjuicios experimentados por la demandante, particularmente en lo que respecta a los siguientes rubros:
 - 4.1. El margen que la demandante dejó de percibir por la cancelación de los viajes objeto de los contratos de autos.
 - 4.2. Los gastos ya efectuados por la demandante al cancelarse los viajes objeto de los contratos de autos, que no se hubiesen podido recuperar por ésta.
 - 4.3. Los perjuicios derivados del alegado daño a la reputación de la empresa demandante; y,

- 4.4. Otros perjuicios patrimoniales, daños o pérdidas que la demandante acredite haber sufrido como consecuencia de las cancelaciones de los viajes objeto de los contratos de autos.

X.4. Sobre la base de estos puntos, las partes aportaron los medios de prueba que se describen en el siguiente capítulo. La apreciación de los mismos y la importancia que algunos de ellos tuvieron en la formación de la convicción de este Tribunal, serán materia de la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

XI. MEDIOS DE PRUEBA AGREGADOS AL PROCESO

XI.1. Prueba aportada por la Demandante

XI.1.1. Prueba Documental

XI.1.1.1. A fs. 74 y siguientes y 83 y siguientes figuran los “Contratos de Venta de Pasajes Internacionales-M/N VA” que han sido objeto de esta controversia.

La demandada hace notar que el itinerario originalmente pactado por las partes era por un viaje redondo PA-U-PA, el cual habría sido modificado por un viaje en un solo sentido a instancias de la demandante.

XI.1.1.2. A fs. 95 y siguientes figura una fotocopia y traducción libre del folleto titulado “Felices aquellos que, como Ulises, van a hacer bellos viajes”, verano-otoño 2005, que se habría distribuido por XX a sus clientes. En él se describen los cruceros organizados por la demandante.

Basándose en el tenor literal de una parte del folleto en cuestión, la demandada argumenta que este documento demostraría que XX estaba en conocimiento que la nave VA se encontraba en construcción.

XI.1.1.3. A fs. 126 y siguientes, figura una versión impresa del correo electrónico que habría remitido el 22 de septiembre de 2004 el empleado de ZZ, señor F.G., al representante de XX, señor G.G., con el propósito de cotizar dos viajes, con salidas el 23 y 30 de noviembre de 2005, y anunciarle que los contratos se encontraban en preparación.

La demandada hace presente que la circunstancia de que la redacción de los instrumentos haya estado a su cargo no puede llevar a la conclusión de que éstos sean contratos de adhesión.

XI.1.1.4. A fs. 128 figura la carta de fecha 24 de agosto de 2005, que ZZ le habría dirigido a XX para cancelar los viajes objeto de los contratos que nos ocupan.

XI.1.1.5. A fs. 129 y siguiente figura una fotocopia y traducción libre de la comunicación que habría dirigido a XX el 5 de agosto de 2005 el empleado de ZZ, señor F.G., para indicarle los números de las 43 cabinas confirmadas para la salida desde la ciudad de U, prevista para el 30 de noviembre de 2005.

XI.1.1.6. A fs. 131 y siguientes figuran fotocopias de las facturas que, según la demandante, acreditarían el pago de las dos publicaciones efectuadas en la Revista “C.” para publicitar sus cruceros.

La parte demandada hace presente que las facturas están fechadas el 31 de marzo y el 29 de abril de 2005, para argumentar que se trata de gastos efectuados en una fecha más cercana al momento de suscripción de los contratos que la correspondiente a la cancelación de los viajes.

XI.1.1.7. A fs. 141 y siguientes figuran fotocopias de las facturas que, según la demandante, acreditarían el pago por la realización del folleto indicado en el punto XI.1.1.2. anterior.

La misma observación que se hizo respecto a los documentos mencionados en el punto XI.1.1.6, es efectuada por la demandada en relación con las facturas a las que nos estamos refiriendo, las cuales aparecen emitidas los días 4 y 28 de febrero y 24 de marzo de 2005.

XI.1.1.8. A fs. 148 y siguientes figuran fotocopias de las facturas que, según la demandante, acreditarían la compra y despacho del “mailing list” enviado por XX a los clientes potenciales de sus cruceros.

La demandada hace las siguientes observaciones en relación con estos documentos: (A) Que la promoción no sólo se refiere al crucero de CH, sino también a otros destinos, por lo cual discute que el criterio de atribuirle a los cruceros que nos ocupan la mitad de los gastos totales de promoción sería discutible; (B) Que, en segundo lugar, la compra del “mailing list” podría servir para otras futuras promociones; y, (C) Que, al igual que lo señalado anteriormente, las fechas de las facturas están alejadas del momento en que ZZ tomó conocimiento y comunicó a XX la cancelación de los viajes.

XI.1.1.9. A fs. 164 figura una fotocopia de la comunicación que ZZ habría dirigido a XX para proponer soluciones alternativas a los viajes cancelados.

Aparte de reconocer la autenticidad del documento, la demandada hace presente que con este documento se demostraría la disposición de ZZ a mitigar los efectos negativos de la no entrega oportuna de la nave VA.

XI.1.1.10. A fs. 180 y siguientes figuran fotocopias de lo que –según la demandante– serían algunos de los formularios de devolución de depósitos enviados a los clientes, acompañados de los respectivos boletines de inscripción de esas mismas personas en los cruceros que son materia del presente litigio.

La demandada objeta la autenticidad de estos documentos, al no existir constancia de que hayan sido efectivamente firmados por quienes señala su texto.

XI.1.1.11. A fs. 273 y siguientes figuran fotocopias de lo que –según la demandante– sería el cheque emitido por XX a la línea aérea TR2 como garantía por la reserva de los pasajes de los pasajeros de los cruceros, así como también el contrato celebrado con la mencionada línea aérea para la materialización de dicha reserva.

El valor probatorio de estos documentos es objetado por la demandada, porque de su lectura no se lograría apreciar qué parte del precio o de los términos del contrato se refiere específicamente a los pasajeros que habrían hecho su reservación para los cruceros de XX. Se agrega que el depósito al cual se hace referencia no coincidiría con los montos demandados por concepto de pasajes no reembolsables.

XI.1.1.12. A fs. 281 y siguientes figuran fotocopias de lo que –según la demandante– sería el pago de dos pasajes aéreos no reembolsables, pagados a TR2 por pasajeros en clase ejecutiva.

La demandada objeta el mérito probatorio de estos documentos aduciendo que su lectura no permite concluir que estos pasajes se hayan perdido.

XI.1.1.13. A fs. 287 y siguientes figuran fotocopias de lo que –según la demandante– serían respuestas de algunos clientes rechazando una posibilidad de realizar el crucero a partir del día 18 de marzo de 2006.

El valor probatorio de estos documentos es cuestionado por la demandada por haberse omitido acompañarlos por otros instrumentos que permitan cotejar la autenticidad de las firmas estampadas en ellos.

XI.1.1.14. A fs. 751 figura una copia impresa de una publicación en Internet del periódico “PA.cl” relativa a la construcción de la nave VA.

XI.1.1.15. A fs. 752 figura una impresión de una publicación aparecida en Internet el 17 de mayo de 2005 en el sitio “C.cl”, en la cual se atribuye al Gerente de Operaciones de “Cruceiros ZZ” haber dicho que la entrada en operaciones de la nave VA estaba prevista para el 16 de noviembre de 2005.

XI.1.1.16. A fs. 757 figura una copia impresa de una publicación del portal de Internet.

XI.1.1.17. A fs. 758 y siguientes figura una copia del folleto, que –según la demandante– ZZ habría puesto en vigencia en junio de 2005; en él se menciona a la nave VA como parte de la flota.

XI.1.1.18. A fs. 793 y siguientes figura una copia del Informe de Prensa del Servicio Nacional de Turismo de Chile, de septiembre de 2005, donde se señala que el primer zarpe de la nave VA se producirá el 11 de enero de 2006.

XI.1.1.19. A fs. 808 y siguiente figura una copia impresa de una publicación en Internet del periódico “PA.cl” que se refiere a los impedimentos que tuvo la nave VA para llegar a la Región de Magallanes a fines de noviembre de 2005.

XI.1.1.20. A fs. 906 y siguientes figura una declaración escrita del testigo señor M.B., a la que se acompaña una traducción libre al español de la misma.

