

Juan Carlos Varela Morgan

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 29 de diciembre de 2011

Rol 1203-2010

MATERIAS: Árbitro Arbitrador - Acumulación de autos - Inexistencia, nulidad, absoluta, nulidad relativa - Falta de personería. Factor de comercio – Ratificación - Información íntegra y oportuna - Resolución de contrato - Contratos de custodia y compraventa de valores a plazo - Obligaciones del mandante - Mala fe contractual.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad de inversiones XX presenta demanda contra la corredora de bolsa ZZ solicitando se declare la inexistencia, en subsidio la nulidad absoluta, en subsidio la nulidad relativa, de los contratos de Custodia y de Compraventa de Valores a plazo (Simultáneas), fundada en que ambos contratos habrían sido suscritos por el gerente general y no por a lo menos dos de los apoderados sociales. Solicita, además, la restitución de la provisión de fondos entregada a la Corredora y el pago de los “frutos civiles”, que los estima en 3% mensual calculado sobre la provisión de fondos. Subsidiariamente demanda la resolución de los Contratos de Custodia y de Simultáneas y el pago de \$ 919.125.535 como indemnización del daño emergente y del lucro cesante. Funda su demanda en incumplimientos contractuales consistentes en la inversión de sus fondos sin su autorización ni su conocimiento, de todo lo cual se derivó la pérdida de la provisión de fondos y una supuesta deuda por \$ 269.013.560.

Por su parte, ZZ presenta demanda contra XX sosteniendo que toda su actuación fue consentida y conocida íntegra y oportunamente por su cliente, quien no la proveyó de los fondos suficientes para responder a las operaciones realizadas en cumplimiento de sus instrucciones. En razón de lo anterior, el mandante debe ser responsable del resultado de ellas, razón por la cual demanda el pago de la suma de \$ 414.626.336.

El Árbitro ordenó la acumulación de ambos juicios.

LEGISLACIÓN APLICADA: El Árbitro dejó constancia que su condición de Arbitrador lo liberaba de invocar disposiciones legales que sirvan de fundamento a su fallo.

DOCTRINA: El hecho de que un contrato, propio del giro del contratante, esté firmado sólo por su gerente general, no obstante que el régimen de poderes exija la firma de dos apoderados, no causa ni la inexistencia, ni la nulidad absoluta, ni la nulidad relativa del contrato. El gerente general al suscribir el contrato actúa como factor de comercio, con las consecuencias que a ello atribuye el Artículo 326 del Código de Comercio. El hecho de que, con conocimiento de los demás directores y apoderados, se haya dado cumplimiento y se hayan aplicado los contratos cuestionados, todo ello con su absoluto conocimiento por la información periódica y constante (mensual) entregada por la Corredora durante casi cuatro años, importa ratificación de las operaciones. En el proceso se acreditó a cabalidad este conocimiento y la información entregada, lo que fue desconocido y negado por XX, conducta que fue calificada por el Árbitro, como ofensiva a la buena fe contractual. XX no cumplió con su obligación de proveer oportunamente al corredor de los fondos necesarios para realizar las operaciones realizadas en su interés. El Árbitro desechó las demandas de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, y también la demanda subsidiaria de resolución de contrato y acogió parcialmente la demanda de ZZ.

El Recurso de Queja interpuesto por XX fue desechado por la Ilma. Corte de Apelaciones.

SENTENCIA:

En Santiago de Chile, a 29 de diciembre de 2011.

El Árbitro Arbitrador don Juan Carlos Varela Morgan ha dictado la siguiente sentencia para resolver el litigio promovido por ZZ Corredores de Bolsa S.A., en adelante en esta sentencia, ZZ, persona jurídica que solicitó al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), la designación de un Árbitro Arbitrador para que resolviera en única instancia las dificultades que mantenía con sociedad Inmobiliaria e Inversiones XX S.A., en adelante en esta sentencia, XX.

I.- ANTECEDENTES

1. El compromiso

En la cláusula 20° del Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia, de fecha 01.07.2004, (en adelante el Contrato de Custodia), acompañado a fs. 5, y en la cláusula N° 12 de las Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores, de fecha 23.11.2004, (en adelante el Contrato de Simultáneas), agregado a fs. 10, se convino en someter a la decisión de un Árbitro Arbitrador, cualquier dificultad o controversia que se produjere entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, terminación, validez o ejecución de dichos contratos. Las partes confirieron poder especial al Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que a solicitud escrita de una cualquiera de ellas, designara el Árbitro de entre los integrantes del cuerpo arbitral del CAM, con carácter de Arbitrador y de única instancia. En el Contrato de Simultáneas (cláusula 12), las partes estipularon que “en contra de las resoluciones (las del Árbitro) procederán todos los recursos que establezca la ley, por lo cual se renuncia expresamente a ellos”.

A fs. 1 se agregó la solicitud de ZZ de someter a arbitraje las dificultades que mantenía con XX. Del documento que corre a fs. 19 consta que con fecha 16 de marzo de 2010, se designó Árbitro Arbitrador al abogado Juan Carlos Varela Morgan para resolver dichas dificultades.

2. Aceptación y constitución del arbitraje

El día 6 de abril de 2010 el Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible (fs. 22). Por resolución del 13 de abril de 2010 (fs. 23), el Árbitro tuvo por constituido el compromiso, citó a las partes a comparendo con el objeto de acordar las reglas de procedimiento y designó actuario al abogado don AC.

3. Las partes y sus abogados

Son partes en este juicio arbitral:

- a) La sociedad Inmobiliaria e Inversiones XX S.A., representada por sus apoderados señores P.R. y S.R., según poder que corre a fs. 28. XX designó abogado patrocinante y confirió poder a don S.R., quien posteriormente renunció, según consta del escrito de fs. 219. En su reemplazo, XX designó abogado patrocinante y confirió poder a don AB1, todo lo cual consta del escrito de fs. 220. Esta parte fijó inicialmente su domicilio en calle DML, oficina 405. A partir del cambio de abogado patrocinante el domicilio de esta parte fue calle DML, oficina 501, comuna de Santiago. Posteriormente, según consta del escrito de fs. 254, el abogado don AB1 delegó el poder con que actúa en autos en la persona del abogado don AB2. Asimismo, por escrito que corre a fs. 249, XX fijó como su nuevo domicilio DML, oficina 1701; y
- b) ZZ, representada por sus apoderados judiciales señores J.I. (poder acompañado a fs. 39) y F.A. (poder acompañado a fs. 13). Esta parte fijó su domicilio en calle DML, comuna de Santiago. Por escrito que corre a fs. 95, don F.A. delegó el poder con que actuaba en la abogado doña AB3. Por escrito que corre a fs. 1903 esta parte fijó como su nuevo domicilio en DML.

4. Reglas de Procedimiento. Solicitud de nulidad

En comparendo celebrado con la sola asistencia de ZZ el día 26 de abril de 2010, cuya acta se agregó a fs. 41, el Árbitro, en uso de sus facultades, fijó las reglas de procedimiento con arreglo a las cuales se ha tramitado el presente juicio.

El mismo día del comparendo, y mientras éste se realizaba en las oficinas del CAM, XX presentó en las oficinas del Árbitro, un escrito (fs. 31) por el cual solicitó, como excepción de previo y especial pronunciamiento, que el Árbitro declarara “que el compromiso asumido en esta sede arbitral acaece (sic) de nulidad, y asimismo es nula la designación al Árbitro, como también la aceptación del compromiso, y que en consecuencia este Tribunal Arbitral es absolutamente incompetente para conocer de cualquier controversia entre las partes, con costas”. La nulidad la fundó el peticionario en el hecho de que los Contratos de Custodia y de Simultáneas, antes singularizados en esta sentencia, habrían sido suscritos por sólo un apoderado de XX (don A.R.), en circunstancias que conforme a la escritura que corre a fs. 28, para obligar a dicha sociedad sería menester la concurrencia simultánea de a lo menos dos cualesquiera de los señores S.R., A.R. o P.R.

A fs. 47 el Árbitro dio traslado de esta petición a ZZ por el término de tres días, traslado que fue evacuado por escrito de fs. 48.

Por resolución fundada que corre a fs. 51, el Árbitro desechó, con costas, el incidente promovido por XX. Ello en razón de que, según aparecía del dicho de los litigantes, hasta la fecha de la resolución, ningún Tribunal había declarado la nulidad de los contratos impugnados y la vía incidental no era la adecuada para pronunciarse sobre una cuestión de fondo.

Con posterioridad, en este litigio se practicaron y por su orden, las actuaciones siguientes: A fs. 53 presentó demanda XX en contra de ZZ; y a fs. 82, ZZ presentó demanda contra XX. Por resolución de fs. 96, el Árbitro resolvió acumular ambos juicios, los que desde entonces se siguieron en el expediente abierto en el CAM, caratulado ZZ Corredores de Bolsa S.A. con sociedad Inmobiliaria e Inversiones XX S.A.; y también proveyó ambos libelos. A fs. 99 ZZ contestó la demanda y a fs. 132, lo hizo XX. No hubo ni réplica ni dúplica, sino que por decisión del Árbitro, cada una de las partes formuló observaciones a la contestación de la demanda hecha por su contraparte (XX a fs. 175 y ZZ a fs. 202). Se llevó a efecto, sin éxito, el trámite de conciliación (fs. 225) gestión que fue intentada nuevamente, otra vez sin éxito, según consta de fs. 1859 y fs. 1907. Se recibió la causa a prueba y se fijaron los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que debía recaer (fs. 227); se agregaron con citación los documentos acompañados por las partes. Ambas partes rindieron prueba testifical. A petición de ZZ absolviéron posiciones los representantes de XX señores A.R. y P.R. Por resolución de fs. 1857 y 1909, se designó perito contable a don PE1. El perito aceptó el cargo y prestó juramento según consta de fs. 1909 y 1913. Las partes no objetaron la designación dentro del plazo que el Árbitro les concedió para ello. El informe del perito fue agregado a fs. 2444.

Dentro del mismo cuaderno principal, que consta de once tomos, se tramitó un incidente de objeción de documento promovido por XX, parte que objetó la integridad y la autenticidad de la rúbrica o media firma puesta en la primera página del documento acompañado a fs. 5. A petición de XX se designó perito calígrafo al Laboratorio PE2. A fs. 2385 se agregó la respuesta negativa a realizar el peritaje solicitado en razón de tener prohibición legal de actuar en asunto de interés privado. En definitiva, por las razones que se consignan en la resolución que rechazó la objeción, el Árbitro decidió prescindir del peritaje caligráfico antes decretado. Dentro de este mismo incidente absolvió posiciones nuevamente don A.R., agregándose el pliego de las preguntas y el texto de sus respuestas desde fs. 2141 a 2146. La objeción formulada por XX fue rechazada, con costas, por resolución que corre de fs. 2403 a fs. 2408 y que se reproduce más adelante. La reposición solicitada por XX (fs. 2419) fue también rechazada por resolución que corre de fs. 2431 a fs. 2433.

Ambas partes presentaron escrito con observaciones a la prueba rendida. Finalmente, por resolución de fecha 15 de diciembre de 2011, el Árbitro citó a las partes para oír sentencia (fs. 2516).

5. Las dificultades entre las partes

5.1. Demanda de XX

XX presentó demanda contra ZZ, la que corre a fs. 53, en la que expone que el directorio de XX, el 8 de octubre de 2004, analizó una proposición de ZZ consistente en invertir por intermedio de esta sociedad “con la expresa condición de que esta inversión sería tratada como cuenta prime y manejada directamente por la gerencia”, en ese entonces ejercida por don F.M. El 13 de octubre de 2004 XX entregó la suma de \$ 250.000.000, equivalentes entonces a 14.523,40 UF, “con el objeto de que estos fondos sean exclusivamente destinados a inversiones a nombre de XX. “La entrega de los fondos se hizo mediante carta agregada a fs. 328, firmada por don A.R. Añade que “como consecuencia de la entrega del dinero, el día 23 de noviembre de 2004, don A.R. “aparece suscribiendo” un Contrato de Compraventa a Plazo de Valores, en el cual se establecía todas las condiciones generales a aplicarse en todas las comisiones que XX encomendara a ZZ, con el objeto de efectuar operaciones de compraventa a plazo de valores admitidos a transacción en la Bolsa de Comercio de Santiago”. En su demanda, XX solicita que el Árbitro declare: a) Que son inexistentes los Contratos de Custodia y de Simultáneas; b) Para el caso que esta petición fuere desechada, que los contratos son nulos de nulidad absoluta; c) Si tampoco se declara la nulidad absoluta, que los contratos son nulos de nulidad relativa; d) Que las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallaban antes de la celebración de los contratos impugnados; e) Que ZZ debe restituir a XX la suma de \$ 250.000.000, “más reajustes, desde la fecha de la entrega de los dineros y hasta la fecha de su restitución”; f) Que XX debe pagar a ZZ “frutos civiles correspondientes a intereses del 3% mensual de rentabilidad sobre el total de los dineros entregados, como prestaciones mutuas derivadas de la restitución de un ingreso que XX esperó incorporar a su patrimonio con una administración diligente de dichos recursos”. Los frutos civiles que demanda los estima en la suma de \$ 9.293.763 mensuales (3% mensual), razón por la cual dicha cifra “deberá multiplicarse por todos los meses en que el contrato ha permanecido vigente”. Hasta la fecha de la presentación de su demanda avalúa el perjuicio sufrido “por concepto de pérdida de frutos civiles” en la suma de \$ 613.388.358; g) En subsidio de las dos últimas peticiones y por los mismos conceptos ya indicados, solicita que el Árbitro condene a ZZ al pago de la suma “que de acuerdo a su sabiduría y experiencia estime de justicia”; condenándose a ZZ al pago de las costas de la causa.

Como demanda subsidiaria solicita: 1) “Se resuelva el contrato celebrado entre XX y ZZ”; 2) Se condene a ZZ a pagar, “por concepto de indemnización de perjuicios, una suma equivalente a \$ 919.125.535”, “más intereses y reajustes desde la fecha de la presentación de esta demanda”, o la cantidad que el Árbitro estime de justicia; y 3) Se condene a ZZ al pago de las costas de la causa.