XI.1.1.21. A fs. 938 figura la revista “C”, redactada y dirigida por el testigo señor M.B.

XI.1.1.22. A fs. 939 figura la revista “CF: LCV” de M.B., redactada y dirigida por este último.

XI.1.1.23. A fs. 942 figura una copia impresa y la traducción libre del correo electrónico que habría sido enviado el 10 de marzo de 2005 a XX, por el empleado de “Cruceiros ZZ”, señor F.G., adjuntando el detalle de las cabinas disponibles en la M/N VA.

XI.1.1.24. A fs. 945 y siguiente figura una copia y la traducción libre del fax que habría sido enviado el 21 de junio de 2005 a XX, por el empleado de “Cruceiros ZZ”, señor F.G., señalando estar a la espera del depósito correspondiente a los dos viajes de noviembre de 2005.

XI.1.1.25. A fs. 947 y siguientes figura una copia y la traducción libre del fax que habría sido enviado el 13 de julio de 2005 a XX, por el empleado de “Cruceiros ZZ”, señor F.G., en la que –entre otras cosas– le detallaba las cabinas reservadas para el viaje de fecha 30 de noviembre de 2005 entre U y PA.

XI.1.1.26. A fs. 1.152 y siguiente figura un folleto publicitario de “Cruceiros ZZ” publicado en diciembre de 2004 en el que se hace referencia a los itinerarios de la nave VA.

La demandada hace presente que –en su concepto– la inclusión de la nave VA en un folleto promocional no significa que ZZ esté dando a esta nave como existente.

XI.1.1.27. A fs. 1.154 y siguientes figura un folleto publicitario emitido en mayo de 2005, a través del cual XX promociona el viaje a CH y a P.

La demandada objeta la pertinencia que pueda tener este documento y los que aparecen mencionados en los puntos XI.1.1.29 y XI.1.1.30, porque –en su opinión– no tienen relación con los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados en el Auto de Prueba de fs. 679.

XI.1.1.28. A fs. 1.159 y siguiente figura una carta enviada a XX por el Director General de la Agencia Publicitaria TR4, señor B.C., el 31 de octubre de 2006, en la que se señala que la base de datos arrendada para el “mailing” puede ser utilizada sólo una vez.

XI.1.1.29. A fs. 1.160 y siguientes figuran copias impresas de varios correos electrónicos intercambiados entre XX y la Agencia de Viajes chilena TR5 entre mayo y julio de 2005, los cuales –según la demandante– son demostrativos de la cuidadosa planificación que demandan estos viajes.

XI.1.1.30. A fs. 1.174 y siguientes figura copia impresa del correo electrónico que habría enviado XX a la Agencia de Viajes Argentina TR6 el 27 de julio de 2005, conteniendo el detalle de la parte del viaje que se iba a desarrollar en la República Argentina.

XI.1.1.31. A fs. 1.178 figura copia impresa del correo electrónico que habría enviado XX al empleado de ZZ, señor F.G., el 1º de abril de 2005, conteniendo los nombres de los primeros pasajeros confirmados para uno de los cruceros objeto de los contratos que nos ocupan.

XI.1.1.32. Entre fs. 1.179 y la 1.392, figuran los boletines de inscripción, comprobantes de depósito y la devolución de los depósitos que se habrían tramitado en relación con 60 pasajeros para el viaje que XX tenía planificado efectuar entre los días 28 de noviembre y 12 de diciembre de 2005.

Para la demandada la aceptación de estas devoluciones de los depósitos por parte de los pasajeros sería indicativa de que no existieron –a su respecto– otros perjuicios que compensar. Agrega que los “Boletines de Inscripción” en comento demostrarían que los pasajes vendidos para el viaje del 28 de noviembre de 2005 eran 60 y no 69 como se habría indicado en la demanda.

XI.1.1.33. A fs. 1.396 y siguiente figura un extracto de la contabilidad efectuado por el perito contable señor PE1 en el que se identificarían los depósitos y devoluciones de los 60 pasajeros mencionados en el punto anterior.

La demandada hace presente algunas contradicciones que –en su concepto– existirían entre el análisis del Perito Contable señor PE1 y los Boletines de Inscripción a que se refiere el punto XI.1.1.32.

XI.1.1.34. Entre fs. 1.399 y fs. 1.461 figuran los Contratos de Viaje que se habrían celebrado entre TR1 y 111 pasajeros para el viaje que XX tenía planificado efectuar entre los días 18 de noviembre y 2 de diciembre de 2005.

Para la demandada estos documentos no permitirían acreditar perjuicios, ni para TR1, ni menos aún para XX.

XI.1.1.35. A fs. 1.462 figura una factura por 571.920 euros, que habría sido emitida por XX a TR1 por el crucero efectuado para 115 pasajeros en la nave MA entre los días 14 y 27 de marzo de 2005.

La demandada objeta la pertinencia de este documento, aduciendo que se refiere a un viaje efectuado en marzo de 2005.

XI.1.1.36. A fs. 1.463 figura un análisis de ingresos y gastos que habría desarrollado el perito contable señor PE1 para el viaje organizado por XX para TR1 en la nave MA entre los días 14 y 27 de marzo de 2005, del cual surge que de un total de ingresos por 572.906,68 euros, quedó un saldo a favor de XX de 126.461,48 euros.

XI.1.1.37. Entre fs. 1.464 y fs. 1.469 figuran los movimientos de abonos y cargos que se habrían efectuado entre XX y TR1 en relación con el anticipo pagado por el viaje que se tenía previsto efectuar entre los días 18 de noviembre y 2 de diciembre de 2005.

Para la demandada el pago y posterior reembolso del anticipo pagado por TR1 a XX no serían demostrativos de la existencia de un perjuicio patrimonial experimentado por esta última.

XI.1.1.38. A fs. 1.471 y siguiente figura la carta que le habría enviado el 8 de mayo de 2006 a XX el Gerente de TR1, señor J-M.R., para manifestarle su intención de obtener una compensación económica por la cancelación de los cruceros.

La demandada hace presente que la carta del señor J-M.R. anunciando a XX su intención de demandar no sería útil para acreditar perjuicios efectivos en el patrimonio de esta última sociedad, sino una mera posibilidad que no se sabe si se hará o no efectiva.

XI.1.1.39. Entre fs. 1.473 y fs. 1.486 figuran los contratos que se habrían celebrado entre XX y TR2 para fijar las condiciones de los pasajes aéreos para los grupos de pasajeros que tenían previsto salir los días 18 y 28 de noviembre de 2005. Los contratos contemplaban un depósito de 34.920 euros cada uno, los cuales no eran reembolsables si el aviso de cancelación no se hacía con cien días de anticipación antes de la salida.

Para la demandada del análisis de los documentos acompañados no surge el vínculo que debiera existir entre los contratos celebrados con TR2 y los pasajeros que se embarcarían a bordo de la nave VA. Agrega que tampoco consta que el monto de 69.840 euros no se haya podido recuperar.

XI.1.1.40. A fs. 1.487 y 1.488 figuran el cheque por 69.840 euros que se habría extendido por XX a TR2 en pago de los depósitos por los contratos a que se refiere el punto XI.1.1.39 anterior.

XI.1.1.41. A fs. 1.489 figura el contrato que se habría celebrado entre XX y la línea aérea TR7 para fijar las condiciones de los pasajes aéreos para 96 pasajeros por el tramo a ciudades de S-PA el 21 de noviembre de 2005. El contrato contemplaba un depósito de 6.788 euros no reembolsable en caso de anulación completa del grupo antes de la salida.

La demandada hace presente que los perjuicios alegados en relación con las reservas efectuadas a TR7 no habrían sido indicados en las demandas de fs. 323 y siguientes y 598 y siguientes, por lo que su acreditación resulta procesalmente extemporánea. Agrega que, al igual que en el caso anterior, tampoco se ha acreditado que este monto haya sido irrecuperable para XX.

XI.1.1.42. A fs. 1.492 figura una fotocopia del cheque por 6.788 euros que se habría extendido por XX a agencia TR8, por el depósito a que se refiere el punto XI.1.1.41 anterior.

XI.1.1.43. A fs. 1.495 figura una carta que habría sido enviada a XX por la empresa TR9 para certificar los infructuosos intentos efectuados por la demandante por obtener un barco en reemplazo de la nave VA.

XI.1.1.44. Entre fs. 1.496 y fs. 1.505 figuran unas fotocopias de las guías sobre barcos de crucero "AD", "APA", "S.I", "S.II" y "S.III", atribuidas por la demandante al libro publicado por el señor M.B.

La demandada cita un párrafo de la ficha del señor M.B. sobre el barco AD, para sugerir que podría haber sido adecuado para reemplazar a la nave VA.

XI.1.1.45. Entre fs. 1.507 y fs. 1.510 figura una carta que el representante de XX, señor G.G., le habría enviado a ZZ para confirmar su interés en llevar a cabo los viajes de marzo y abril de 2006, pero dejando claro que esta medida tenía por objeto evitar mayores perjuicios y que no se podría interpretar como renuncia a sus reclamaciones por las cancelaciones de los viajes de noviembre de 2005.

La demandada reconoce la existencia de esta carta y hace presente que los contratos utilizados para los viajes de marzo y abril de 2006 serían idénticos a los que son materia del presente arbitraje.

XI.1.2. Prueba Testimonial

A fs. 1.530 y siguientes figura la declaración del testigo señor M.B., de nacionalidad francesa, periodista especializado en el turismo de cruceros, quien no fue tachado y declaró en francés por intermedio de la traductora designada por este Tribunal Arbitral, señorita A.B.

XI.1.3. Prueba Pericial

A fs. 1.621 y siguientes figura un Informe Pericial y dos Anexos, titulado Estudio de Antecedentes, emitido con fecha 17 de mayo por el Ingeniero Naval señor PE2, quien se desempeñó como perito de parte.

XI.2. Prueba aportada por la demandada

XI.2.1. Prueba Documental

XI.2.1.1. A fs. 373 figura el documento titulado “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales-M/N MA”, que habrían celebrado XX y ZZ para un viaje efectuado entre los días 19 y 26 de marzo de 2005.

XI.2.1.2. A fs. 381 figura un fax fechado el 23 de mayo de 2005, que habría dirigido a XX el empleado de “Cruceros ZZ”, señor F.G. para –entre otras cosas– confirmarle que el valor por el medio charter con salida desde la localidad de U el 30 de noviembre de 2005 ascendía a US\$ 89.250.

XI.2.1.3. A fs. 383 figura un fax fechado el 24 de mayo de 2005, que habría dirigido a ZZ el representante legal de XX, señor G.G., para confirmar la restitución de la mitad de las cabinas en el viaje del 30 de noviembre de 2005 y para identificar aquellas cabinas que esta última deseaba conservar.

XI.2.1.4. A fs. 386 figura la misma carta a la que se refiere el punto XI.1.1.45 anterior.

XI.2.1.5. A fs. 387 figuran dos comunicaciones fechadas el 21 de octubre de 2005, que se habrían dirigido a XX por el Gerente Comercial de “Cruceros ZZ”, señor M.V., para acusar recibo del rechazo por parte de la primera a las ofertas de solución formuladas por la demandada.

XI.2.1.6. A fs. 390 y siguientes y 399 y siguientes figuran dos documentos denominados “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales–M/N VA”, que se habrían celebrado entre XX y ZZ para viajes con zarpes previstos para los días 22 de noviembre y 6 de diciembre de 2006.

XI.2.1.7. A fs. 408 y siguientes figura un documento denominado “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción”, celebrado con fecha 9 de marzo de 2004 ante el Notario Público don NT3, entre la sociedad astilleros TR3 y ZZ, para la construcción de la nave VA.

XI.2.1.8. A fs. 428 figura una carta fechada el 20 de junio de 2005, que habría dirigido a TR3 el Presidente de ZZ, señor P.L., para manifestarles la “gran preocupación” de esta última empresa por el atraso que a esa fecha se apreciaba en la construcción de la nave VA.

XI.2.1.9. A fs. 429 figura la misma carta a la que se refiere el punto XI.1.1.14 anterior.

XI.2.1.10. A fs. 459 y siguientes figura el documento denominado “Contrato de Venta de Pasajes Internacionales-M/N VA”, que se habría celebrado entre XX y ZZ para un viaje con zarpe previsto para el día 29 de marzo de 2006.

XI.2.1.11. A fs. 467 y siguientes figura una carta que habría dirigido ZZ a XX para ofrecer alternativas de solución ante la cancelación de los dos viajes materia de los contratos que nos ocupan.

XI.2.1.12. A fs. 472 y siguiente figura un documento denominado “Anexo 3 – Carga Gantt Proyecto N° 5.1286”, de fecha 8 de marzo de 2004.

XI.2.1.13. A fs. 475 figura una comunicación que le habría dirigido a XX el Presidente de ZZ, señor P.L., para –entre otras cosas– proponerle formalmente como fórmula de solución alternativa el reemplazo de la nave VA por otras embarcaciones y descuentos en futuros viajes.

XI.2.1.14. A fs. 477 y siguientes figura una carta fechada el 14 de septiembre de 2005, dirigida a ZZ por el representante legal de XX, señor G.G., para rechazar las alternativas de solución propuestas por la primera.

XI.2.1.15. A fs. 482 figura una nueva comunicación de XX a ZZ para rechazar la oferta de descuentos en futuros viajes y para hacerle presente a esta última la instrucción dada a sus abogados de solicitar el arbitraje previsto en los contratos.

XI.2.1.16. A fs. 642 y siguientes figura el folleto al que se refiere el punto XI.1.1.2 anterior.

XI.2.1.17. A fs. 654 figura el folleto promocional publicado por “Cruceiros ZZ” con una fotografía en la que aparecen las dos naves de su flota.

XI.2.1.18. A fs. 655 figura el folleto promocional publicado por “Cruceiros ZZ” en el que aparecen las tarifas y salidas previstas para los barcos de su flota entre los meses de septiembre de 2005 y marzo de 2006.

XI.2.1.19. A fs. 719 y siguientes figura el documento denominado “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción”, celebrado el 6 de agosto de 2001 entre astilleros TR3 y ZZ, para la construcción de la nave MA.

XI.2.1.21. A fs. 744 y siguiente figura el documento denominado Carta Gantt, que se habría acordado entre TR3 y ZZ para la construcción de la nave MA.

XI.2.1.22. A fs. 746 figura el documento denominado “Acta de Entrega al Armador” de la nave MA.

XI.2.1.23. A fs. 747 figura el documento denominado /Acta de Entrega al Armador” de la nave VA, fechada en la ciudad de V el 7 de diciembre de 2005.

XI.2.1.24. A fs. 1.514 y siguientes figura una copia impresa de una transferencia electrónica que se habría efectuado el 9 de septiembre de 2005 por ZZ, por la suma de US\$ 226.075 y que habría servido de base para la emisión de un cheque bancario a favor de XX.

XI.2.1.25. A fs. 1.516 figura una fotocopia simple que –según la demandada– correspondería al comprobante de egreso proveniente de sus registros contables, emitido por un total de US\$ 226.075, que se desglosan como sigue: (A) La cantidad de US\$ 194.575 por concepto de devolución a XX de los anticipos por los viajes cancelados; y, (B) La suma de US\$ 31.500 como compensación a título de perjuicios.

XI.2.1.26. A fs. 1.517 y siguientes figura una fotocopia simple de la versión impresa del Boletín Electrónico de la Corporación de Promoción Turística de Chile, donde se informa que la fecha de zarpe y viaje inaugural de la nave VA se habría producido el 4 de enero de 2006.

XI.2.2. Prueba Testimonial

XI.2.2.1. A fs. 698 y siguientes figura la declaración del testigo señor C.B., chileno, ingeniero civil industrial, quien al momento de ocurrir los acontecimientos a que se refiere esta controversia se desempeñaba como Gerente General del TR3 y en tal calidad le correspondió negociar y suscribir el contrato de construcción de la nave VA y supervisar desde su cargo la gestión de dicho proyecto.

El señor C.B. no fue tachado y declaró sobre los puntos 2, 3.1. y 3.3. del auto de prueba.

XI.2.2.2. A fs. 707 y siguientes figura la declaración del testigo señor E.V., chileno, ingeniero naval mecánico, quien al momento de ocurrir los acontecimientos a que se refiere esta controversia se desempeñaba como Inspector Técnico y Supervisor de la construcción de la nave VA, en representación de los Armadores de la misma.