XX sostiene que los Contratos de Custodia y de Simultáneas son inexistentes, y en subsidio, nulos de nulidad absoluta, y en subsidio de lo anterior, nulos de nulidad relativa, por aparecer firmados sólo por don A.R., en circunstancias que, de acuerdo a la fotocopia de la escritura pública de poder acompañada por esta parte a fs. 28, para obligar a XX es necesario que actúen conjuntamente a lo menos dos de los directores señores P.R., A.R. o S.R. La omisión de una segunda firma, a juicio de XX, importaría la falta de un requisito de existencia necesario para el nacimiento a la vida jurídica de dichos contratos, cual sería el consentimiento, puesto que la voluntad de XX se habría manifestado por quien no tenía facultades para obligarlo. Para el evento de que se rechace esta argumentación y el Árbitro dé por existentes los contratos, alega la nulidad absoluta de éstos, también por falta de consentimiento y, además, por “incapacidad absoluta de la parte que concurrió a otorgarlos”, fundado todo en la insuficiencia del poder de don A.R. Subsidiariamente, y para el caso que no se acepte su petición de nulidad absoluta, pide se declare la nulidad relativa de los contratos, pues la insuficiencia de facultades tantas veces referidas importaría el vicio de “omisión de formalidades habilitantes”. XX sostiene que, a la fecha de celebración del Contrato de Custodia, don A.R. no tendría “ni siquiera la calidad de gerente pues su nombramiento es posterior” (fs. 57, fs. 156 y fs. 175), afirmación que, como se verá más adelante, contradice el mérito de autos y también lo afirmado por el propio abogado don S.R.

Subsidiariamente a sus demandas de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, XX pide se declare la resolución del “contrato celebrado entre XX y ZZ” (sic fs. 80), sin indicar a cuál de los contratos se refiere. Su acción la funda en los que considera incumplimientos de ZZ, que menciona, a saber:

1) La compensación indebida, ya que ZZ “realizó operaciones de venta y liquidó” acciones de propiedad de XX, sin su autorización y aún contra su voluntad, destinando el producto obtenido en esas operaciones a reembolsarse del pago de supuestas deudas que XX tendría en favor de ZZ. Esta conducta vulneraría el Artículo 33 de la Ley de Valores;

2) La misma conducta constituye, a juicio de XX, un uso indebido de la custodia, infringiéndose así los Artículos 60 letra i) de la Ley de Valores, la Sección B, punto 4.1.6 del “Manual y Obligaciones de Corredores de la Bolsa de Comercio”, y los Artículos 77 y 78 del Reglamento de Corredores, toda vez que la facultad de disponer de la custodia no había sido conferida a ZZ; y

3) “La utilización de los fondos invertidos sin emplear la diligencia debida exigida en la Ley”, toda vez que ZZ habría efectuado “por cuenta propia operaciones de compraventa a plazo de valores sin el consentimiento ni posterior ratificación” de XX. Sin perjuicio de la presunción de culpa establecida en el Código Civil para el caso de incumplimiento contractual, señala que “si bien el contrato de administración de fondos de terceros implica cierto riesgo que debe ser soportado por el cliente”, ZZ no actuó con la diligencia que corresponde a alguien que está recibiendo un estipendio por sus servicios, además de haber infringido disposiciones legales y reglamentarias. En su argumentación, hace referencia a la cláusula 3ª del Contrato de Simultáneas conforme a la cual “Todas las órdenes que el cliente dé al corredor, para efectuar operaciones, se darán por escrito, utilizando para ello los formularios que contengan todas las enunciaciones exigidas por los Reglamentos de Bolsa y las demás disposiciones aplicables, incluyendo estas condiciones generales. El corredor podrá aceptar, pero sin que ello implique que deba hacerlo, que el cliente dé órdenes verbales, sujeto siempre a que ellas sean confirmadas por escrito dentro de las 24 horas”.

Agrega que con culpa y sin autorización de XX, incluso infringiendo normas legales, ZZ adoptó decisiones de compra y venta de valores que en definitiva se tradujeron en los siguientes daños que ha soportado XX, cuya indemnización demanda conjuntamente con la resolución del contrato: a) Daño emergente por la suma de \$ 145.358.776, que corresponde al valor de las acciones que XX tenía entregadas en custodia a ZZ y por la suma de \$ 160.378.401, que corresponde a la diferencia entre la suma antes indicada y el valor a la fecha de la demanda de las 14.523,40 Unidades de Fomento que XX entregó inicialmente “para ser administradas por ZZ” (\$ 305.737.177 en total); b) Lucro cesante por la cantidad de \$ 9.293.763, esto es, el 3% de los \$ 305.737.177, cantidad en que estima la renta mensual que “razonablemente” debería haber producido la inversión, supuesta una administración hecha con la prudencia que un hombre prudente utiliza en sus negocios propios. A la fecha de la demanda, el lucro cesante llegaría a \$ 613.388.358. Sumados daño emergente y lucro cesante, demanda \$ 919.125.535. XX afirma que entre la actuación de ZZ y el resultado daño hay relación de causalidad, ya que de no haberse efectuado estas operaciones no consentidas, no se habría producido el resultado daño. En definitiva, demanda el pago de \$ 919.125.535, con intereses y reajustes desde la fecha de presentación de la demanda o la suma que el Árbitro estime de justicia, más las costas de la causa.

5.2. Demanda de ZZ

A fs. 82 corre la demanda presentada por ZZ, por la cual solicita que el Árbitro declare:

- a) Que XX le debe pagar la suma de \$ 269.013.560, más reajustes e intereses corrientes desde la fecha de notificación de la demanda, los que se devengarán hasta la fecha de pago efectivo;
- b) Que XX debe pagar las costas de la causa.

Sostiene que el 1 de julio de 2004, don A.R., en representación de XX, firmó el Contrato de Custodia, en cuya virtud entregó a ZZ la suma de \$ 250.000.000, con los cuales el 15.10.2004 adquirió 283.408 acciones de TR1. Posteriormente, el 23.11.2004 suscribió con los representantes de ZZ el Contrato de Simultáneas, con lo cual XX “quedó habilitado para operar en el mercado de Simultáneas, ya sea como financista o financiado”. Agrega que después de operar como “financista” en Simultáneas, XX decidió, a partir de octubre de 2005, incursionar en el mercado de Simultáneas, pero ahora como financiado; ello motivado por las fuertes pérdidas que habría sufrido en una inversión de acciones de TR2. En el mes de octubre de 2005 compró a plazo 84.590 acciones de TR3 y posteriormente realizó otras operaciones de riesgo, que la llevaron a perder su patrimonio, de manera que al mes de octubre de 2006, XX ya adeudaba a ZZ la suma de \$ 23.023.907, “pues sus obligaciones de Simultáneas eran superiores a los valores mantenidos en custodia”. XX continuó con estas operaciones, sin resultados positivos, sino que, por el contrario, en particular por operaciones con acciones de TR4, aumentó sus pérdidas para llegar, al mes de julio de 2007, a adeudar a la Corredora la suma de \$ 148.214.546. Con este motivo, en ZZ se da la orden de no continuar operando con XX. La deuda se habría generado como consecuencia de que XX operaba sin recursos propios, ya que a esa fecha ya había perdido todos los entregados originalmente para financiar sus operaciones. Esta realidad hizo que se realizaran conversaciones entre las partes; ZZ solicitó, sin éxito, que XX regularizara su situación y allegara mayores recursos. En las conversaciones sostenidas durante todo el resto del año 2007 participó en representación de XX el abogado y director de esa compañía, don S.R., quien planteó una propuesta de transacción que no fue aceptada por ZZ. Como XX no pagó su deuda ni hizo una propuesta satisfactoria, ZZ “procedió a liquidar las acciones en custodia que tenía XX, y producto de esa liquidación, que fue resistida por XX”, al mes de marzo de 2008, la deuda quedó en la cantidad de \$ 269.013.560. Como sustento de su demanda cita el Artículo 2.158 del Código Civil, en cuanto obliga al mandatario a proveer al mandante de los recursos necesarios para la ejecución del mandato, contrato que ligaba a las partes conforme se estipuló en la cláusula 5ª del Contrato de Custodia. El mismo contrato autoriza a la Corredora, en caso de no ser provista de fondos suficientes dentro de las 48 horas siguientes a la operación, para enajenar en rueda, sin responsabilidad ulterior, las acciones adquiridas sin la correspondiente provisión (cláusula 21ª). Cita también la cláusula 4ª del Contrato de Simultáneas, conforme a la cual si el cliente no hace una provisión de fondos suficientes, el corredor puede dar crédito a su cliente, “en el entendido que será siempre obligación esencial del cliente, sin la cual el corredor no habría contratado, completar íntegramente la provisión o elevarla hasta el monto que el corredor se la exija...”. Para el caso de que el cliente no dé cumplimiento a esta obligación “el corredor queda en virtud de este instrumento irrevocablemente autorizado para que cubra o liquide la o las órdenes respecto de las cuales faltare provisión al cliente, o tome una posición de signo contrario a aquéllas, quedando el cliente obligado a solucionar en favor del corredor cualquier déficit que en contra del cliente se produjere con motivo de la liquidación de tales órdenes”. Cita también la cláusula 7ª del Contrato de Simultáneas, que habilita al corredor para exigir garantías al cliente, calificándose como “incumplimiento grave de sus obligaciones para con el corredor”, la negativa a constituir las cauciones que se le hayan exigido. Con estos fundamentos, y por resultar insuficiente el producto de la venta de las acciones que XX mantenía en custodia para satisfacer su deuda por falta de provisión, ZZ demanda el pago del monto adeudado, ascendente a \$ 269.013.560, o el que en definitiva fije el Tribunal, más reajustes desde el 31 de marzo de 2008 e intereses convencionales o corrientes hasta la fecha de pago efectivo, todo según en definitiva resuelva el Árbitro; y más las costas de la causa. Subsidiariamente, y para el caso de que su demanda principal no sea aceptada, ZZ demanda el pago de \$ 414.626.336, o la suma mayor o menor que determine el Árbitro, suma que corresponde al monto de la provisión de fondos que debió haber efectuado XX para la compra de acciones al contado y a plazo; también con intereses convencionales o corrientes, según decida el Tribunal, más las costas de la causa.

5.3. Contestación de ZZ

A fs. 99 ZZ contestó la demanda de fs. 53. Expone que el 1º de julio de 2004 las partes firmaron el Contrato de Custodia; que el 13 de octubre del mismo año XX le entregó \$ 250.000.000 y que al cliente se le asignó como ejecutiva a doña M.O. Que como representante de XX actuaba don “P.” (sic) A.R., pero que a partir de noviembre de 2005, lo reemplaza don P.R., hechos que estarían acreditados por las declaraciones que don P.R. prestó ante la Superintendencia de Valores y Seguros. En ella, habría reconocido que el directorio adoptó la decisión de entregar a ZZ por intermedio de A.R., que era el “interlocutor válido” dentro de la Corredora y quien reportaba

posteriormente al directorio. Más adelante, desde febrero de 2006, el interlocutor fue don P.R., quien se reunía con doña M.O. para recibir la información sobre lo actuado. Agrega que el 23 de noviembre de 2004 se firmó el Contrato de Simultáneas; que XX actuó primero como financista de Simultáneas pero que a partir del 27 de octubre de 2005, pasó a operar como “financiado”. El patrimonio de XX se deterioró por una equivocada operación con acciones de TR2, que no se vendieron oportunamente por decisión de don A.R., que quería obtener un precio unitario de \$ 1.400, razón por la cual habría desechado la recomendación de venderlas a \$ 1.378. Como la acción de TR2 siguió bajando importantemente, se provocó una reunión en la que participaron los señores P.R. y A.R., por XX, y por ZZ, los señores F.M. (gerente general) y don R.G. (alto ejecutivo y luego gerente general). Los señores apoderados habrían decidido mantener las acciones de TR2, a esa fecha con un precio unitario de \$ 975, contra la recomendación explícita de la Corredora de venderlas. Cita además una serie de sucesivas operaciones de compra y venta de acciones decididas por XX, llegándose al 14 de junio de 2006, con una posición de deuda \$ 351.335.674 por acciones compradas a plazo y de sólo \$ 26.062.436, que era el valor de las acciones mantenidas en custodia. Afirma que a esa fecha ZZ debió haber liquidado las posiciones, ya que el cliente no tenía garantías suficientes, pero que ello no habría ocurrido “por la relación de parentesco entre don F.M. y los accionistas de XX”. En junio de 2007, después de que don F.M. fuera “desafectado de la Corredora”, se produce una reunión con participación de don P.R. y don A.R., por una parte, y don R.G. (nuevo gerente general de la Corredora), doña A.U. y doña M.O., todos ellos en representación de ZZ. En esta reunión se habría acordado que XX traería nuevos recursos, lo que nunca se concretó. En razón de ello, y haciendo uso de sus facultades contractuales, ZZ, entre los meses de marzo y mayo de 2008, liquidó las posiciones de XX. En cuanto al derecho, sostiene que a las partes las liga un mandato de carácter mercantil, razón por la cual y conforme lo dispone el Artículo 327 del Código de Comercio, los actos del comisionista, tales como violación de instrucciones, apropiación del resultado de la negociación o el abuso de confianza, no liberan al comitente de las obligaciones nacidas de los contratos celebrados en su nombre. En razón de lo anterior, estima insostenibles las acciones de inexistencia, de nulidad absoluta o relativa, de los Contratos de Custodia y de Simultáneas interpuestas por XX. Agrega que la acción correcta, pero no entablada, habría sido la de inoponibilidad. Además, alega que resultan insostenibles las referidas acciones luego de que XX, basado precisamente en esos contratos, haya accionado contra ZZ ante la Superintendencia de Valores y Seguros y que los señores apoderados hayan reconocido en sus declaraciones ante dicho organismo, la existencia y validez de los contratos. De ellas aparece que XX prestó su consentimiento, que el directorio de esa entidad aprobó la inversión de los \$ 250.000.000; y que comisionó primero como su representante a don A.R. y luego a don P.R. Agrega que también debe rechazarse la causal de incapacidad alegada como fundamento la nulidad absoluta, ya que la alegada por XX no existe en la ley. En cuanto a la nulidad relativa, vuelve sobre el carácter mercantil del mandato que liga a las partes y de las consecuencias que esta circunstancia produce. Sostiene que de todas formas, los contratos habrían sido aprobados por el directorio, lo que quedó demostrado con la declaración de los señores apoderados ante la SVS, y luego ratificados, desde que XX sostiene que hubo “un uso indebido de custodia de acciones entre los meses de marzo y mayo de 2008”. Finalmente, alega la prescripción de la acción de nulidad relativa, ya que desde la celebración de los contratos y hasta la notificación de la demanda, habrían transcurrido más de cuatro años. En cuanto a la demanda de resolución, alega su improcedencia, por cuanto los contratos se encuentran terminados por decisión de XX, quien ordenó por escrito el día 6 de mayo de 2008, el traslado de la custodia a otro intermediario (TR5); y no puede resolverse un contrato ya terminado. Seguidamente, sostiene que XX ha sido un contratante negligente e incumplidor, razón por la cual, carece de la acción de resolución, la que supone que el actor haya cumplido o esté llano a cumplir con sus obligaciones contractuales. XX no proveyó los fondos necesarios para dar cumplimiento a sus encargos ni entregó las garantías suficientes, todo lo cual importa un grave incumplimiento de sus obligaciones. Continúa sosteniendo que el gerente general de XX don A.R. reconoció en su declaración ante la SVS haber actuado con negligencia grave, toda vez que habría dicho que “con M. (M.O., la ejecutiva a cargo de las operaciones de XX), la comunicación decía relación principalmente cuando me estaba enviando documentación relacionada con las operaciones que se estaban realizando y yo simplemente firmaba la documentación que me enviaba sin leerla y tampoco revisaba las cartolas. Yo radiqué mi responsabilidad como gerente en doña M.O. y en don F.M., porque confiaba en ellos”. Esta conducta del gerente general de XX, gravemente negligente, inhabilita a su representada para demandar la resolución de los contratos basada en un supuesto incumplimiento de su contraparte, aun cuando este incumplimiento existiera. Como en materia civil la

culpa grave equivale al dolo, y la conducta del personero de XX, fue gravemente culpable, ZZ sostiene que acoger la acción de resolución, importaría aceptar que XX se aprovechara de su propio dolo. Sigue en su argumentación sosteniendo que el incumplimiento ha sido de XX, al no proporcionar la provisión de fondos correspondientes. Que las operaciones fueron aprobadas por los personeros de XX, lo que se demuestra además de lo ya dicho, con el hecho de que todas las facturas de las operaciones hechas en los años de trabajo en conjunto, fueron entregadas oportunamente a XX, quien debiera tenerlas registradas en su contabilidad. Éstas, más las cartolas con el detalle de las operaciones, se enviaban al contador de la sociedad señor N.M., quien habría mantenido un constante contacto con doña M.O. Señala que hay una coincidencia entre las operaciones ordenadas (Simultáneas de TR4), por XX y las efectuadas en la misma época a título personal por su representante don P.R. y su cónyuge doña M.D. Alega que no hubo compensación indebida entre deudas del cliente y activos de su propiedad en poder de la Corredora, sino que sólo estricto cumplimiento a las estipulaciones contractuales, con el objeto de que los efectos económicos del mandato recaigan sobre el patrimonio del mandante, y no afecten al mandatario. Sostiene que tampoco hubo uso indebido de custodia, ya que ZZ se limitó a aplicar lo convenido en los Contratos de Custodia y de Simultáneas, ante el incumplimiento de XX de su obligación de proveer fondos suficientes. También rechaza la imputación de negligencia en la administración de los dineros entregados por XX, ya que nunca ZZ suscribió un contrato de administración de cartera. Termina sosteniendo que, en todo caso, la responsabilidad de ZZ se encuentra prescrita, por haber transcurrido en exceso el plazo de dos años que fija el Artículo 63 del C. de Comercio para la extinción de la responsabilidad de los corredores nacida de operaciones propias de su oficio. En cuanto a los perjuicios demandados: califica de ridícula la pretensión de XX de exigir una rentabilidad de 3% mensual como lucro cesante de la inversión de los \$ 250.000.000 entregados a ZZ. Por todo lo anterior, pide se rechacen la demanda principal y la subsidiaria interpuesta por XX, con costas.

5.4. Contestación de XX

Contestando, XX controvierte la totalidad de los hechos en que ZZ funda su demanda, salvo aquéllos expresamente aceptados. Afirma que por su giro, XX “no se dedica, no es, ni nunca ha sido experta en el mercado bursátil”. Afirma que desde la primera sesión del directorio, XX estructuró los poderes de administración de manera que siempre debían actuar conjuntamente dos directores. Que en sesión N° 43, de fecha 24 de agosto de 2004, reducida a escritura pública el 7 de diciembre del mismo año en la Notaría de Santiago de don NT1, se confirieron diversas facultades a los directores señores P.R., A.R. y S.R. Sostiene que el 1° de julio de 2004 don A.R. “aparece suscribiendo” un contrato denominado “Contrato para la Cartera de Acciones y otros Valores en Custodia”, afirmando que a esa época “el gerente de la sociedad era el señor L.M.” ...y que “el señor A.R. no tenía la representación de XX a esa época, no era su gerente, y la sociedad tampoco tenía inversiones en ZZ...” y termina preguntándose ¿De dónde sale ese contrato? Continúa señalando que en octubre de 2004 el directorio de XX analizó una propuesta de ZZ, hecha por intermedio de su gerente general don F.M., consistente en invertir a través de una “cuenta prime” que sería manejada por la gerencia. En razón de lo anterior, el 13 de octubre se entregó por carta a ZZ fondos suficientes como para que el 15 del mismo mes adquiriera para su cliente un total de 283.408 acciones de TR1. Señala a continuación que el 23 de noviembre de 2004 don A.R. “aparece suscribiendo” un Contrato de Compraventa a Plazo de Valores, en el cual se fijaron las condiciones generales a que debían someterse las operaciones de compraventa de valores pagaderas a plazo. En virtud de este contrato (cláusula 3ª) “Todas las órdenes que el cliente del corredor, para efectuar operaciones, se darán por escrito, utilizando para ello los formularios que contengan todas las enunciaciones exigidas por los Reglamentos de la Bolsa y las demás disposiciones aplicables, incluyendo estas condiciones generales. El corredor podrá aceptar, pero sin que ello implique que deba hacerlo, que el cliente dé órdenes verbales, sujeto siempre a que ellas sean confirmadas por escrito dentro de las 24 horas”. Sostiene que entre el año 2004 y el 2008, “ZZ habría efectuado, la gran mayoría de las veces, por cuenta propia operaciones simultáneas y movimientos sin informar oportunamente a mi representada, ni obtener en los hechos el consentimiento ni la posterior ratificación por parte de mi representada”, contraviniendo de esta forma la ley y lo pactado por las partes. Sigue señalando que en marzo de 2005, ZZ compró para XX 159.000 acciones de TR2, con una inversión total de \$ 211.058.273, operación que se habría realizado “sin que mi representada haya sido oportunamente informada ni solicitada su autorización”. Afirma que la operación habría sido realizada sólo en interés de ZZ, que en esa oportunidad lideró un remate de acciones de TR2. En agosto del mismo año XX manifestó a la administración de la Corredora su

inquietud por la inversión mencionada. Señala que XX nunca habría sido “formalmente” informada de que para revertir las pérdidas se harían operaciones de simultáneas como financiado, razón por la cual niega la existencia de la deuda proveniente de esas operaciones. Vuelve en el tiempo para señalar que en octubre de 2005, ZZ “utiliza nuevamente a XX para participar en la colocación de acciones de primera emisión (remate), operación que se hace con deuda, sin información ni consentimiento de XX. Afirma que en junio de 2006 “el patrimonio efectivo de XX era de \$ 124.302.294, insuficiente para asumir una deuda de \$ 345.196.428, lo que quedaría “demostrado en el estado de cuenta corriente de XX del mes de junio de 2006 donde en la custodia existe un saldo negativo por 286.894 acciones de TR4”. Señala que la gran cantidad de operaciones “que constatamos en la cuenta corriente de XX deja traslucir la existencia de incentivos para el personal de la Corredora, lo que se ve reflejado en sus comisiones”. Afirma que hasta el 28 de mayo de 2007 “el total de las comisiones cobradas... es de \$ 55.334.353”. Señala también que en agosto de 2006 ZZ habría retenido dividendos de propiedad de XX, provenientes de acciones de TR1, por la suma de \$ 11.034.853, los que habrían sido “utilizados para compensar cuentas sin el conocimiento ni posterior consentimiento por parte de XX”. Esta parte afirma que la información que recibía de ZZ, “en el denominado estado de cuenta corriente, conllevan a errores insostenibles...”, que induciría al cliente “a una lectura errónea de su real situación patrimonial”; “en otras palabras, ZZ mandaba mensualmente” a XX, “desde 2004 al 2007, informes de sus inversiones, estados de cuenta corriente, en los que se detallan las operaciones realizadas, pero en todas ellas, mes a mes, se va mostrando un total general positivo, lo que no permitía percatarse de la desastrosa gestión de inversiones de nuestra cuenta”. Al 31 de diciembre de 2007, XX tenía registrados en sus Libros, la siguiente cartera de acciones en custodia en ZZ: 127.000 de TR1; 57.717 de TR6; 1.542.471 de TR4; 175.000 de TR7; 35.000 de TR8; y 3.111 de TR9. Agrega que entre el 27 de diciembre de 2007 y el 2 de enero de 2008 ZZ realizó operaciones de compra y de venta de acciones que coinciden con las que XX mantenía en custodia, sin que en esa época hubiere dado órdenes de compra o de venta, lo que importaría un uso indebido de la custodia. Atribuye las pérdidas sufridas por XX a “decisiones tomadas unilateralmente por ZZ en operaciones de simultáneas”, razón por la cual niega la existencia de la deuda cuyo pago demanda ZZ. Reconoce que a mediados de junio de 2007 el gerente general de la Corredora comunicó a XX que adeudaba más de \$ 90.000.000; en una reunión realizada en esa fecha se le habría comunicado por primera vez a XX el resultado “de la desastrosa administración llevada a cabo por ZZ”. El aumento de esa deuda hasta la suma que se demanda -\$ 414.626.333- lo atribuye a operaciones hechas por ZZ con posterioridad a la reunión recién referida, en la que los señores A.R. y P.R. habrían manifestado su absoluto rechazo por la forma de actuar de la Corredora. El 28 de marzo de 2008 ZZ comunicó a XX su decisión de liquidar las acciones y el mismo día XX informó de su rechazo a este procedimiento. El 6 de mayo de 2008 XX solicitó a ZZ el traspaso de la totalidad de sus acciones a TR5; el 19 del mismo mes y año ZZ comunicó a XX que ya había procedido a liquidar la cartera, atendida la situación producida. Esta circunstancia constituiría un incumplimiento por parte de la Corredora de una instrucción de su cliente. El valor de liquidación de las acciones que XX mantenía bajo la custodia de ZZ fue la suma de \$ 145.358.776. Esta situación fue denunciada a la SVS, la que en definitiva aplicó una multa de UF 4.000 a ZZ. En resumen, la demanda tendría que ser rechazada por: i) los Contratos de Custodia y de Simultáneas serían inexistentes, o en subsidio, nulos de nulidad absoluta o en su defecto, por nulidad relativa; todo por las mismas razones esgrimidas en su demanda. Reiteradamente señala que uno de los contratos (el de Custodia) tendría como fecha de firma una anterior a la designación de A.R. como gerente general, afirmación que está contradicha por la propia demanda de XX, ya que a fs. 54 aseveró que la designación del señor A.R. fue el día 21 de agosto de 2003 (sesión N° 37), mientras que el contrato en cuestión tiene fecha 1° de julio de 2004; ii) A sus alegaciones anteriores agrega la inoponibilidad de los contratos, en razón de estar suscritos ellos sólo por un representante de XX, en circunstancias que su esquema de poderes exigía siempre la concurrencia de dos de sus tres apoderados y directores; iii) Opone también la excepción de contrato no cumplido, la que basa en los mismos incumplimientos que imputa a ZZ al fundar su demanda de resolución de contrato, esto es: realización de operaciones de simultáneas sin autorización previa y por escrito de XX ni tampoco con su posterior ratificación; haber compensado indebidamente el producto de la liquidación de la custodia con las supuestas deudas que demanda ZZ; el uso indebido de custodia; la “utilización de los fondos invertidos sin emplear la diligencia debida exigida por la ley”; y el incumplimiento de la cláusula 11ª del Contrato de Custodia, que imponía a la Corredora la obligación de “informar al cliente, por escrito, semanalmente respecto de

las operaciones encomendadas y realizadas”. Finalmente, niega la existencia de la deuda cuyo pago se le demanda, la que atribuye exclusivamente a acciones de ZZ no autorizadas ni consentidas por XX.

5.5. Réplica y dúplica

No hubo trámites de réplica y dúplica. El Árbitro, por providencia de fs. 174, concedió a las partes un plazo de cinco días para que cada una de ellas hiciera observaciones sobre la contestación de la demanda evacuada por la contraparte. XX lo hizo a fs. 175 y ZZ a fs. 202. En dichos escritos cada parte reitera los fundamentos de su demanda y vuelve sobre lo ya expuesto en la respectiva contestación para fundamentar el rechazo de la demanda contraria.

6. Conciliación

En cumplimiento de lo que dispone el Artículo 262 del Código de Procedimiento Civil y a lo previsto en 5.11 del Acta del Comparendo de fs. 41, por providencia de fs. 217, rectificadas a fs. 218, el Árbitro citó a las partes a comparendo de conciliación, el que se realizó, sin éxito el día 8 de julio de 2010.

También por resolución de fs. 1859 el Árbitro hizo un nuevo llamado a conciliación, el que se dio por fracasado a fs. 1907.

7. Prórroga del plazo para el Árbitro

En comparendo de fs. 225 se acordó prorrogar el plazo del Árbitro hasta el día 6 de abril de 2012.

8. Auto de prueba

Por resolución de 3 de agosto de 2010, notificada a los apoderados de las partes por medio de receptor judicial el día 17 de enero de 2011, el Árbitro fijó los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales debía recaer la prueba que rendirían ambos litigantes. Ambas partes interpusieron en contra de dicha resolución recurso de reposición, de los cuales el Árbitro confirió traslado. Evacuados los traslados, por resolución de fs. 246, de fecha 2 de marzo de 2011, el Árbitro acogió en parte ambos recursos, rechazándolos en lo demás. En la misma resolución se fijó el texto definitivo del auto de prueba, el que considera las modificaciones introducidas al texto primitivo por efecto de los recursos de reposición acogidos.

9. Prueba rendida por las partes

Las partes rindieron las siguientes pruebas:

- a) **Prueba de Testigos:** Por XX testificaron don M.C., cuya declaración corre a fs. 265, sin que fuera tachado; don J.B., cuya declaración corre a fs. 269, sin que fuera tachado; y doña M.Y., cuya declaración corre a fs. 271, sin que fuera tachada.