El señor E.V. no fue tachado y declaró sobre los puntos 2.2, 2.1 y 3.3 del auto de prueba.

XI.2.2.3. A fs. 1.558 y siguientes figura la declaración del testigo señor F.G., factor de comercio, de nacionalidad francesa, quien al momento de ocurrir los acontecimientos a que se refiere esta controversia se desempeñaba como Agente de Ventas para Europa de ZZ y en tal calidad le correspondió intervenir directamente en las negociaciones con el representante legal de XX en todo lo relacionado con los contratos que nos ocupan.

El señor F.G. no fue tachado y declaró sobre los puntos 1, 3.2 y 3.4 del auto de prueba.

XI.3. Medios de Prueba aportados por Terceros

XI.3.1. El testigo señor C.B. proporcionó, como parte de su testimonio, los siguientes documentos:

XI.3.1.1. Una planilla que lleva por título “Control de Pagos Proyecto N° 10”, extraída el 19 de marzo de 2007 desde el sistema computacional de TR3, que se agregó a fs. 706 de estos autos.

XI.3.1.2. Una fotocopia completa del “Libro de Obras” de la construcción de la nave VA, que se agregó a fs. 812 y siguientes de estos autos.

XI.3.1.3. Un memorándum interno que le dirige el empleado de TR3 señor W.B., al cual se acompañan los siguientes documentos: (A) Acta de la reunión celebrada el 29 de mayo de 2005 entre ZZ y TR3 en relación con el estado de los trabajos de la nave VA; (B) Documento denominado Programa de Construcción – Proyecto 10, emitido el 26 de abril de 2004; (C) Acta N° 66 de la visita al astillero efectuada en agosto de 2005 por el señor E.V.; y, (D) Copia del facsímil enviado a ZZ por el propio señor C.B., con fecha 20 de octubre de 2004, para informar de una modificación en el programa original de la nave VA, efectuada con el propósito de no atrasar los trabajos de construcción de la misma, el cual iba acompañado de cuatro anexos técnicos.

El anterior memorándum interno y sus anexos se agregaron a estos autos a fs. 823 y siguientes.

XI.3.1.4. Un memorándum dirigido a este Árbitro al cual se adjuntan todas las Cartas Gantt que TR3 fue entregando periódicamente a ZZ, las que se agregaron a estos autos a fs. 839 y siguientes.

XI.3.2. El testigo señor E.V. proporcionó, como parte de su testimonio, un documento denominado “Programa General de Construcción–TR3 N° 10”, que se agregó a estos autos a fs. 717.

Posteriormente, remitió a este Tribunal Arbitral, a través de la demandada, los siguientes documentos: (A) Una Declaración Jurada que se agregó a estos autos a fs. 1.521 y siguientes, en relación con los documentos cuya exhibición solicitó la demandante en el punto “B” de su escrito de fs. 1.145 y siguientes de autos; y, (B) Una carta con comentarios sobre el informe pericial solicitado por la demandante al señor PE2, que figura agregado a estos autos a fs. 1.667 y siguientes.

XI.3.3. El testigo señor M.B. proporcionó, como parte de su testimonio, una copia de un facsímil transmitido con fecha 29 de diciembre de 2006, que forma parte de su publicación “C.C.”, en la que se describe un viaje efectuado a bordo de la nave VA, que se agregó a estos autos a fs. 1.546 y siguientes.

XI.3.4. El testigo señor F.G. proporcionó, como parte de su testimonio, los siguientes documentos:

XI.3.4.1. Una copia del facsímil transmitido por XX a ZZ el 24 de mayo de 2005, que es el mismo documento al cual se refiere el punto XI.2.13 anterior.

XI.3.4.2. Una copia simple del mismo documento al cual se refiere el punto XI.1.1.4 anterior.

XI.3.4.3. Una planilla que lleva por título “Situación nave VA desde el viaje del 23 de noviembre al viaje del 28 de diciembre de 2005”, que se ha agregado a estos autos a fs. 1.584 y siguientes.

XI.4. Diligencia Probatoria de Exhibición de Documentos

Los siguientes fueron los documentos que se agregaron al proceso como consecuencia de la diligencia probatoria de exhibición de documentos decretada, en primer término, por resolución de fs. 810, que fuera luego reemplazada por la resolución que rola a fs. 820 de autos:

XI.4.1. A fs. 960 se agregó el documento denominado “Contrato de Prestación de Servicios”, celebrado con fecha 1° de enero de 2004 entre el señor E.V. y ZZ.

XI.4.2. A fs. 962 y siguientes se agregó el documento denominado “Especificación Técnica de Contrato N° 5.1286 - 101 - 202”, que formaba parte de los anexos al contrato de construcción de la nave VA.

XI.4.3. A fs. 934 y siguientes se agregaron diversos planos de construcción preparados por el astillero TR3 para la construcción del Proyecto N° 5.1286.

XI.4.4. A fs. 1.038 y siguientes se agregó un documento denominado “Índice de Reuniones”.

XI.4.5. A fs. 1.042 y siguientes se agregó un documento denominado “Proyecto MA II–Definición de Tipo de Buque”.

XI.4.6. A fs. 1.047 se agregó el documento denominado “Acta de Acuerdo”, el cual se encuentra referido al “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción” celebrado entre TR3 y ZZ el 9 de marzo de 2004.

XI.4.7. A fs. 1.048 y siguientes se agregó acta de la reunión celebrada el 29 de abril de 2004 entre TR3 y ZZ.

XI.4.8. A fs. 1.056 y siguientes se agregó acta de la reunión celebrada el 3 de noviembre de 2004, entre TR3 y ZZ.

XI.4.9. Entre fs. 1.058 y fs. 1.098 se agregaron los documentos denominados “Agenda/Acta” y otras piezas de correspondencia elaboradas por el señor E.V. en relación con el proceso de construcción de la nave VA.

XI.4.10. A fs. 1.099 y siguientes se agregó el documento denominado “Resumen de Fechas Indicadas en las Especificaciones del Armador – Revisión del 19.02.04”.

XI.4.11. A fs. 1.101 se agregó una carta emitida por ZZ el 24 de marzo de 2004, nombrando como su representante técnico al señor E.V.

XI.4.12. A fs. 1.102 se agregó un documento denominado “Hoja Control–Extras”.

XI.4.13. A fs. 1.107 se agregó un documento denominado “Construcción de la M/N VA–Consideraciones para la Conformación del Team Técnico”.

XI.4.14. Entre fs. 1.109 y 1.114 se agregaron los documentos denominados “Construcción N° 10 – Hoja Control–Extras”.

XI.4.15. A fs. 1.117 y siguientes se agregó el documento denominado “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción–Revisión del 04.03.04”.

XI.4.16. A fs. 1.143 se agregó copia impresa de un correo electrónico despachado con fecha 3 de marzo de 2004 por el señor E.V. al señor C.B.

XII. PRÓRROGA DEL PLAZO DEL ARBITRAJE

A través de un escrito que rola a fs. 1.527 de autos, ambas partes, de común acuerdo, solicitaron prorrogar el plazo de este arbitraje hasta el día 6 de agosto de 2007.

Este Árbitro accedió a dicha solicitud, dictando al efecto una resolución que rola a fs. 1.528.

XIII. OBSERVACIONES A LA PRUEBA

La demandante evacuó el trámite de Observaciones a la Prueba previsto en el numeral 7.13 de las Reglas de Procedimiento, mediante escrito que rola a fs. 1.601 y siguientes de autos.

Por su parte, la demandada lo hizo a través de una presentación que rola a fs. 1.631 y siguientes del expediente del presente Juicio Arbitral.

XIV. CITACIÓN A OÍR SENTENCIA

Conforme a lo establecido en el Numeral 7.14 de las Reglas de Procedimiento de este arbitraje, se citó a las partes a oír sentencia a través de resolución de fecha 13 de junio de 2007, que rola a fs. 1.772 de autos.

PARTE CONSIDERATIVA

Sobre la base de lo expuesto anteriormente y considerando:

I. EN CUANTO A CIERTAS CUESTIONES PREVIAS Y ACCESORIAS

La calidad del Árbitro y la Ley aplicable al conflicto

Primero: Antes de entrar a considerar el fondo del asunto, se hace necesario hacer algunas precisiones sobre la aparente contradicción que existiría entre las cláusulas 9.1 y 9.2 de los contratos que son materia de esta controversia.