Por ZZ testificaron don J.M., cuya declaración corre a fs. 273, sin que fuera tachado; doña M.O., cuya declaración corre a fs. 279, sin que fuera tachada; y don M.R., cuya declaración corre a fs. 289. Respecto de este testigo XX formuló tacha fundada en lo dispuesto por los números 5 y 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. El Árbitro ordenó recibir el testimonio y dejó la resolución sobre la tacha para esta sentencia.

- b) **Prueba Documental:** Las partes rindieron la siguiente prueba documental:

XX acompañó:

Por escrito de fs. 263, la página dos de la cartola mensual, emitida por ZZ, correspondiente a las operaciones realizadas en agosto de 2007 por el cliente don P.R.; la página tres de la cartola mensual, emitida por ZZ, correspondiente a las operaciones realizadas en julio de 2007 por el cliente don P.R.; la página dos de la cartola mensual emitida por ZZ, correspondiente a las operaciones realizadas en diciembre de 2007 por el

cliente don P.R.; un Certificado de Custodia, de fecha 26.11.2007, emitido por ZZ, oficina de Temuco, también correspondiente a inversiones que don P.R. mantenía en ZZ. Por el mismo escrito acompañó los estados de cuenta corriente correspondiente a los periodos 01.11.2004 a 30.11.2004, 01.10.2005 a 31.10.2005; la página 2 del estado de cuenta corriente 01.05.2006 a 31.05.2006; y la página dos del estado de cuenta corriente 01.05.2007 al 31.05.2007; documentos todos emitidos por ZZ.

Por escrito de fs. 401, acompañó fotocopia de los estatutos de XX; fotocopia de las escrituras que contienen la personería y estructura de poderes de XX; fotocopia de la carta de 13.10.2004, por la cual XX entregó a ZZ \$ 250.000.000, “con el objeto del inicio de las operaciones bursátiles entre ambas entidades”; y fotocopia de setenta y dos facturas emitidas por ZZ a XX, que dan cuenta de operaciones de compra y venta de acciones realizadas por XX por intermedio de ZZ, las que incluyen además, el IVA causado por cada operación y la comisión cobrada por ZZ como corredor interviniente.

Por escrito de fs. 409, acompañó fotocopia de la Ficha de Cliente, extendida en formulario de ZZ, documento que ya estaba agregado al expediente a fs. 8 y 9.

Por escrito de fs. 461, fotocopia de Resolución Exenta de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), de fecha 25.08.2010; fotocopia de Resolución Exenta de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), de fecha 09.03.2011; y fotocopia de Resolución Exenta de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), de fecha 11.12.2009.

Por escrito de fs. 511, fotocopia de la cartola mensual emitida por ZZ a XX, correspondiente al período 01.01.2011 a 31.01.2011; y fotocopia de veintidós estados de cuenta corriente y dos cartolas mensuales, emitidas por ZZ a XX.

ZZ acompañó los siguientes documentos, todos por escrito de fs. 512:

Copia simple del Expediente Administrativo por el cual la SVS aplicó una multa a ZZ, con motivo de una denuncia de XX; copia simple del Informe Policial de febrero de 2011, que forma parte de la carpeta de investigación, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte; copia simple de Información Declarada por ZZ respecto de XX, formulario 1891, emitidos por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondientes a los años tributarios 2005, 2006 y 2007; copia simple de Detalle de Información Proporcionada por sus Agentes Retenedores, Informantes y Otros, por las operaciones realizadas por XX en 2008, emitido por el SII (siete páginas) y copia simple de Detalle de Información Proporcionada por sus Agentes Retenedores, Informantes y Otros, por las operaciones realizadas por XX en 2007, emitido por el SII (veinte páginas); fotocopia de setenta y siete facturas de operaciones “normales” de compraventa de acciones realizadas por XX por intermedio ZZ entre el 28.10.2004 y el 09.05.2008; fotocopia de doscientos diecinueve facturas correspondientes a compra y venta de acciones (en Simultáneas) realizadas por XX por intermedio de ZZ; fotocopia de cincuenta y siete notas de crédito, de operaciones de compraventa normales y simultáneas; fotocopia de los estados de cuenta corriente que contienen los movimientos realizados por XX a través de ZZ, desde el 01.10.2004 hasta el 31.03.2008; cartolas mensuales correspondientes a los movimientos de los meses de abril y mayo de 2008; “Relatorio” de Origen del Problema, preparado por doña M.O.; fotocopia del Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia (Contrato de Custodia), de fecha 01.07.2004, ya agregado a fs. 5 y Condiciones Generales de Compraventa a Plazo de Valores (Contrato de Simultáneas), de fecha 23.11.2003 (sic, el documento es de 23.11.2004) ya agregado a fs. “15” (sic, el documento está agregado a fs. 10); veintidós órdenes de compra venta de acciones en operaciones simultáneas, firmadas por don P.R., como representante de XX; sesenta y siete órdenes de compra venta de acciones en operaciones simultáneas, sin firma alguna; fotocopia de carta de 06.05.2008, suscrita por los señores P.R. y A.R., por la cual como representantes de XX instruyen a ZZ en orden a traspasar a TR5, la custodia sobre las acciones que en ella se indican; fotocopia de correo electrónico remitido por don P.R. a don

R.G.; y hojas del Libro de Correspondencia de ZZ, de las cuales constan la entrega de correspondencia a XX en las fechas que se indica, la que fue recibida por don N.M.

Por resoluciones de fs. 264, 533 y 534, se tuvo por acompañados todos los documentos bajo el apercibimiento contemplado en 5.5 del comparendo de fs. 41.

c).- Oficios

Accediendo a la petición formulada por XX por escritos de fs. 402, 403 y 404, el Árbitro ofició a la Superintendencia de Valores y Seguros, al Comité de Auto Regulación de la Bolsa de Comercio y a la Bolsa de Comercio de Santiago, solicitando la información requerida en los referidos escritos. Los oficios respectivos están agregados a fs. 1786 (Bolsa de Comercio), a fs. 1787 (Comité de Auto Regulación) y 1788 (SVS).

La respuesta de la Superintendencia de Valores y Seguros corre a fs. 1851; la respuesta del Comité de Auto Regulación de la Bolsa de Comercio corre a fs. 1863; la Bolsa de Comercio no dio respuesta al oficio de fs. 1786.

A petición de ZZ se ofició a la Bolsa de Comercio de Santiago (fs. 2393). La respuesta fue agregada a fs. 2398 y fs. 2441, conjuntamente con un CD enviado por la Bolsa de Comercio.

A petición de XX el Árbitro ofició al Laboratorio PE2 (fs. 2339), comunicándole su designación como perito calígrafo. Esta designación fue rechazada según consta del oficio agregado a fs. 2385.

d).- Exhibición de Documentos

Conforme a la petición de XX (fs. 406), el Árbitro despachó exhorto al Juez Civil de Turno de Santiago, para que éste ordenara a la Superintendencia de Valores y Seguros, la exhibición, dejándose copia en el expediente a costa del solicitante, de los expedientes administrativos de los cuales forman parte las Resoluciones Exentas de 11.12.2009 y de 25.08.2010. A fs. 2395 corre la respuesta de la Superintendencia y a fs. 2394 se agregó, en un sobre, el CD (Compact Disk) enviado al Árbitro por la referida Superintendencia, en el cual se encuentran grabados los expedientes administrativos cuya exhibición había solicitado XX. Por resolución de fs. 2397 el Árbitro ordenó entregar copia de este CD a cada una de las partes, de lo que quedó constancia en autos.

En comparendo de fecha 27 de abril de 2011, cuya acta se agregó a fs. 1857, se decretó la exhibición por parte de ZZ de los documentos que se mencionan en el escrito de fs. 405. Esta exhibición se realizó el día 13.07.2011, según consta del Acta de fs. 1913. El mismo día y en el mismo comparendo, se dio cumplimiento a la exhibición por parte de XX de los documentos indicados en el escrito de ZZ que corre a fs. 512. También se dejó constancia de otras exhibiciones de documentos hechas por las partes litigantes en los comparendos cuyas actas corren a fs. 2143, a fs. 2147 y a fs. 2329.

e).- Absolución de posiciones

El día 20.04.2011, absolviéron posiciones los señores A.R. y P.R., al tenor de los pliegos agregados a fs. 1795 y fs. 1798, respectivamente. El Acta de la diligencia corre entre fs. 1800 y fs. 1808.

10.- A fs. 229 se dejó constancia que los litigios que se resuelven por la presente sentencia, tienen las siguientes cuantías:

- (i) Demanda principal de XX a ZZ \$ 613.388.358 más \$ 9.293.763 por cada mes transcurrido entre el mes de mayo de 2010 y la fecha de esta sentencia;

- (ii) Demanda subsidiaria de XX a ZZ \$ 919.125.535, más reajustes e intereses desde el 13 de mayo de 2010, fecha de la presentación de la demanda;
- (iii) Demanda principal de ZZ a XX \$ 269.013.560, más reajuste desde el 31 de marzo de 2008 y la fecha de pago efectivo; y más intereses calculados con el máximo convencional desde el 14 de mayo de 2010, fecha de la presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo.
- (iv) Demanda subsidiaria de ZZ a XX \$ 414.626.336, más reajuste desde el 31 de marzo de 2008 y la fecha de pago efectivo; y más intereses calculados con el máximo convencional desde el 14 de mayo de 2010, fecha de la presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo.

II.- EN CUANTO A LAS TACHAS, DOCUMENTOS OBJETADOS Y AL FONDO

CONSIDERANDO:

1. EN CUANTO A LAS TACHAS

- a) Que la parte de XX tachó al testigo don M.R., cuya declaración corre de fs. 289 a fs. 299;
- b) Que fundó la tacha en la circunstancia de que el testigo reconoció prestar servicios permanentes y remunerados a ZZ S.A., sociedad matriz de ZZ, parte en este juicio; circunstancia que a juicio del peticionario constituiría las causales de inhabilidad para testificar consignadas en los números 5 y 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;
- c) Que a juicio del Árbitro la referida circunstancia no configura exactamente ninguna de las causales de inhabilidad alegadas al formularse la tacha, ya que ZZ S.A. no es parte en el juicio ni se ha demostrado que el resultado de éste pueda afectar de alguna manera al testigo impugnado;
- d) Que no obstante lo anterior y haciendo uso de las facultades de Arbitrador de que está revestido, acogerá la tacha y no considerará lo declarado por el señor M.R., por entender que su calidad de funcionario remunerado de la sociedad matriz de la parte que lo presenta a declarar, le resta la imparcialidad necesaria para deponer en juicio.

En razón de lo anterior, no se considerará la declaración prestada por don M.R.

2. EN CUANTO A LOS DOCUMENTOS OBJETADOS

Todas las objeciones formuladas por las partes a documentos acompañados por la contraria, fueron resueltas durante el curso de la tramitación del juicio.

- a) A fs. 1773 consta la objeción, por falta de autenticidad e integridad, que XX formuló al documento acompañado por ZZ, que está agregado a fs. 5 (al que en esta sentencia se ha llamado Contrato de Custodia). De la objeción el Árbitro dio traslado, trámite evacuado por escrito de fs. 1780;
- b) El incidente fue recibido a prueba, y el Árbitro, por resolución de fs. 1783, fijó los puntos sobre los cuales las partes debían rendirla. Ambas partes interpusieron recurso de reposición, los que fueron rechazados por el Árbitro;

El Árbitro desechó, con costas, la objeción mediante resolución que corre de fs. 2403 a fs. 2408, la que se reproduce íntegramente a continuación:

“Santiago, seis de septiembre de 2011. Vistos y considerando:

- 1.- Que a fs. 1773 la parte de Inmobiliaria e Inversiones XX S.A., en adelante XX, promovió un incidente al objetar la autenticidad e integridad del documento agregado a fs. 5, respecto del cual a fs. 512, ZZ Corredores de Bolsa S.A., en adelante ZZ, pidió que se tuviera por acompañado con citación. El Tribunal, a fs. 534, tuvo por acompañado el documento bajo el apercibimiento contemplado en el numeral 5.5 del Acta de fs. 41;

- 2.- Que el referido documento está acompañado en fotocopia. Del expediente consta que ambas partes declaran no disponer del documento original;
- 3.- Que el documento en cuestión es un “Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia”, de fecha 1º de julio de 2004, que se habría celebrado entre XX como cliente, en cuya representación actuó don A.R., y ZZ como corredor, en cuya representación compareció don F.M.;
- 4.- Que la objeción está limitada a la autenticidad de la media firma o “mosca” que aparece en la primera página de la fotocopia antedicha. XX afirma que esa media firma no fue puesta por don A.R.;
- 5.- Que, por el contrario, están expresamente reconocidas por XX como auténticas y de don A.R., la firma puesta al pie de la tercera y última hoja del documento y también la media firma o “mosca” puesta en la segunda hoja del mismo;
- 6.- Que XX ha sostenido que a la fecha de otorgamiento del documento objetado, XX no era cliente de ZZ, pero que sí lo era en esa época don A.R. personalmente y además, como representante de TR10, sociedad de su pertenencia y administración;
- 7.- Que el incidente fue recibido a prueba. El texto del auto de prueba corre a fs. 1783. Ambas partes interpusieron recursos de reposición los que fueron rechazados por el Árbitro;
- 8.- Que en el escrito de fs. 1773, en la absolución de posiciones hecha por don A.R. (fs. 2145 y 2146) y también en conversaciones sostenidas en los comparendos celebrados durante la tramitación de este juicio, los personeros de XX han sugerido que el documento objetado estaría conformado por una primera página falsa y otras dos auténticas, que habrían sido tomadas de alguno de los otros contratos firmados por don A.R. como cliente de ZZ, personalmente y como representante de TR10;
- 9.- Que absolviendo posiciones a fs. 2145, interrogado don A.R. para que diga cómo es efectivo que el documento en cuestión y que se le exhibe, fue suscrito por él, contesta: “que no puede responder si no cuenta con el contrato original”. Agrega que “a esta fecha difícilmente podría haber firmado con ZZ porque los dineros de la sociedad los manejaba el otro gerente de la sociedad, don E.M.”. Y respondiendo a la pregunta número tres, dice que “duda que esa carátula de contrato sea o no de XX, más bien cree que son de otras compañías en las que el absolvente participaba como inversionista...”;
- 10.- Que por acuerdo de las partes adoptado en comparendo cuya acta corre a fs. 2143, se designó perito calígrafo al Laboratorio PE2. Esta institución, mediante ORD N° 319, agregado a fs. 2385, informó que, en razón de restricciones legales, no podía actuar como perito para la resolución de cuestiones de carácter civil;
- 11.- Que el objeto del peritaje decretado a fs. 2143 estaba restringido a determinar si la rúbrica que aparece en la primera página del “Contrato para la Cartera de Acciones y otros Valores en Custodia”, de fecha 1 de julio de 2004 y agregado a fs. 5, fue o no escrita por don A.R.;
- 12.- Que por escrito de fs. 2382, ZZ acompañó “con citación”, los siguientes documentos en original:
 - 12.1.- Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia Persona Natural Mayor de Edad, de fecha 20 de junio de 2001, otorgado entre don A.R. y TR11;
 - 12.2.- Mandato de Administración de Dinero Persona Natural Mayor de Edad, de fecha 20 de junio de 2001, otorgado entre don A.R. y TR13;
 - 12.3.- Ficha Cliente Persona Natural Mayor de Edad, en formato de TR11;
 - 12.4.- Ficha Cliente Persona Jurídica, sin fecha, firmada por don A.R. como gerente general de TR10, en formato de TR14;
 - 12.5.- Contrato para la Cartera de Acciones y otros Valores en Custodia Persona Jurídica, de fecha 15 de octubre de 2002, otorgado entre TR10, representada por don A.R., y TR14, en cuya representación compareció don F.M.;
 - 12.6.- Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores, de fecha 15 de octubre de 2002, otorgado entre TR10, representada por don A.R., y TR14, en cuya representación compareció don F.M.;
 - 12.7.- Fotocopia de la escritura pública de constitución de la sociedad anónima cerrada TR11, otorgada el 2 de diciembre de 1999, en la Notaría de Santiago de doña NT2;
 - 12.8.- Fotocopia de la publicación del extracto de la escritura referida en el numeral anterior, hecha en el Diario Oficial en el año 2000;