Ambas disposiciones parecen contradictorias, pues luego de indicarse –en la cláusula 9.1– que la ejecución y cumplimiento de los contratos se debe hacer conforme a las leyes vigentes en la República de Chile, se otorga, en la cláusula siguiente, al Tribunal Arbitral llamado a resolver cualquier disputa, la calidad de Árbitro Arbitrador o Amigable Componedor.

Segundo: La situación mencionada anteriormente, conduce a la demandada a afirmar, derechamente, que la controversia se debe resolver conforme a la ley chilena.

Tercero: Sin embargo, esta última afirmación se encontraría –a juicio de este sentenciador– en conflicto con la definición que la propia ley chilena hace sobre los Árbitros Arbitradores, cuando dispone, en los Arts. 223 del Código Orgánico de Tribunales y 636 del Código de Procedimiento Civil, que son aquellos llamados a fallar sin sujeción estricta a las leyes y obedeciendo únicamente a lo que su prudencia y la equidad les dictaren.

Cuarto: La anterior definición ha llevado a la doctrina a afirmar que “...*Ley y Equidad serían dos formas de hacer el derecho que están en abierta contradicción...*” y a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago a señalar que “...*el Árbitro Arbitrador está llamado a fallar conforme a la prudencia y equidad, pudiendo incluso fallar en contra de ley expresa...*”².

Quinto: Pero esta supuesta contradicción es más aparente que real, ya que la manera correcta de integrar las dos disposiciones en comento, sin contravenir la voluntad de las partes, pasa por señalar que si bien las facultades de este Árbitro para fallar en equidad son indisputables, su decisión tendrá que basarse en los *principios* que informan el ordenamiento jurídico chileno y los límites de su función jurisdiccional estarán dados por el debido respeto a las normas de orden público substantivas chilenas.

Sexto: Por las consideraciones anteriores, esta sentencia será dictada imponiendo la solución que este Árbitro considere más justa y prudente, sobre la base de los principios que informan el ordenamiento jurídico chileno y con la debida sujeción a sus normas substantivas de orden público.

Objeciones formuladas a ciertos documentos

Séptimo: Durante el Juicio Arbitral se formularon diversas objeciones u observaciones respecto a ciertos documentos agregados al proceso.

¹ Así lo afirma el Profesor Alejandro Romero Seguel, en su artículo “Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Equidad”, publicado en el libro “Estudios de Arbitraje”, página 152, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

² Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de Agosto de 1997, RDJ, t. XCIV, sec. 2ª, p.96.

De tales objeciones y observaciones la sentencia se hará cargo en los considerandos respectivos, en la medida que los documentos observados tengan incidencia efectiva en la resolución de las materias fundamentales de la controversia.

II. EN CUANTO AL FONDO

En lo que se refiere al incumplimiento de los contratos que son materia de este arbitraje

Octavo: Aunque la demanda se basa en el incumplimiento contractual de ZZ, no existe, en este litigio, controversia alguna en torno a la efectividad de ese hecho, ya que, en efecto, la indisponibilidad de la nave VA para cumplir con los viajes contratados constituye una circunstancia que no fue disputada por las partes. La discusión surge, primeramente, en torno a si dicho incumplimiento es o no imputable a la demandada, por ser éste uno de los presupuestos básicos para que surja la responsabilidad contractual que se persigue.

En lo que respecta a la ausencia de culpa

Noveno: En relación con esto último, la demandada alega su ausencia de culpa por lo ocurrido, afirmando haberse comportado con la diligencia debida, de acuerdo al tipo de contrato de que se trata. Al respecto señala que los contratos que nos ocupan serían onerosos y conmutativos y que, en razón de lo anterior, las partes responderían de la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones, citando, al efecto, la definición del Artículo 44 del Código Civil Chileno, que la caracteriza como: "...la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios".

Décimo: Sobre el particular, dejemos desde ya establecido que, en materia contractual, la culpa en caso de incumplimiento se presume y el Artículo 1.547 inciso 3°, del citado cuerpo normativo, impone la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo.

En este orden de ideas, consideramos que la "*ausencia de culpa*" podría ser alegada si lo que estuviésemos juzgando es el comportamiento de ZZ respecto a su contraparte en el contrato de construcción de la nave VA, pero lo que a nosotros interesa es la diligencia y cuidado empleados por la demandada en la ejecución de los dos Contratos de Venta de Pasajes Internacionales celebrados con XX, a cuyo respecto –como se verá con mucho mayor detalle a continuación– no se acreditó en el proceso que la demandante haya actuado durante la fase de ejecución de los contratos con la prudencia, diligencia y cuidados que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Por consiguiente, en opinión de este sentenciador, no se configura en la especie la hipótesis de ausencia de culpa alegada por la demandada.

En cuanto a la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor

Undécimo: Como segunda causal eximente de responsabilidad, ZZ considera configurada una situación de caso fortuito o fuerza mayor, derivada de un hecho ajeno, que la eximiría de responsabilidad por lo ocurrido, argumentando que, pese a todas las providencias adoptadas, le fue imposible evitar el retraso incurrido por el astillero en la entrega de la nave. A partir de ello y sobre la base de la definición del Artículo 45 del Código Civil chileno, afirma que dicho incumplimiento constituye un imprevisto al cual no fue posible resistir.

Duodécimo: Para resolver este aspecto de la controversia, hay que partir aclarando que, para la doctrina y jurisprudencia chilenas, "caso fortuito y fuerza mayor" son expresiones sinónimas, cuya configuración

requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: (A) Que tenga origen en un hecho totalmente ajeno a la voluntad e intervención del deudor; (B) Que el hecho haya sido totalmente imprevisible para las partes al momento de la celebración del contrato; y, (C) Que, al surgir, sea absolutamente imposible de resistir para quien debe cumplir la obligación.

En este orden de ideas, este sentenciador estima necesario referirse únicamente al carácter imprevisible que debe tener el hecho al momento de celebrarse el acto o contrato y, a este respecto, tendrá en consideración las siguientes disposiciones del “Contrato de Compraventa de Nave en Construcción–M/N VA”, celebrado entre la sociedad TR3 y la demandada, que rola a fs. 408 de autos: **(i)** La Cláusula Cuatro. Siete, en virtud de la cual el astillero entregó al Armador una Carta Gantt, con indicación de las fechas y plazos de los hitos más importantes del contrato; **(ii)** La Cláusula Cinco.Dos, que le otorgó al Armador la facultad de designar a un representante con atribuciones para inspeccionar y controlar las obras; **(iii)** La Cláusula Nueve.Uno, que dispuso la obligación del astillero de finalizar la construcción dentro de un plazo determinado; y, muy especialmente, **(iv)** La Cláusula Nueve.Siete, que estableció multas diarias a favor del Armador, a título de indemnización anticipada de los perjuicios, para los casos de retraso.

Decimotercero: En base a lo expuesto, se puede dar por establecido que un eventual retraso en la entrega de la nave no sólo no era una circunstancia imprevisible para ZZ al celebrar con XX los contratos, sino que constituía una circunstancia que podía perfectamente sobrevenir; ello explica la importancia que el contrato de construcción naval le confirió al plazo de entrega y demás precauciones adoptadas en prevención de cualquier retraso, además de las disposiciones destinadas a obtener un resarcimiento de sus consecuencias en caso de que éste se produjera.

Decimocuarto: De todo lo anterior, este Árbitro se ha formado la convicción de que la indisponibilidad de la nave VA para cumplir con los contratos objeto de este arbitraje, no tuvo el carácter de hecho imprevisible y, por lo mismo, no se dan, en la especie, los requisitos que deben copulativamente concurrir para configurar un caso fortuito o de fuerza mayor que habilite a la demandada para eximirse de su responsabilidad por el incumplimiento que se demanda.

En lo que respecta a la validez de una convención que altera la responsabilidad normal del deudor: la Cláusula de Limitación de Responsabilidad.

Decimoquinto: Resuelto ya el problema planteado en relación con la imputabilidad de la demandada, corresponde considerar la discusión en torno a la validez de una convención de los contratos objeto del presente litigio que, de recibir aplicación, alteraría la responsabilidad normal del deudor; nos referimos a la cláusula de limitación de responsabilidad, contenida en el Artículo VI, en particular a su inciso segundo, que señala lo siguiente: “Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad del transportador derivada del incumplimiento de las obligaciones del presente contrato a favor del comprador estará limitada al 10% del monto del viaje o viajes a que tal incumplimiento se refiera”.