- 12.9.- Fotocopia de la escritura pública de noviembre de 2001, otorgada en la Notaría de Santiago de don NT3, de la cual consta el Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad anónima cerrada TR11, en la que se acordó modificar esta razón social reemplazándola por TR12;
 - 12.10.- Fotocopia de la protocolización del extracto de la escritura pública referida en el numeral anterior, de su publicación en el Diario Oficial y de su inscripción en el Registro de Comercio de Santiago;
 - 12.11.- Fotocopia de la escritura pública de junio de 2002, otorgada en la Notaría de Santiago de don NT3, de la cual consta el Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad anónima cerrada TR12, en la que se acordó modificar esta razón social reemplazándola por TR14;
 - 12.12.- Fotocopia de la protocolización del extracto de la escritura pública referida en el numeral anterior, de su publicación en el Diario Oficial y de su inscripción en el Registro de Comercio de Santiago;
 - 12.13.- Fotocopia de la escritura pública de noviembre de 2003, otorgada en la Notaría de Santiago de don NT3, de la cual consta el Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad anónima cerrada TR14, en la que se acordó modificar esta razón social reemplazándola por ZZ; y
 - 12.14.- Fotocopia de la protocolización del extracto de la escritura pública referida en el numeral anterior, de su publicación en el Diario Oficial y de su inscripción en el Registro de Comercio de Santiago.
- 13.- Que con los documentos recién relacionados, no objetados por XX, ha quedado demostrado que la relación comercial de don A.R., personalmente, y como administrador de TR10, con ZZ, se inició cuando esta última giraba bajo otra razón social;
 - 14.- Que con los mismos documentos ha quedado también demostrado que los contratos que se suscribieron para formalizar estos vínculos comerciales entre ZZ y don A.R. se otorgaron en formatos que no corresponden en absoluto al del documento objetado y referido en el numeral 3 de la presente resolución; y ello en razón de que, no obstante tratarse de la misma persona jurídica, cuando don A.R. empezó sus operaciones de bolsa, la Corredora que eligió giraba bajo otra razón social, no ZZ;
 - 15.- Que la diferencia de formatos, y en particular, la ostensible diferencia existente entre las firmas que figuran al pie del documento objetado y las que figuran en los documentos señalados en el numeral 12 anterior, quitan toda credibilidad a las sugerencias de XX, en orden a que se habría aprovechado la “carátula” u otras hojas de un contrato distinto para hacer aparecer a don A.R. suscribiendo el contrato de fs. 5 en representación de XX;
 - 16.- Que las mismas circunstancias recién relacionadas hacen enteramente innecesario la práctica de un peritaje para determinar si la media firma puesta en la primera página del documento de fs. 5 corresponde a no a don A.R.;
 - 17.- Que habiéndose reconocido por XX que la firma puesta al pie del documento objetado y también la media firma o “mosca” que figura en la segunda hoja del mismo, son auténticas y que corresponden a don A.R., y habiéndose también acreditado la imposibilidad de que se haya hecho mal uso de otro documento similar firmado por el señor A.R., este Árbitro Arbitrador ha llegado a la absoluta convicción de que el documento objetado es íntegro y auténtico;
 - 18.- Que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha resuelto que la confesión de la parte de ser suya la firma puesta al pie de un documento, importa reconocer la autenticidad de su contenido, y tal reconocimiento verificado en forma legal, le da el valor de escritura pública respecto de quien lo reconoce y hace plena fe en su contra en cuanto a la declaración que en él se contiene (Corte de Valdivia, de mayo de 1934, Repertorio Código Civil, Artículo 1.702). Con el mérito de lo expuesto se resuelve:

Rechazar, con costas, la objeción formulada por XX a fs. 1773 y como consecuencia, tener como auténtico el documento acompañado en fotocopia a fojas cinco”.

Contra esta resolución la parte de XX interpuso recurso de reposición acompañando como fundamento de ella un “peritaje” hecho por don PE3. El Árbitro, por resolución fundada que corre a fs. 2431, que también se reproduce, rechazó la reposición interpuesta. La resolución es del siguiente tenor:

“Resolviendo sobre la reposición de fs. 2419:

VISTOS Y CONSIDERANDO:

- 1) Que la parte de XX ha solicitado reposición de la resolución de fs. 2403, por la cual el Tribunal rechazó la objeción formulada respecto de la primera página del documento agregado a fs. 5;
- 2) Que la reposición se funda en (i) un “peritaje caligráfico” firmado por don PE3, que concluye que “no existe ningún antecedente documental que permita considerar auténtico el contrato individualizado en el cuerpo del presente informe”, y (ii) en no haberse considerado “las pruebas aportadas por XX que hacían presumir la falta de integridad del documento objetado”;
- 3) Que por lo que respecta al llamado “peritaje caligráfico” cabe señalar que el documento acompañado no tiene el carácter de Informe de Peritos, medio de prueba al que se refieren los Artículo 409 y siguientes del C. de Procedimiento Civil. Se trata en el hecho sólo de una opinión dada por escrito a petición y por cuenta y cargo de la misma parte que lo presenta, que no produce ninguna convicción a este Tribunal Arbitral;
- 4) Que la conclusión a que llega en referido “peritaje caligráfico” en nada desmiente la afirmación formulada por XX en el escrito de fs. 1773: “No es el caso de la segunda y tercera hoja y pie de firma final, donde la “mosca” y firma estampadas sí son de don A.R.”;
- 5) Que para firmar el documento de fs. 5, esto es, el “Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia”, no era necesario que XX dispusiera de dinero, de manera que debe ser desechada la alegación de XX en cuanto a que sería imposible que se hubiera firmado el contrato objetado si aún no se había vendido el terreno que originó los dineros que más adelante destinó a operaciones de bolsa;
- 6) Que es un hecho acreditado por la parte de XX que a esa fecha, 1º de julio de 2004, XX tenía muy avanzada la venta del terreno de su propiedad, a tal grado, que la escritura pública de compraventa se firmó el 6 de julio de 2004, esto es, sólo cinco días después; circunstancia esta que hace presumir a este Árbitro que XX veía como algo cierto y muy cercano la disponibilidad del dinero que le permitiría en el futuro hacer operaciones de bolsa;
- 7) Que dicha circunstancia hace perfectamente verosímil que el 1º de julio de 2004, don A.R., haya firmado con su sobrino, don F.M., entonces gerente general de ZZ, el contrato que consta del documento objetado;
- 8) Que el dinero, \$ 250.000.000, XX lo entregó a ZZ el día 15 de octubre de 2004, esto es, estando vigente el contrato que consta del documento objetado y más de un mes antes de que se firmara el documento de fs. 10, esto es, las “Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores”;
- 9) Que el documento “Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores”, fue firmado por XX y por ZZ el día 23 de noviembre de 2004; de donde resulta imposible que los dineros puestos a disposición de esta el día 15 de octubre de 2004 hayan sido entregados en virtud de un contrato firmado más de un mes después de la entrega del dinero;
- 10) Que a fs. 2226 corre el folio 1387 del Libro Mayor de XX correspondiente al período 01/11/2004 a 30/11/2004, en el cual se contabilizan “Venta y Compra de Acciones”, “Movimientos de Acciones/Pacto”, sin referencia alguna a “Simultáneas”;
- 11) Que a fs. 2235 corre el folio 1396 del Libro Mayor de XX correspondiente al período 01/12/2004 a 31/12/2004, en el cual se contabilizan “Movimientos de Acciones y Simultáneas”; y
- 12) Que la contabilización referida en el N° 10 anterior es absolutamente coherente con la existencia del Contrato para la Cartera de Acciones y Otros Valores en Custodia, pues éste tiene fecha 1º de julio de 2004; mientras que la contabilización referida en el N° 11 lo es coherente con la firma el día 23/11/2004 de las “Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores”;

En razón de todo lo anterior, se resuelve: Rechazar el recurso de reposición interpuesto por XX a fs. 2419”.

- c) Que XX a fs. 1775 objetó por falta de integridad la copia simple del Expediente Administrativo llevado por la Superintendencia de Valores y Seguros con ocasión de un procedimiento sancionatorio seguido con ZZ y acompañado por esta parte por escrito de fs. 512. Esta objeción fue aceptada y a ella se allanó ZZ.
- d) Por escrito de fs. 1775 XX formuló observaciones y objeciones a diversos documentos acompañados por ZZ con su escrito de fs. 512. Las objeciones fueron rechazadas por resolución de fs. 1783 a fs. 1785.

3. EN CUANTO AL FONDO:

Primero: Que este Árbitro fue designado con la calidad de Arbitrador, esto es, atribuyéndosele la facultad de fallar obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren. Es oportuno citar aquí lo que al respecto enseña el profesor don Patricio Aylwin: *"El arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada, y mientras el árbitro de derecho declara y actúa en su sentencia la voluntad de la ley, el amigable componedor en la suya declara y actúa "la voluntad de la justicia natural", según los dictados de su propia conciencia"*. Agrega que *"el amigable componedor no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley otorga; debe hacerlo imponiendo la solución que considere más justa y más prudente; puede, en esta forma, desentenderse en absoluto de los derechos preexistentes que se hallen comprometidos en el pleito y hacer nacer con su fallo nuevos títulos para las partes"* (El Juicio Arbitral, n.º 91, páginas 81 y 82).

Segundo: Que en esta sentencia primeramente se pronunciará sobre el mérito de las demandas, principal y subsidiaria, interpuestas por XX en contra de ZZ.

Tercero: Que por la demanda principal XX solicita que se declare la inexistencia, y en subsidio la nulidad absoluta y de no proceder esta, la nulidad relativa, de los Contratos de Custodia y de Simultáneas; todo ello fundado en que los contratos impugnados habrían sido firmados solamente por don A.R. en representación de XX, en circunstancias que, según lo afirma este demandante, dicho personero carecería de la representación en que actuó. Los poderes de administración otorgados por el directorio de XX exigían la comparecencia conjunta de a lo menos dos de los directores de esa compañía.

Cuarto: Que como cuestión previa, este Tribunal debe dejar constancia que XX yerra al afirmar, a fs. 57, a fs. 151, a fs. 156, a fs. 175 y a fs. 2498, que el Contrato de Custodia acompañado a fs. 5, habría sido suscrito en una fecha anterior a aquélla en que don A.R. fue designado gerente general de XX, circunstancia a la cual atribuye particular importancia. Tal afirmación es errónea pues este personero fue designado como gerente general de la compañía en la sesión de directorio N° 37, de fecha 21 de agosto de 2003, cuya acta, reducida a escritura pública, fue agregada a este expediente a fs. 2104. Por tanto, a la fecha en que don A.R. firmó el Contrato de Custodia (1° de julio de 2004) ya era el gerente general de XX;

Quinto: Que conforme se estipuló en la cláusula 16ª del Contrato de Custodia, agregado a fs. 5, "El cliente deberá mantener actualizados ante el corredor todos los antecedentes legales, personerías y documentos que acrediten su capacidad de actuación frente a él, para lo cual deberá comunicarle por escrito cualquiera modificación que éstos sufrieren y en todo caso, a más tardar dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes de perfeccionada la tramitación legal correspondiente. El corredor quedará liberado de toda responsabilidad que pudiera derivarse por cambios en las materias antes señaladas que no sean oportunamente informados por el cliente". A este respecto conviene tener presente que en la Ficha de Cliente, agregada a fs. 8, bajo la firma de don A.R., XX declaró que su representante era su gerente general don A.R. La Superintendencia de Valores y Seguros así se lo hizo notar a don A.R., cuando éste declaró ante dicho organismo (fs. 712 del Expediente Administrativo agregado en formato CD a fs. 2394);

Sexto: Que don A.R. asumió la calidad de representante de XX, en su carácter de gerente general, al firmar (i) el Contrato de Custodia ya referido, (ii) la Ficha de Cliente agregada a fs. 8 y también (iii) el Contrato de Simultáneas, acompañado a fs. 10, actos en todos los cuales la contraparte fue ZZ;

Séptimo: Que bajo el amparo de tales contratos XX y ZZ mantuvieron relaciones de negocios durante casi cuatro años, durante los cuales, conforme al mérito del proceso, actuaron como representantes de XX, en el primer período don A.R. y, con posterioridad a noviembre de 2005, don P.R.;

Octavo: Que a juicio de este Tribunal, la falta de la comparecencia de uno de los representantes de XX en los Contratos de Custodia y de Simultáneas, no produce ni la inexistencia ni la nulidad absoluta o relativa de ellos, como se pretende por la demanda de XX. Para llegar a esta conclusión este Tribunal ha tenido presente que, desde una óptica jurídica, a juicio de este Árbitro, es inexistente sólo aquello que no se puede probar. En el caso de autos, tan existentes son los contratos cuestionados que a fs. 5 y a fs. 10, respectivamente, están agregadas fotocopias de los originales de los Contratos de Custodia y de Simultáneas, que ahora se pretenden inexistentes. No se ve cómo se puede fotocopiar algo “inexistente”. De hecho, XX estuvo muy lejos de considerarlos “inexistentes” cuando reclamó contra ZZ ante la Superintendencia de Valores y Seguros. El expediente de esta reclamación incompleto y objetado está agregado a estos autos desde fs. 1247 hasta fs. 1768. El expediente completo y no objetado, en formato de CD (Compact Disk), ha sido agregado a estos autos a fs. 2394, y de él consta que nunca, durante el largo proceso administrativo, XX siquiera insinuó que alguno de estos contratos fuere inexistente. Por el contrario, para fundamentar algunas de sus acusaciones arguyó incumplimiento de disposiciones contenidas en dichos contratos;

Noveno: Que la falta de personería de quien comparezca en representación de un tercero no produce nulidad absoluta como sostiene XX, toda vez que tal actuación es siempre ratificable con posterioridad, en forma expresa o tácita; mientras que la nulidad absoluta nunca se sana por la ratificación ulterior (Artículos. 1.449 y 1.683 C. Civil);

Décimo: Que tampoco la falta de personería produce nulidad relativa; sólo autoriza al afectado a alegar la inoponibilidad del acto, alegación no hecha por XX en su demanda;

Undécimo: Que, a juicio de este Árbitro, también resulta improcedente en el caso de autos la alegación de inoponibilidad. Los contratos cuya inexistencia y nulidad se pretende, fueron firmados por quien era el gerente general de una sociedad anónima, que tanto por su objeto como por su tipo, es esencialmente comerciante y, por tanto, a ella se aplican las reglas que sobre el mandato o comisión da el Código de Comercio, en particular el Artículo 327;

Duodécimo: Que las partes expresamente convinieron en la cláusula 5ª del Contrato de Custodia (fs. 5) que “entienden y aceptan que en las relaciones jurídicas entre cliente y corredor, regirán las normas comerciales y civiles aplicables a un mandante y su mandatario”;

Decimotercero: Que dentro del objeto social de XX figura la compra y venta de toda clase de bienes muebles, corporales e incorporeales y la adquisición de acciones de sociedades anónimas (fs. 1930), de manera que cuando don A.R. suscribió los contratos de que se trata, asumiendo la representación de XX, actuó como un factor de comercio a nombre de su comitente, en una actividad propia de su cargo y del giro de su representada (Artículo 326 C. de Comercio). Por idéntica razón y con la misma autoridad, don A.R., con su sola firma, despachó la carta de fecha 13 de octubre de 2004, agregada a fs. 328, con la cual remitió el cheque por \$ 250.000.000 extendido nominativamente a ZZ, instruyéndola de que dicha suma la invirtiera en la compra de acciones a nombre de XX;

Decimocuarto: Que XX no acreditó que la inversión de los \$ 250.000.000 haya sido aprobada previamente por su directorio, como lo afirma en la demanda. Por el contrario, conminada esa parte a exhibir las actas del directorio correspondientes a las sesiones celebradas durante los años 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, de las cuales deberían constar la aprobación de la inversión inicial y los demás avatares de las relaciones de negocio mantenidas con ZZ, el representante de XX manifestó que ellas no existían, circunstancia que al Árbitro ha llamado profundamente la atención, toda vez que a fs. 55, XX había expresado que “con fecha 8 de octubre de

2004, el directorio de XX analizó la proposición realizada por ZZ, a través del señor F.M., gerente general de la Corredora a esa fecha, consistente en invertir con ellos con la expresa condición de que esta inversión sería tratada como cuenta prime y manejada directamente por la gerencia”. Al Árbitro llama la atención la precisión del recuerdo en cuanto a fecha y contenido, en circunstancias que (i) no habría acta de dicha reunión del directorio y (ii) transcurrieron casi seis años entre la fecha de esa reunión del directorio y la de presentación de la demanda que contiene la cita recién transcrita.

Decimoquinto: Que en el Expediente Administrativo llevado por la Superintendencia de Valores y Seguros (fs. 679 y siguientes), agregado en formato CD a fs. 2394, el director y entonces también abogado de XX don S.R., declaró: “No me consta que realmente se hayan celebrado las sesiones de directorio durante mi ausencia. Y cuando reanudé mi actividad de director lo hacíamos en las oficinas de XX o en otro lugar y luego las actas me las enviaban por mail para que las imprimiera y las firmara, para luego enviarlas de vuelta”. (destacado del Árbitro) La “ausencia” de don S.R. se extendió, según el mismo declaró, “hasta que se me comunicó el hecho de la pérdida de las inversiones”, esto es, hasta comienzos del segundo semestre de 2007. En consecuencia, a lo menos desde esa fecha hubo actas de directorio firmadas por don S.R., y presumiblemente por los otros dos directores, que XX no exhibió cuando fue conminado a ello;

Decimosexto: Que durante los años que duró la relación contractual con ZZ, don A.R. actuó desde el comienzo y hasta octubre de 2005, como representante de XX ante ZZ, teniendo las calidades de director y gerente general; y con posterioridad, lo hizo don P.R., también director de la compañía, no obstante que don A.R. siguió siendo el gerente general de XX. Asimismo, durante esta prolongada relación de negocios, nunca XX desconoció la existencia o la validez de los contratos ni representó a su contraparte la existencia del vicio que ahora alega; ello a pesar del sinnúmero de operaciones comerciales realizadas entre las partes;

Decimoséptimo: Que la alegación de inexistencia (en subsidio nulidad absoluta y en subsidio nulidad relativa), fundada en la falta de personería del gerente general, que se hace sólo después de que el resultado de los negocios fue desfavorable, parece a este Árbitro una muestra de mala fe contractual, que no puede ser protegida, puesto que las actuaciones que se pretende considerar inexistentes (o anular), las ejecutó durante años el gerente general don A.R. con conocimiento de los demás directores y accionistas de la compañía y sin protesta alguna de ellos. La alegación no resulta compatible con el hecho de que los demás accionistas y directores, señores P.R. y S.R., no hayan seguido en contra del responsable alguna acción reparatoria, no obstante las graves consecuencias que atribuyen a los actos que habría ejecutado sin personería suficiente;

Decimoctavo: Que está demostrado que XX tuvo conocimiento oportuno y fluido de la existencia y del resultado de dichas operaciones, pues ZZ le informaba mensualmente, haciéndole llegar un estado de cuenta corriente (documentos agregados de fs. 463 a fs. 510, acompañados por XX y de fs. 1161 a fs. 1246, acompañados por ZZ), en el cual se incluía el saldo con que se iniciaba el mes, si la operación era con pago de contado o a plazo, el saldo final del mes, la clase y número de las acciones compradas o vendidas en el período, etc.

Decimonoveno: Que el conocimiento de esas operaciones y de su resultado se acredita también con la declaración de la testigo doña M.O., que corre de fs. 279 a 288, quien expresa que “la información que ZZ enviaba a XX, habían cartolas mensuales, yo en lo personal enviaba un sobre por mano con todas las facturas físicas y un detalle de las operaciones en una planilla Excel, además tenían clave para poder ver las operaciones por Internet, para entrar a la página de ZZ y ver su cuenta personal. Cada requerimiento que ellos tenían, don N.M., contador de XX, me llamaba para solicitar información adicional o extra, o alguna cosa que le faltara, o que le explicara de la cartola. Esto me consta por mi actuación personal”.

Vigésimo: Que en el Informe Pericial agregado a fs. 2444 y siguientes se señala que no se pudo revisar ni analizar en detalle la cuenta “inversiones y valores”, “debido a que registra compras y ventas a nivel de totales, no especificando nombre, fecha ni cantidad de acciones de cada operación”. También se señala en el Informe que no se proporcionó al Perito las cuentas auxiliares “que podrían haber servido para tener un detalle más acabado

de lo registrado en esa cuenta”. A todo lo anterior debe sumarse el hecho, según también lo consigna el Informe del Perito Contable, que de los libros de compra y venta, sólo se puso a disposición del Perito el libro de compra de enero y febrero de 2004 y enero del 2005, porque habría sido, según lo manifestó XX, “todo lo que se pudo encontrar”. Al Árbitro le asombra que XX carezca precisamente de todos los documentos internos en los cuales debería haber quedado constancia detallada de sus relaciones con ZZ; los que de existir, por no figurar en ellos tales operaciones, le habrían permitido sustentar su afirmación de desconocimiento de ellas. Pero precisamente para este período no dispone ni de las actas de directorio, ni de los Libros Auxiliares de Contabilidad; sólo existen registros globales en su contabilidad, de los que consta que, entre el mes de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2008, XX realizó muchas y muy importantes operaciones bursátiles, sin que se pueda conocer el detalle de ellas. Por esta y otras razones que se consignan en el Informe, el Perito concluye que “la contabilidad de XX, no es confiable ni está llevada conforme a las normas y principios de contabilidad generalmente aceptadas”;

Vigésimo Primero: Que a juicio de este Árbitro deben desestimarse las alegaciones hechas por XX en el sentido de que la información proporcionada por ZZ mostraría siempre un “total general positivo”, que “no permitía percatarse de la desastrosa gestión de nuestra cuenta”. Esta alegación parece a este Árbitro falta de seriedad y completamente alejada de la verdad;

Vigésimo Segundo: Que el Árbitro comprobó que bastaba sólo un examen hecho con alguna detención para tomar clara conciencia del sentido y alcance de la información que contienen los estados de cuenta corriente; y si le fue posible a un abogado entenderlos sin mayor dificultad, no cree que tal entendimiento le haya resultado imposible a hombres de negocio, en particular al ingeniero don P.R., que oficia de tesorero y asesor financiero de TR15, según pudo constatar este Árbitro examinando la información que sobre don P.R. proporciona Internet.

Vigésimo Tercero: Que, además, el gerente general de XX don A.R. tenía vasta experiencia en operaciones de bolsa y, en particular, en compra y venta de acciones, al contado y a plazo, hecho que queda ampliamente acreditado con la información proporcionada por la Bolsa de Comercio de Santiago que en formato CD se encuentra agregada a estos autos a fs. 2441. Entre el mes de junio de 2004 y comienzos de junio de 2007, don A.R. personalmente, y también como administrador (y propietario) de TR10 realizó por intermedio de ZZ un gran número de operaciones de compraventa de acciones, al contado y a plazo, de cuyo resultado le informaba ZZ con estados de cuenta corriente de idéntico formato al que en su demanda considera que entregaba a XX información falsa o por lo menos, equívoca. El CD recién aludido contiene la totalidad de los estados de cuenta en que se detallan las operaciones hechas por don A.R. y por TR10 en el período ya mencionado; no se pidió información sobre los meses anteriores, de manera que no se puede afirmar desde cuándo el señor A.R. operaba en bolsa, pero sí, según se señala más adelante, hay constancia en el expediente de que lo hacía con anterioridad cuando el mismo corredor operaba bajo otra razón social. Así aparece de los documentos que están citados en la resolución por la cual se rechazó la objeción formulada por XX al documento de fs. 5; resolución ya transcrita in extenso en esta sentencia;

Vigésimo Cuarto: Que, en definitiva, cada estado de cuenta corriente finaliza con un total general, en el que se indica el valor de la totalidad de las acciones de propiedad de XX considerado su precio al último día del mes correspondiente; y como el estado de cuenta consigna también a cuánto ascendía a esa misma fecha la deuda de XX por la compra de acciones a plazo, basta restar una cantidad de la otra para obtener como resultado, positivo o negativo, el monto a que alcanzaba el patrimonio en acciones de propiedad de XX y en poder de ZZ;

Vigésimo Quinto: Que, por lo que ya se ha dicho, es incuestionable que XX faltó gravemente a la verdad al afirmar a fs. 145 que “...ZZ mandaba mensualmente a mi representada, desde el 2004 al 2007, informe de sus inversiones “Estados de Cuenta Corriente”, en los que se detallan las operaciones realizadas, pero en todas ellas, mes a mes, se va mostrando un total general positivo, **lo que no permitía percatarse de la desastrosa gestión de inversiones de nuestra cuenta**”. Y una línea antes había dicho que “...es prácticamente

imposible concluir y definir de la sola lectura de estos “Estados de Cuenta Corriente” que ZZ le entregaba a su cliente, los fondos reales que XX tenía...” (*destacado del Sentenciador*);

Vigésimo Sexto: Que tales afirmaciones de XX no corresponden a la verdad queda demostrado además al revisar el Acta de la Junta Ordinaria de Accionistas acompañada por XX a fs. 2149, de fecha 20 de abril de 2005. En ella, luego de pronunciarse los accionistas sobre el balance cerrado al 31 de diciembre de 2004, en el N° 4 “Inversiones”, se deja constancia de la siguiente información que da don P.R., quien presidía: “El señor presidente informa que producto de la venta del terreno de PP y de la división de la sociedad, la empresa entregó a ZZ la suma de \$ 250.000.000 a objeto de que sean invertidos en el mercado capital (sic), estas inversiones al día 30 de diciembre de 2004 presentan un valor de \$ 256.793.970 y están invertidos en...”. Al revisar este Árbitro el Estado de Cuenta Corriente correspondiente al período 1° de diciembre-31 de diciembre de 2004 (agregado a fs. 975 y 976 y también a fs. 1163 y 1164), pudo constatar: (i) que el total general que figura en dicho Estado de Cuenta Corriente es \$ 522.912.288; (ii) Que en el mismo Estado de Cuenta Corriente figura un saldo final deudor por operaciones a plazo de \$ 266.118.318; y (iii) Que restando esta última cantidad del total general ya mencionado resulta un valor para las inversiones de XX de \$ 256.793.970, esto es, exactamente la suma que consigna el Acta de la Junta de Accionistas agregada a fs. 2150 como valor de las inversiones al 31 de diciembre de 2004;

Vigésimo Séptimo: Que con lo señalado en el considerando anterior queda demostrado que XX, sus accionistas y directores, entendieron a cabalidad que, no obstante que el estado de cuenta indicaba un total general de \$ 522.912.288, el patrimonio real que le pertenecía era de sólo \$ 256.793.970, ya que estaban conscientes, gracias a la información contenida en el mismo Estado de Cuenta Corriente, de adeudar a ZZ la suma de \$ 266.118.318, por compra de acciones a plazo. Esta inteligencia de los Estados de Cuenta Corriente demuestra también que XX (y sus tres directores y accionistas ya mencionados), estaban perfectamente conscientes de estar operando en Simultáneas, esto es, en compraventa de acciones con pago a plazo;