Decimosexto: Para la demandante, la disposición anteriormente transcrita perdió validez desde el momento en que la demandada dio en los contratos a la nave como existente, sin que ello fuera efectivo, agregando que la posibilidad de que la nave no existiera, jamás le fue representada. Argumenta que, de haber sabido que existía un riesgo que la nave contratada no estuviese disponible para efectuar los viajes, no habría celebrado los contratos, o lo habría hecho en términos radicalmente diferentes.

Subsidiariamente, y para el caso de considerarse que la inexistencia de la nave prometida constituye un tipo de incumplimiento que queda amparado por la cláusula limitativa de responsabilidad, se discute por la demandante su aplicación, por considerar que ZZ incurrió en dolo o culpa grave, al comunicar tardíamente la indisponibilidad de la M/N VA para efectuar los viajes contratados.

Decimoséptimo: La demandada refuta que los contratos hayan incurrido en falsedades, argumentando que ello tuvo origen en un intrascendente error administrativo. Agrega que la demandante habría tenido perfecto conocimiento de que la embarcación se encontraba en construcción al momento de celebrarse los contratos.

Para ZZ la cláusula de limitación de responsabilidad fue libremente consentida y su inclusión en los contratos constituye una práctica habitual y aceptada en materia contractual, particularmente en el comercio marítimo. Su validez y aplicación la funda en el Principio de la Fuerza Obligatoria de los Contratos, consagrado en el Artículo 1.545 del Código Civil chileno.

En relación con la alegación subsidiaria, la demandada rechaza la imputación haber incurrido en culpa grave en la ejecución de los contratos, alegando haber empleado toda la diligencia y cuidado que le sería exigible a cualquier persona enfrentada a su situación.

Decimoctavo: En relación con el tema de la validez de la cláusula de limitación de responsabilidad, debe señalarse, primeramente, que el Principio de la Fuerza Obligatoria de los Contratos, expresada en el aforismo “*Pacta Sunt Servanda*”, constituye uno de los pilares sobre los que se funda la contratación en el ordenamiento jurídico chileno. Como dice el Profesor Jorge López Santa María, su consecuencia práctica radica en que “...*los pactos deben observarse, las palabras deben cumplirse; los contratos obligan...*”³.

Decimonoveno: Sin embargo, debemos preguntarnos si el referido “*Pacta Sunt Servanda*” constituye un dogma absoluto, que no admite excepciones ni tiene contrapesos en nuestra legislación y, a este respecto, surge el Principio de la Buena Fe Contractual, que –como dice el mismo Profesor López Santa María– “...*representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los Tribunales son llamados a ponderar...*”⁴.

La consagración legal de este principio se encuentra en el Artículo 1.546 del Código Civil chileno que dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por consiguiente, “obligan no sólo a lo que en ellos se expresa”.

El principio de la Buena Fe impone a los contratantes el deber de comportarse correctamente en sus relaciones mutuas, distinguiéndose, en doctrina, cuatro momentos en los que debe estar presente: (A) Durante los tratos preliminares del contrato; (B) Al momento de su celebración; (C) Durante su ejecución o cumplimiento; y, (D) Al término del mismo.

Vigésimo: Por consiguiente, estando clara la existencia de la cláusula limitativa de responsabilidad en los contratos que nos ocupan y la fuerza obligatoria que tendría para los contrayentes, lo que tendremos que analizar, a continuación, es si las partes dieron cumplimiento al deber de comportarse correcta y lealmente durante los cuatro momentos a los cuales nos hemos referido en el párrafo anterior.

Vigésimo Primero: Durante los tratos preliminares conducentes a la celebración de un contrato, la conducta exigida es que las cosas sean presentadas conforme a la realidad; como dice el ya citado

³ Jorge López Santa María - “Los Contratos – Parte General”. Editorial Jurídica de Chile, 1986, Página 191.

⁴ Ob. Cit. Página 301.

Profesor López Santa María, “...la conducta exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra...”⁵.

En relación con este aspecto, se ha acreditado en el proceso que XX estaba en conocimiento que la nave VA era nueva y que los viajes contratados serían los primeros que cumpliría esta embarcación. En este sentido, es elocuente el párrafo del folleto publicitario promocionado por la demandante, invitando a sus clientes a ser “...los primeros que dormirán a bordo, ya que viene saliendo de los astilleros de V...”.

La duda surge al preguntarse si ZZ debía o no compartir con su contraparte, o si de hecho lo hizo, que existía un riesgo de que la construcción del barco se atrasara y, en este sentido, el contraste en la actitud de ambos contratantes es demasiado evidente: mientras la demandante fijaba plazos, nominaba supervisores técnicos, exigía Cartas Gantt e imponía al astillero TR3 multas diarias por cualquier eventual retraso, XX incurría en gastos, celebraba contratos con depósitos no reembolsables y recibía depósitos en efectivo de sus clientes.

Este era, precisamente, el propósito del punto de prueba N° 1 de estos autos, que buscaba determinar si la demandante había sido informada sobre las circunstancias que podrían afectar la disponibilidad de la nave VA para realizar los viajes contratados.

A este respecto, ZZ sólo pudo producir el testimonio de su Agente de Ventas en Europa, señor F.G., quien reconoce haber hablado el tema con el representante de XX, señor G.G., pero sólo para darle seguridades que la nave VA estaría a tiempo. Ciertos párrafos de su testimonio son reveladores: “...sobre la construcción de la nave VA yo personalmente no tenía mucha información de cómo iba la construcción. Siempre que preguntaba a la ciudad de S. me decían: la construcción va bien. Al principio yo tenía, cuando cerramos con el señor G.G. el contrato para los dos viajes, un poco de temor, pero por otro lado pensaba en la construcción de la nave MA (...). Tuvimos algunas pocas conversaciones y siempre el argumento que nosotros teníamos, basado en lo de MA, era que el barco iba a salir para septiembre de los astilleros TR3 y entonces íbamos a poder hacer los viajes en noviembre de 2005 y que si se atrasaba un poco no iban a peligrar los viajes”.

Vigésimo Segundo La falta de otras evidencias y el tenor del anterior testimonio, conducen a este sentenciador a adquirir la convicción de que la demandada faltó al deber de información sobre los riesgos asociados a la construcción de la nave, sobre los cuales tenía plena conciencia. A este respecto, aclaremos que no estamos sugiriendo que haya habido de parte de ZZ una intención dolosa, aunque sí una conducta negligente; se configura, entonces, lo que en doctrina se denomina “*culpa in contrahendo*”.

Vigésimo Tercero: Ahora bien, la forma en que se llevó a cabo la fase de la celebración del contrato tampoco fue distinta a la manera en que se desarrollaron las tratativas preliminares. En efecto, de acuerdo a lo declarado por el ya mencionado señor F.G., los instrumentos objeto de esta controversia le fueron presentados al representante de XX para su firma en una reunión, lo que hizo de inmediato, sin que hubiese habido discusión sobre sus términos, sugerencias de cambio de texto, ni las indispensables advertencias sobre el riesgo de atraso del barco a cuyo respecto ZZ tenía plena conciencia.

En este orden de ideas, resulta evidente que la demandante suscribió lo que le presentaban, basado en la confianza que tenía en su contraparte, la que habría decidido privilegiar por sobre los términos de unos contratos que ni siquiera podía comprender muy bien, porque no estaban en su idioma.

⁵ Ob. Cit. Página 295.

Vigésimo Cuarto: Por otra parte, y de acuerdo a lo ya señalado, el deber de información también subsiste durante la fase de ejecución del contrato y, a este respecto, conviene traer a colación la siguiente cronología de algunos acontecimientos considerados relevantes, surgida del análisis de documentos agregados al proceso:

9 de marzo de 2004: Se celebra el contrato entre TR3 y ZZ, para la construcción de la nave VA.

24 de septiembre de 2004: Se suscribe el primer contrato entre XX y ZZ, para el viaje que debía iniciarse el 23 de noviembre de 2005.