Vigésimo Octavo: Que de todo lo anterior se debe concluir que XX, esto es, sus accionistas y directores asistentes a la referida Junta señores A.R., P.R. y S.R., entendían perfectamente los Estados de Cuenta Corriente que recibió mes a mes desde octubre de 2004 y hasta mayo de 2008 y que, por tanto, la sociedad y sus personeros conocieron siempre el real estado de sus inversiones;

Vigésimo Noveno: Que ha llamado la atención a este Árbitro que en el Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de XX, agregada a fs. 2152, de fecha 21 de junio de 2006, en el párrafo “Inversiones”, se exprese que: “el presidente informa de que a esta fecha (31 de mayo de 2006) la empresa registra un patrimonio de acciones de \$ 487.210.502. Este total representa una fuerte recuperación de la inversión posterior a la pérdida patrimonial que generaron las compras de acciones...”. La información anterior la da la misma persona que presidió el 20 de abril de 2005, esto es, don P.R., y ahora corresponde exactamente al total general señalado en el Estado de Cuenta Corriente, período 1° a 31 de mayo de 2006 (fs. 1012 y 1013, fs. 1200 y 1201), sin restarle los \$ 249.958.771 que el mismo Estado de Cuenta Corriente muestra como monto de las operaciones a plazo, esto es, de dinero que XX debía. También en la que aparece como Acta de la Junta de Accionistas de fecha 27 de julio de 2007 (fs. 2154), en el párrafo sobre “Inversiones”, el mismo señor P.R. informa haber asistido “en compañía de don P.R.” (sic) a una reunión con don R.G. de ZZ, quien les habría informado que a esa fecha XX presentaría un “Default de \$ 94.000.000”. Agrega que “al 30 de mayo el informe de ZZ señala que el total de la inversión en acciones es de \$ 396.958.806...”. Nuevamente el señor P.R. omite hacer la resta de los \$ 468.496.806 que el mismo Estado de Cuenta Corriente (fs. 1039 y 1040, 1227 y 1228), muestra como monto de las operaciones a plazo, esto es, del dinero que XX a esa fecha debía a ZZ por compra de acciones pagaderas a plazo;

Trigésimo: Que no se ve cómo las mismas tres personas que aparecen asistiendo a todas las Juntas de Accionistas, en la primera de ellas, cuando aún no había malos resultados ni conflicto declarado con ZZ,

entendían perfectamente el contenido de los Estados de Cuenta Corriente y por tanto, tenían conciencia clara del monto a que ascendía el patrimonio accionario real de XX, esto es, el valor de las acciones que esta poseía, menos los pasivos contraídos para adquirirlas; mientras que a partir del 21 de junio de 2006, los mismos firmantes consignan alegremente que la empresa, según el Estado de Cuenta Corriente, registraría un patrimonio en acciones por \$ 487.210.502, olvidando completamente los \$ 249.958.771 de deuda por compra de acciones a plazo que figuran en el mismo Estado de Cuenta Corriente. Y el 27 de julio de 2007, parecen sorprenderse por la información de encontrarse en “Default” proporcionada por ZZ, en circunstancias que, conforme aparece en los Estados de Cuenta Corriente agregados a estos autos, ya al mes de junio de 2006 XX había perdido más del 50% de su inversión y desde octubre del mismo año, había pasado a ser deudor de ZZ, ya que la deuda por compras de acciones a plazo era mayor que el valor de las acciones;

Trigésimo Primero: Que las Actas de Juntas de Accionistas de XX, agregadas desde fs. 2149 hasta fs. 2158, presentan un sinnúmero de irregularidades, que este Árbitro no puede dejar de mencionar, a saber:

- a) Todas las primeras hojas de las distintas actas tienen exactamente el mismo número de líneas escritas, lo que por lo menos es una rara coincidencia;
- b) El primer párrafo de todas las Actas corresponde a un acta de Sesión de Directorio y así lo expresan: “...se reunió el directorio de XX” no obstante estar ellas tituladas como Actas de Juntas de Accionistas;
- c) En las cuatro Actas, se comete idéntico error al expresar en su encabezamiento que “...se reunió el directorio de XX bajo la presidencia de don P.R. y con la asistencia del presidente del directorio don S.R.”;
- d) En el punto “2. Convocatoria” de las cuatro Actas se comete el mismo error de escritura: “...que es esta reunión esta...”;
- e) En el párrafo “Inversiones” del Acta correspondiente a la Junta de 20.04.2005 (fs. 2150) se dice textualmente: “El director señor P.R. hace la observación de que la inversión originalmente autorizada eran acciones de TR1 y solicita se le informe cómo se generó la reinversión en acciones diferentes...”, observación que conforme al Acta fue respondida de la siguiente forma: “el señor presidente informa que ZZ actúa como agente de inversiones buscando a su criterio maximizar el resultado”. Es decir, don P.R. como director hizo la observación y el mismo don P.R., ahora como presidente de la Junta, se respondió;
- f) Similar situación ocurre en el Acta del 27.07.2007, en que se relata que el presidente (don P.R.) asistió a una reunión con don R.G. de ZZ “en compañía del director señor P.R.”. Es decir, se habría acompañado a sí mismo;
- g) En el punto 3 del Acta de 27.07.2007 se dice aprobar el “Balance y Estados Financieros por el Ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2005...”, en circunstancias que ese balance habría sido ya aprobado en la Junta de Accionistas del 21.06.2006;
- h) El balance correspondiente al ejercicio 2006 está sin aprobación;
- i) En la misma Acta de 27.07.2007, primera línea de la segunda página, se menciona la “Pérdida Ejercicio 2005”, en circunstancias que la pérdida que se rebaja para determinar el patrimonio social corresponde al ejercicio 2006;
- j) En el Acta de la Junta del 20.05.2008, primera línea de la segunda página, se menciona la “Pérdida Ejercicio 2004”, en circunstancias que la pérdida que se rebaja para determinar el patrimonio social debiera corresponder al ejercicio 2007.
- k) En el párrafo “Inversiones” del Acta correspondiente a la Junta de 20.04.2005 (fs. 2150) se dice textualmente: “El director señor S.R. sugiere se solicite una reunión a ZZ a objeto de que entregue información sobre su mejor actuar en las decisiones de inversión y conocer LA REALIDAD actualizada el día de hoy”. Esta intervención de don S.R., que habría tenido lugar el 20 de abril de 2005, resulta absolutamente contradictoria con lo que el mismo señor S.R. declaró ante la Superintendencia de Valores y Seguros, según consta de fs. 680 del Expediente Administrativo agregado en formato CD a fs. 2394. Al ser interrogado bajo juramento sobre “las fechas y circunstancias en las cuales XX inició su relación con ZZ, declaró: “Lo que yo conozco data

solamente del segundo semestre del año 2007, cuando los directores de XX, tres incluido yo, solicitaron mi asesoría profesional por lo que ellos denominaban una serie de irregularidades cometidas con sus inversiones en ZZ, antes de esa fecha, no tengo conocimiento de que la sociedad hubiese invertido en bolsa, puede ser que haya sido, pero lo ignoro”. De todo esto resulta que o don S.R. faltó a la verdad ante la SVS o el Acta en cuestión no es fidedigna;

I) Hay además correcciones manuscritas;

Trigésimo Segundo: Que XX interpone subsidiariamente “demanda ordinaria de resolución de contrato con indemnización de perjuicios”;

Trigésimo Tercero: Que en el número 1 de la parte petitoria de esta demanda subsidiaria solicita: “Se resuelva el contrato celebrado entre XX y ZZ”, sin especificar a qué contrato se refiere su petición de resolución;

Trigésimo Cuarto: Que de lo expresado en el cuerpo de la demanda subsidiaria se llega a la conclusión que cuando en la petición se alude “al Contrato” se está refiriendo a las condiciones generales de las operaciones de compraventa de valores a plazo, suscrita el día 23 de noviembre de 2004, entre XX y ZZ, al que al comienzo de esta sentencia se ha denominado Contrato de Simultáneas;

Trigésimo Quinto: Que de la lectura de las condiciones generales de las operaciones de compraventa de valores a plazo se llega a la conclusión de que se trata de un acuerdo marco, con características de contrato de tracto sucesivo, que contiene las condiciones a que deben someterse las operaciones que una parte (el cliente) encargue a la otra (el corredor);

Trigésimo Sexto: Que en razón de tratarse de un contrato de tracto sucesivo resulta improcedente la acción de resolución. Este tipo de contrato termina, no se resuelve. La terminación no produce el mismo efecto de la resolución, por cuanto no retrotrae las cosas al estado anterior al de la celebración del contrato que termina;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que la resolución solicitada resulta, por las características de la convención afectada, absolutamente imposible toda vez que el efecto de ella alcanzaría a terceros que no son parte, esto es, a los compradores y a los vendedores de las acciones que el corredor haya intermediado en cumplimiento de instrucciones del cliente;

Trigésimo Octavo: Que para fundamentar su solicitud de resolución, XX alega incumplimiento contractual de parte de ZZ, en particular respecto de la cláusula 3ª del contrato, cuyo tenor es el siguiente: “Todas las órdenes que el cliente dé al corredor, para efectuar operaciones, se darán por escrito, utilizando para ello los formularios que contengan todas las enunciaciones exigidas por los Reglamentos de la Bolsa y las demás disposiciones aplicables, incluyendo estas condiciones generales. El corredor podrá aceptar, pero sin que ello implique que deba hacerlo, que el cliente dé órdenes verbales, sujeto siempre a que ellas sean confirmadas por escrito dentro de las 24 horas”;

Trigésimo Noveno: Que el entonces abogado de XX sostiene (fs. 76) que ZZ habría realizado operaciones “sin que éstas hayan sido autorizadas e incluso, sin el conocimiento de mi representada...”, agregando que conforme a las normas reguladoras de la prueba sólo deben y pueden acreditarse los hechos positivos, razón por la cual sería de cargo de ZZ acreditar que actuó debidamente autorizada por el cliente. Antes, a fs. 66 había expresado: “Durante todo el período en que mi representada fue cliente de ZZ, ésta ha efectuado por cuenta propia operaciones de compraventa a plazo de valores (llamadas también operaciones simultáneas) y movimientos sin consentimiento ni posterior ratificación por parte de mi representada, contraviniendo de esta forma la ley y lo estipulado expresamente por las partes en el aludido contrato”;

Cuadragésimo: Que primeramente el Árbitro deja constancia de la inteligencia que da a la cláusula 3ª recién transcrita. Este Sentenciador la entiende como una protección para el corredor, a la cual éste puede renunciar, asumiendo enteramente el riesgo de que un cliente de mala fe, niegue haber dado una orden verbal y se resista a enviar en el plazo de veinticuatro horas, su ratificación escrita. Pero el aceptar órdenes verbales si bien es un riesgo que asume el corredor, no constituye incumplimiento de alguna obligación asumida por las condiciones generales, en esta sentencia llamadas Contrato de Simultáneas. Por el contrario, de acreditarse que el cliente dio la orden verbal y no entregó posteriormente su ratificación escrita, quien estaría actuando de mala fe y faltando a sus obligaciones, sería el cliente y no el corredor;

Cuadragésimo Primero: Que en el caso de autos sólo se han acompañado fotocopias de veintidós órdenes de compraventa de acciones dadas por escrito y firmadas por el representante de XX don P.R. Estas órdenes de compraventa corresponden al período que va desde el 12 de octubre de 2006 hasta el 21 de marzo de 2007;

Cuadragésimo Segundo: Que la testigo doña M.O., interrogada sobre la efectividad de haber efectuado ZZ operaciones de compraventa de acciones en bolsa por cuenta de XX, con previa orden escrita o con posterior confirmación por escrito, declara que “sí, en el caso de las Simultáneas hay órdenes firmadas con posterioridad a su ejecución. En un principio las firmaba don A.R. y después las firmaba don P.R.”. Y más adelante, repreguntada, agrega: “Desde ZZ yo enviaba a la oficina de don A.R., una vez al mes, un sobre con todas las facturas, detalle de las operaciones hechas en una planilla Excel y las confirmaciones de las operaciones simultáneas, las que eran devueltas firmadas por don A.R. Cuando pasó a firmar don P.R., éste lo hacía personalmente, frente a mí, una vez al mes en mi oficina, cuando él venía a Santiago desde la ciudad de EE”. Finalmente, la misma testigo declara a fs. 288 que las operaciones normales, esto es, no Simultáneas, no requerían de confirmación escrita;

Cuadragésimo Tercero: Que el testimonio de doña M.O. queda confirmado con lo declarado por don A.R. ante la Superintendencia de Valores. En efecto, a fs. 0711 de dicho expediente agregado en formato CD a fs. 2394, el señor A.R. declaró: “Con doña M.O. la comunicación decía relación principalmente cuando me estaba enviando documentación relacionada con las operaciones que se estaban realizando y yo simplemente firmaba la documentación que me enviaba sin leerla y tampoco revisaba las cartolas. Yo radiqué mi responsabilidad como gerente en M. (M.O.) y F. (F.M.), porque confiaba en ellos. La documentación que llegaba a nombre de la Inmobiliaria (XX) la firmaba yo sin señalar específicamente en qué calidad, pero yo era quien administraba la sociedad”;

Cuadragésimo Cuarto: Que la declaración recién transcrita acredita que efectivamente XX, representado por su gerente general, ordenó o autorizó posteriormente, las numerosas operaciones de bolsa que realizó por intermedio de ZZ durante los años que mantuvieron relaciones de negocio. Acredita, además, que si ignoraba el estado de los negocios, ello no se debía a una falta o culpa de ZZ sino a una gravísima negligencia del gerente general de XX;

Cuadragésimo Quinto: Que en el Expediente Administrativo seguido por la Superintendencia de Valores y Seguros, agregado a fs. 2394 en formato CD, consta que también ante dicha autoridad don A.R., interrogado sobre la existencia de eventuales condiciones especiales otorgadas por ZZ para la realización de operaciones simultáneas, declaró: “No, más aún, la palabra Simultánea yo no la conocía hasta que me enteré del problema entre XX y la Corredora. Yo soy arquitecto y no conozco estos temas”;