5 de noviembre de 2004: Se firma el segundo contrato entre las dos partes antes mencionadas, para el viaje que se iniciaría el 30 de noviembre de 2005.

30 de diciembre de 2004: Se efectúa una reunión entre TR3 y ZZ para tratar el tema del atraso del programa de construcción de la nave VA.

08 de Febrero de 2005: En el contexto de una nueva reunión para tratar el atraso de los trabajos, TR3 proporciona a ZZ un Programa de Transición que contempla entregar el buque el 15 de octubre de 2005, en un escenario “optimista” y se compromete a entregar un segundo programa con un escenario “pesimista”, contemplando la entrega del buque para el 30 de octubre de 2005.

30 de marzo de 2005: Se emite por XX el cheque por 69.840 euros a favor de TR2, para garantizar las reservas de los pasajes aéreos por los viajes de noviembre de 2005.

Mayo de 2005: XX despacha a sus clientes un folleto de promoción del crucero CH – P.

20 de junio de 2005: El Presidente de ZZ remite carta a TR3 para manifestar su gran preocupación por el atraso que presentaban los trabajos de construcción de la nave VA.

21 de junio de 2005: El Agente de ZZ en Europa remite a XX un facsímil, indicándole estar a la espera de los depósitos por los dos viajes de noviembre de 2005.

27 de julio de 2005: Se celebra una reunión entre TR3 y ZZ para postergar la entrega del barco para el 30 de octubre de 2005.

05 de agosto de 2005: Nuevo facsímil a XX del representante en Europa de ZZ, indicándole los números de las cabinas confirmadas para el viaje del 30 de noviembre de 2005.

18 de agosto de 2005: Se lleva a cabo la reunión en la que TR3 comunica formalmente a ZZ que la nueva fecha de entrega de la nave VA es el 5 de diciembre de 2005.

24 de agosto de 2005: Comunicación de ZZ a XX sobre la cancelación de los viajes del 23 y 30 de noviembre de 2005.

Vigésimo Quinto: De lo expuesto anteriormente, se puede dar por establecido que las primeras indicaciones sobre el atraso surgen para ZZ en el mes de diciembre de 2004 y que ya en febrero de 2005 existía la certeza –bajo un escenario “optimista”– que el astillero no cumpliría la fecha de entrega del 30 de septiembre de 2005 contemplada en el contrato de construcción de la nave VA.

En junio ya la inquietud de ZZ por este tema se había transformado en preocupación y lo que cuesta comprender es la razón por la cual no se hizo partícipe a XX de estos temores; tuvieron que transcurrir más de dos meses completos para que ello ocurriera.

Resulta paradójico comprobar cómo mientras en Chile se celebraban reuniones para tratar los atrasos, casi simultáneamente en Europa se exigían a XX los depósitos relacionados con el pago de los viajes contratados. Más inexplicable aún resulta comprobar que ZZ se haya tomado seis días en comunicar a su contraparte la cancelación definitiva de los viajes.

Vigésimo Sexto: Todo lo anterior conduce a este sentenciador a considerar que, durante la fase de ejecución del contrato, ZZ actuó con temeridad, conducta que, en palabras simples, consiste en representarse un resultado dañoso y descartarlo en forma temeraria, lo que también constituye una infracción al deber de comportarse correcta y lealmente que se impone por aplicación del principio de la buena fe contractual.

Vigésimo Séptimo: Finalmente, se debe también analizar el comportamiento de las partes en la fase post-contractual; esto es, cuando ya estaba claro que los contratos que nos ocupan no se podrían ejecutar.

A este respecto, es cierto que ZZ se preocupó de explorar la posibilidad de ocupar otras embarcaciones, pero es igualmente efectivo que XX estaba en lo correcto al rechazarlas, porque –como se ha acreditado– el tipo de embarcación y el itinerario constituían los dos elementos esenciales de los contratos que nos ocupan y ninguna de las alternativas que se ofrecieron era equivalente en comodidad y prestaciones a la nave que se tuvo en cuenta al contratar.

Por otra parte, la devolución de los anticipos fue casi inmediata y la oferta de rebajas en viajes futuros se hizo pensando en continuar la relación comercial, lo que no puede dar motivo a reproche alguno.

Por consiguiente, no consideramos que en esta fase post-contractual se hayan producido infracciones al principio que estamos analizando.

Vigésimo Octavo: Como conclusión de este análisis sobre el fondo del litigio, este Árbitro considera que la demandada no sólo incumplió su obligación principal de proveer la nave para efectuar los viajes objeto de los contratos que nos ocupan, sino que además infringió el principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los mismos, produciendo un desequilibrio en la relación contractual que debe ser restablecido mediante el presente fallo.

Por consiguiente, y basado en razones de justicia y equidad, se declara que ZZ no tiene derecho a utilizar la disposición contenida en el Artículo VI de los contratos materia de esta controversia para limitar su responsabilidad, debiendo responder por la totalidad de los perjuicios que se consideren acreditados en el presente proceso arbitral.

III. EN CUANTO A LOS PERJUICIOS QUE DEBEN INDEMNIZARSE

Vigésimo Noveno: Como cuestión previa es necesario precisar que, en el ordenamiento jurídico chileno, la indemnización de perjuicios por incumplimientos contractuales comprende el daño emergente y el lucro cesante. El primero consiste en el detrimento patrimonial efectivo experimentado por uno de los contratantes y el segundo en la utilidad, provecho o beneficio económico que el acreedor de la obligación deja de percibir como consecuencia del hecho dañoso.

Ambos tipos de daño requieren tener certidumbre y directa relación con el hecho a partir del cual se genera la responsabilidad del deudor.

La determinación de perjuicios que se efectúa a continuación tendrá en cuenta los referidos conceptos y requisitos de un daño para que pueda considerarse indemnizable en este Juicio Arbitral.

En lo que respecta al daño emergente

Trigésimo: Se demanda la cantidad de 2.520 euros, que XX habría desembolsado por concepto de publicidad de los cruceros, en la revista "C". Este gasto se respaldó con dos facturas que de la empresa TR10, que no fueron objetadas por la demandada y que este Árbitro acepta.

Por consiguiente, se considerarán estos 2.520 euros como perjuicio indemnizable por concepto de daño emergente.

Trigésimo Primero: Se demanda el costo que habría tenido la compra de un "mailing list" y el despacho, por parte de XX, de un folleto promocional enviado a clientes, cuyo importe la demandante estima en 20.144,16 euros.

La demandada ha discutido el criterio utilizado para distribuir este gasto, por considerar que en el folleto se incluían, además del crucero objeto de los contratos que nos ocupan, otros diez viajes que XX también organiza.

Este Árbitro considera que el costo se debe distribuir de acuerdo al siguiente criterio:

(A) Valores 100% atribuibles al Crucero CH-TF-P:

• Creación de carta y cupón de respuesta	euros 4.067,00
• Doblado de cupón de respuesta	euros 480,00
SUB TOTAL (1)	euros 4.547,00

(B) Valores que deben ser distribuidos entre todos los cruceros promocionados por XX:

• Compra del archivo de clientes	euros 4.250,00
• Envío de sobres	euros 549,40
• Retorno de sobres	euros 578,10
• Puesta en forma	euros 1.140,00
• Entrega	euros 5.400,00
• Devolución libre de pago	euros 3.679,66
Total de Gastos	euros 15.597,16
División en 11 Cruceros; cada uno	euros 1.417,92
SUB TOTAL (2)	euros 1.417,92
TOTAL (1) + (2)	euros 5.964,92

Por consiguiente, se considerará como perjuicio indemnizable con cargo al daño emergente, la suma de 5.964,92 euros.

Trigésimo Segundo: Se demanda el costo proporcional de producción del folleto de todos los cruceros que la demandante comercializa, que se valoriza en 1.672,30 euros.

Este valor es aceptado por este Árbitro y, por lo mismo, se considerará como perjuicio indemnizable con cargo al daño emergente la suma de 1.672,30 euros.

Trigésimo Tercero: Se demanda el reembolso del monto de un depósito por la suma de 68.840 euros que, según XX, corresponderían al pago de un anticipo efectuado a TR2 por la compra de pasajes aéreos, que se perdió al no haberse efectuado el viaje.

La demandada ha objetado este cobro, aduciendo –entre otras razones– que no existe constancia del carácter no reembolsable del gasto.

A este respecto, este sentenciador considera que la evidencia que se ha producido sobre el pago, sumado a los dos contratos celebrados entre XX y el mencionado transportador aéreo, son suficientes para acreditar el gasto. En efecto, el Artículo 3º de los contratos en comento, establece, con toda claridad, el carácter no reembolsable del anticipo que nos ocupa.

Por consiguiente, el monto a considerar por este rubro, por concepto de daño emergente, asciende a 69.840 euros.

Trigésimo Cuarto: Se demanda la compra de dos pasajes en Clase Ejecutiva, que –según XX– se habría efectuado para dos pasajeros del viaje del 30 de noviembre de 2005 a la agencia TR11, por la suma de 8.059 euros.

La demandada ha objetado este rubro, argumentando que no existe constancia de que los pasajes no hayan sido reembolsables en caso de no poder utilizarse.

Al respecto, este sentenciador considera que este no es un gasto aceptable, por no constar ni la emisión del billete de pasaje, ni tampoco el pago del mismo.

Trigésimo Quinto: Se demanda el reembolso del pago de la suma de 6.788 euros que se habría hecho a TR7 por la compra de 96 pasajes aéreos de un tramo doméstico, dentro de Chile.

La demandada ha rechazado este cobro aduciendo que su acreditación resulta procesalmente extemporánea, al no haber sido incluida por la demandante en sus demandas de fs. 49 y siguientes y 583 y siguientes de autos.

Al respecto este Árbitro considera que este rubro queda comprendido en la reserva de derechos que se formuló en las demandas antes mencionadas, respecto a otros gastos que pudieran acreditarse durante el proceso, además de haberse acreditado su pago y el carácter no reembolsable del desembolso.

Por consiguiente, se considerarán estos 6.788 euros como perjuicio indemnizable, por concepto de daño emergente.

En lo que respecta al lucro cesante

Trigésimo Sexto: Se demanda el margen que XX habría dejado de percibir al no poder materializar la venta de 111 pasajes a la empresa TR1; el monto pretendido por este concepto asciende a la suma de 120.790 euros.

Para acreditar esta pretensión, la demandante acompañó los siguientes antecedentes: (A) Copias de los contratos suscritos entre TR1 y los 111 pasajeros antes referidos para el crucero que debía iniciarse el 23 de noviembre de 2005; (B) Una factura por el monto que XX declara haber percibido por otro crucero efectuado en marzo del 2005, en el que se cobró a TR1 la suma de 4.950 euros por cada pasajero; (C) Un extracto de un experto contable, que no compareció ante este Tribunal Arbitral, a través del cual se habría practicado un balance que demostraría la existencia de un margen del 22,07%, supuestamente obtenido por XX en el ya mencionado crucero de marzo del 2005; y, (D) El pago y posterior devolución del anticipo que TR1 le habría efectuado con cargo a este viaje.

La demandada ha rechazado la procedencia de este rubro, por estimar no acreditado el margen que la demandante habría dejado de percibir por este concepto.

A este respecto, este sentenciador considera que el lucro cesante es la cantidad resultante de deducir de los ingresos brutos de una operación comercial determinada, los costos variables en los que no se incurre; ello arroja el margen bruto operacional, que es la suma que sirve para solventar los gastos fijos de la empresa y de la cual se obtiene la utilidad que se persigue.

Para acreditarlo se habría requerido –en este caso– de la presentación de un presupuesto que mostrara en una columna los ingresos esperados para el viaje y, en la otra, los desembolsos que se tenía previsto efectuar, acompañados de los respectivos contratos o cotizaciones de los prestadores de los servicios en cada tramo de la ruta.

La demandante consideró cumplido lo anterior argumentando que el crucero de marzo de 2005 era exactamente igual que aquellos que se debían desarrollar en noviembre del mismo año.

Sin embargo, este sentenciador no considera que estos antecedentes sean adecuados para determinar el margen bruto que XX habría obtenido por los viajes de noviembre, por cuanto: (A) El experto contable no señala cuáles fueron los documentos analizados para efectuar su análisis, ni tampoco da luces sobre el nivel de confiabilidad que tendría su pericia; (B) No se puede tampoco determinar si el viaje de marzo de 2005 es similar a los que debían cumplirse en noviembre de ese mismo año, como lo asevera la demandante; y, (C) Por último, tampoco se puede saber si los gastos esperados eran equivalentes, cuestión que se considera fundamental, pues es conocida la enorme variabilidad de precios que presenta la industria del turismo, dado su marcado carácter estacional.

Sin perjuicio de lo dicho, tampoco es prudente concluir que XX desarrollaba una actividad benéfica, sin esperar percibir beneficio financiero alguno.

Lo anterior ha conducido a este sentenciador a considerar –prudencialmente– un margen del 10% sobre la venta bruta, basándose en investigaciones propias efectuadas en el mercado sobre lo que se espera sea el margen bruto del organizador de cruceros de este tipo, cuando –como ocurrió en este caso– la venta se hizo como mayorista a otro operador que efectuó la comercialización al detalle.

En base a lo anterior, el cálculo del margen se efectúa como sigue:

111 Pasajes, a 4.950 euros cada uno	euros 549.450
Margen 10 %	euros 54.945

Por consiguiente, el valor a considerar por este concepto asciende a 54.945 euros como perjuicio indemnizable por concepto de lucro cesante.

Trigésimo Séptimo: Se demanda el lucro cesante correspondiente al margen que XX habría dejado de percibir por clientes propios, cuyo embarque estaba previsto en el segundo crucero, con salida el 30 de noviembre de 2005. El monto pretendido por este concepto asciende a 178.320 euros.

A este respecto cabe formular las mismas consideraciones efectuadas para el caso anterior, con la salvedad de que resulta evidente que el monto bruto percibido por XX por cada pasajero fue de 6.576,25 euros, ya que actuó en el doble carácter de organizador del crucero y vendedor minorista.

Por consiguiente, se considera prudente considerar un 15% de margen para este caso y efectuar el cálculo sobre la base del monto total del viaje de cada pasajero que se indica en los respectivos “Boletines de Inscripción” que se encuentran agregados al proceso, cuyo monto total asciende a la suma de 394.575 euros.

De este modo, el cálculo del margen se desarrolla como sigue:

Monto Total Vendido	euros 394.575
Margen 15%	euros 59.186,25

Por consiguiente, el valor a considerar como perjuicio indemnizable por este concepto, asciende a la cantidad de 59.186,25 euros.

En lo que se refiere a los otros perjuicios demandados

Trigésimo Octavo: Se demanda un daño a la reputación de XX, estimado en 100.000 euros, que este sentenciador no considera indemnizable por carecer de certidumbre, aparte de no haber sido acreditado en autos.

Trigésimo Noveno: Se demanda la suma de 164.555 euros, que XX considera estaría obligada a efectuarle a la empresa TR1, como compensación de los perjuicios reclamados por esta última, como consecuencia de la cancelación del crucero del 23 de noviembre de 2005.

Al respecto, este Árbitro no considera que este sea un perjuicio indemnizable, por no ser actual sino eventual, aparte de no haber sido acreditado en autos.

Cuadragésimo: La suma de los perjuicios considerados indemnizables por este Árbitro totaliza la cantidad de 200.916,47 euros, a los cuales debe descontarse la suma de 31.500 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, equivalentes a esta fecha a 23.625 euros, que corresponde a la cantidad ya pagada a título de indemnización por ZZ.

De lo anteriormente expuesto cabe concluir que la suma a pagar por ZZ a XX por concepto de indemnización de perjuicios asciende a 177.291,47 euros.

PARTE RESOLUTIVA

En base a las consideraciones expuestas, disposiciones legales y principios citados y razones de prudencia y equidad invocadas,

SE DECLARA:

- 1º. Que se acogen parcialmente las demandas de fs. 49 y siguientes y 583 y siguientes de autos, debiendo ZZ pagar a XX la suma de 177.291,47 euros (ciento setenta y siete mil doscientos noventa y uno coma cuarenta y siete euros).
- 2º. Que cada parte asumirá sus propios costos y se pagarán los comunes por mitades, incluidos los honorarios y gastos del Árbitro, en razón de estimarse que ambas partes han tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese esta sentencia arbitral personalmente o por cédula a través de un Ministro de Fe. Juez Árbitro, señor Javier Carvallo Pardo.