Cuadragésimo Sexto: Que la declaración anterior, prestada bajo juramento, resulta contradicha por el mérito de este proceso, ya que a fs. 2340 se encuentra acompañado el Contrato para la Cartera de Acciones y otros Valores en Custodia (Contrato de Custodia), celebrado con fecha 20 de junio de 2001 entre don A.R. y TR11 (después denominada ZZ); a fs. 2347 se encuentra acompañado el Contrato para la Cartera de Acciones y otros Valores en Custodia (Contrato de Custodia), celebrado con fecha 15 de octubre de 2002 entre TR10,

representada por don A.R. y TR14 (antes TR11 y después denominada ZZ); y a fs. 2349 está acompañado el documento denominado Condiciones Generales de las Operaciones de Compraventa a Plazo de Valores (en esta sentencia llamada Contrato de Simultáneas), celebrado entre TR10, en cuya representación compareció don A.R., y TR14 (antes TR11 y después denominada ZZ). De todos los antecedentes recién señalados y del contenido del CD agregado a fs. 2440, del cual constan las operaciones de compraventa de acciones, al contado y a plazo (Simultáneas), realizadas por don A.R. personalmente y como administrador de TR10, durante el período a que se refiere la información proporcionada por la Bolsa de Comercio de Santiago, resulta evidente que a pesar de su condición de arquitecto, don A.R. tenía una muy vasta y variada experiencia en operaciones de bolsa, incluyendo la compraventa de acciones a plazo, denominadas operaciones simultáneas y que esta experiencia es muy anterior a la celebración del Contrato de Custodia de fs. 5, celebrado el 1º de julio de 2004 entre XX (representado por A.R.) y ZZ;

Cuadragésimo Séptimo: Que con los Estados de Cuenta Corriente acompañados por XX de fs. 463 a fs. 510, y con los acompañados por ZZ de fs. 1161 a fs. 1246, y con el contenido del Acta de la Junta de Accionistas de XX acompañada a fs. 2150, ha quedado plenamente acreditado que con anterioridad al 12 de octubre de 2006, XX realizó por intermedio de ZZ un sinnúmero de operaciones simultáneas (compraventa de acciones a plazo), de cuyo resultado fue oportuna y debidamente informado mediante la entrega de los referidos Estados de Cuenta Corriente. No hay constancia alguna de que XX haya entonces reclamado por estas operaciones sino que, por el contrario, (i) hay constancia de ellas en su contabilidad (en particular en el folio 1396 del Libro Mayor de XX correspondiente al período 01/12/2004 a 31/12/2004, en el cual se contabilizan “Movimientos de Acciones y Simultáneas) (fs. 2235); y (ii) hay constancia que de su resultado se dio cuenta en la Junta de Accionistas celebrada el 20 de abril de 2005 (fs. 2149), en la que se hace constar el monto del patrimonio en acciones al 31.12.2004, que resulta de restar del valor de todas las acciones que entonces poseía los pasivos asumidos para adquirirlas (Estado de Cuenta Corriente de fs. 975 y fs. 1173);

Cuadragésimo Octavo: Que con lo expuesto en el considerando anterior ha quedado acreditado que falta a la verdad XX cuando afirma haber desconocido la existencia de estas operaciones simultáneas, ya que de ellas recibió oportuna y completa información mes a mes;

Cuadragésimo Noveno: Que, como se ya se dijo, el gerente general de XX reconoció ante la Superintendencia de Valores y Seguros que ZZ le enviaba la información, que no la leía ni revisaba las cartolas, sino que “simplemente firmaba la documentación” que recibía. En estas circunstancias, carece de seriedad la alegación de que ZZ habría operado sin orden escrita o posterior ratificación escrita de XX, pues el gerente general de la sociedad sabe que firmó numerosos documentos pero no sabe qué fue lo que firmó;

Quincuagésimo: Que la continuidad de las operaciones de compraventa de acciones, su muy importante número y su elevado monto, sin que XX hiciera protesta alguna, demuestra a juicio de este Árbitro que ambas partes estaban satisfechas con esta forma de entender el contrato y, además, que los actos realizados por ZZ, con anterioridad al 12 de octubre de 2006 (fecha de la primera de las órdenes escritas acompañadas), fueron de hecho ratificados por XX con sus autorizaciones o confirmaciones escritas correspondientes a operaciones posteriores a la fecha señalada;

Quincuagésimo Primero: Que con todo lo que se viene exponiendo queda sin sustento la alegación de incumplimiento contractual que hace el abogado de XX fundada en “la falta de autorización previa por escrito y la posterior ratificación de mi representada”;

Quincuagésimo Segundo: Que XX ha reconocido que la única provisión de fondos que hizo a ZZ fueron los \$ 250.000.000 que entregó el día 13 de octubre de 2004 por intermedio de su gerente general don A.R., “para inversiones a nombre de XX” (fs. 328);

Quincuagésimo Tercero: Que, en consecuencia, la totalidad de las muy numerosas operaciones de compra y venta de acciones que ZZ efectuó a nombre de XX (a lo menos 97 de contado y 259 con pago a plazo), y de las cuales esta última fue debida y oportunamente informada, debieron financiarse o con la provisión de fondos inicial o con recursos facilitados por ZZ;

Quincuagésimo Cuarto: Que XX imputa incumplimiento contractual a ZZ por haber destinado el producto de la liquidación de las acciones que aquélla mantenía en su custodia al pago de las deudas de XX originadas en la insuficiencia de la provisión de fondos antes mencionada;

Quincuagésimo Quinto: Que XX niega a ZZ el derecho a liquidar sus posiciones en razón de que tal facultad, reconocida en el Contrato de Simultáneas (cláusula 3ª), exige de la existencia de una orden del cliente, la que niega que haya existido;

Quincuagésimo Sexto: Que según se demostró en los considerandos anteriores XX sí extendió órdenes escritas (o confirmaciones), algunas de las cuales se encuentran agregadas a estos autos;

Quincuagésimo Séptimo: Que las acciones liquidadas por ZZ con el objeto de hacerse pago de lo que le adeudaba XX le estaban entregadas en custodia, hecho reconocido por ésta;

Quincuagésimo Octavo: Que ya se ha demostrado que, conforme al Contrato de Custodia acompañado a fs. 5, las relaciones entre XX y ZZ eran las de mandante y mandatario, de donde debe seguirse que el mandante (XX) estaba en la obligación de proveer oportuna y suficientemente de fondos al mandatario (ZZ) para que éste pudiese cumplir el encargo;

Quincuagésimo Noveno: Que del texto de la demanda y de las declaraciones de don A.R. y de doña M.O., queda en evidencia que la relación de parentesco existente entre el entonces gerente general de ZZ señor F.M. y los tres accionistas y directores de XX, señores A.R., P.R. y S.R., tuvo una importancia preponderante en el tratamiento particular que recibió XX en sus relaciones de negocio con ZZ. La demanda de XX indica que la intervención del señor F.M. fue determinante en la decisión de invertir por intermedio de ZZ, cuando afirma que ésta se hizo “con la expresa condición de que esta inversión sería tratada como cuenta prime y manejada directamente por la gerencia”, esto es, por don F.M. (fs. 55); y la información proporcionada por la Bolsa de Comercio de Santiago (fs. 2440) demuestra que don A.R., personalmente y como controlador de TR10, ya a esa época operaba profusamente con ZZ, siendo su ejecutiva de cuenta la misma señora M.O.;

Sexagésimo: Que a los personeros de XX y a don F.M. los unía una relación muy particular, queda también demostrado con los siguientes hechos: **(i)** XX, con el patrocinio inicial de don S.R., demandó en este juicio a ZZ imputándole graves incumplimientos contractuales y conductas que a su juicio merecerían además la sanción de la autoridad fiscalizadora; **(ii)** Estos actos de ZZ se realizan casi exclusivamente durante el período en que el gerente general de ZZ es don F.M., quien atrajo a XX como cliente y quien, conforme se señala en la demanda (fs. 55), manejaría la cuenta personalmente; **(iii)** Don F.M., por su condición de gerente general y sin perjuicio de la responsabilidad corporativa de su empleadora, sería el principal y directo responsable de las inconductas que XX imputa a ZZ y, por lo mismo, en la óptica de XX, el responsable también de los perjuicios causados por ellas; **(iv)** No obstante lo anterior, el director y abogado de XX don S.R., una vez que ZZ cesa en sus funciones a don F.M. y se querrela criminalmente en su contra, en lugar de perseguir su responsabilidad por el daño que habría causado a su cliente XX, se transforma en abogado defensor de F.M. y, más aún, asume las calidades de abogado y de director de TR16, empresa en cuya propiedad y administración participa (o participaba) importantemente don F.M.; **(v)** Todo esto lo hace don S.R., incluso después de presentada la demanda de autos y antes de renunciar al patrocinio en esta causa (fs. 219 de fecha 25.06.2010). Que don S.R. asumió la defensa de don F.M. y también el cargo de director en TR16, consta de la declaración prestada ante la Superintendencia de Valores y Seguros por don S.R. y que

está consignada a fs. 679 y siguientes del Expediente Administrativo seguido por la SVS, agregado en formato CD a fs. 2394 de estos autos;

Sexagésimo Primero: Que repugna a la más elemental consideración de equidad el hecho de que el contratante que especuló en el mercado accionario en la esperanza de obtener ganancias, un vez fracasado su intento y sufrido las pérdidas, pretenda que el peso de éstas recaiga sobre su mandatario en lugar de asumirlas directamente;

Sexagésimo Segundo: Que XX reprocha también a ZZ un uso indebido de custodia en favor de terceros que no identifica, sin aportar antecedentes diferentes a los ya analizados en esta sentencia;

Sexagésimo Tercero: Que también le reprocha falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento “del Contrato de Administración e Inversiones”;

Sexagésimo Cuarto: Que esta alegación también será desechada pues no se demostró la existencia de un contrato de administración sino sólo los ya mencionados Contrato de Custodia y Contrato de Simultáneas;

Sexagésimo Quinto: Que XX imputa también incumplimiento contractual a ZZ por haber liquidado las acciones de su propiedad que ésta mantenía en custodia y haber aplicado el producto de esta liquidación, al pago de la deuda que XX mantenía con el corredor;

Sexagésimo Sexto: Que para desechar esta alegación basta tener presente lo estipulado en la cláusula 21ª del Contrato de Custodia (fs. 5) conforme a la cual “por este acto el cliente otorga al corredor un mandato irrevocable para que pueda vender en rueda de aquellas acciones que el corredor haya comprado en cumplimiento de una orden suya y que el cliente no hubiese pagado por cualquier causa al corredor, dentro del plazo de 48 horas contados desde que las acciones fueron compradas. Para los efectos de este contrato, el corredor podrá actuar con plenas facultades y sin restricción de ningún tipo, pudiendo elegir libremente el momento y el precio de venta así como el comprador y modalidad de pago. Desde ya el cliente libera al corredor de cualquier responsabilidad que le pudiere caber en el ejercicio de este contrato.”;

Sexagésimo Séptimo: Que a mayor abundamiento, la cláusula N° 4 del Contrato de Simultáneas, califica de esencial “sin la cual el corredor no habría contratado” la obligación del cliente de proveerlo suficiente y oportunamente de los fondos necesarios para el cumplimiento de la orden;

Sexagésimo Octavo: Que, como ya se ha dicho, XX no proveyó a ZZ de más fondos que los \$ 250.000.000 entregados el día 13 de octubre de 2004;

Sexagésimo Noveno: Que, en consecuencia, ZZ obró bien al liquidar en la Bolsa de Comercio las acciones de propiedad de XX que mantenía bajo su custodia y aplicar el producto de la liquidación al pago parcial de la deuda de esta última, originada en la compra de acciones a plazo, hecha sin la provisión de fondos necesaria para ello;

Septuagésimo: Que las consideraciones anteriores hacen innecesario pronunciarse sobre la existencia y monto de los perjuicios cuya indemnización demanda XX. Sin perjuicio de ello, el Árbitro deja constancia de su perplejidad frente al razonamiento de XX que considera como “razonable” exigir a una inversión mobiliaria “un 3% de interés mensual” y hacer caso omiso del riesgo natural que implica la inversión en títulos de renta variable; y más todavía, del grave riesgo que importan las operaciones simultáneas. Y ello, no obstante que en la cláusula N° 2 del contrato de fs. 10, convino que: “El cliente declara y asevera que está informado sobre el mercado de operaciones a plazo; que conoce los riesgos que envuelve operar en este mercado, los que pueden resultar sustancialmente mayores que los riesgos propios de otras operaciones bursátiles, y acepta que puede sufrir pérdidas importantes si el curso de las cotizaciones se mueve en una dirección contraria a la

esperada por el cliente, no siendo a veces posible eliminar ni limitar esas pérdidas por la cobertura o liquidación de una posición...”.

Septuagésimo Primero: Que corresponde ahora pronunciarse sobre la demanda de ZZ, que corre a fs. 82, por la cual solicita se condene a XX al pago de la suma de \$ 269.013.560, reajustada entre el 31 de marzo de 2008 y hasta la fecha de pago efectivo. Demanda también intereses con tasa máxima convencional o interés corriente, según decida el Árbitro desde la fecha de la mora o desde la notificación de la demanda, también según decida el Árbitro, y hasta la fecha de pago íntegro del capital adeudado y sus reajustes; más las costas de la causa;

Septuagésimo Segundo: Que con los Estados de Cuenta que corren de fs. 463 a 510 y de fs. 1161 a 1246, y en particular, con el correspondiente al mes de mayo de 2008 (fs. 509 y 510 y fs. 1244 a fs. 1246); con la declaración del testigo don J.M., que corre entre fs. 273 y fs. 278; con lo declarado a fs. 287 por la testigo doña M.O.; y con el Informe Pericial Contable agregado a fs. 2444, se acredita que al 31 de mayo de 2008, XX adeudaba a ZZ la suma de \$ 269.013.560, deuda originada en las operaciones de compraventa de acciones a plazo realizadas por cuenta de XX, sin que éste proporcionara al corredor la correspondiente provisión de fondos;

Septuagésimo Tercero: Que por una razón desconocida por este Árbitro, la referida deuda, al 31 de enero de 2011, había disminuido a la suma de \$ 1.845.306; cantidad que figura en el documento de fs. 462, acompañado por XX y no objetado ni observado por ZZ. Este documento es la “Cartola Mensual ZZ” (Estado de Cuenta Corriente) emitido el día 04.02.2011 a XX. Es un hecho, por tanto, que después de la demanda y durante el curso del presente juicio, ha intervenido algún modo de extinguir las obligaciones, por cuya virtud el crédito demandado se ha reducido a la suma de \$1.845.306;

Septuagésimo Cuarto: Que la circunstancia de haber sido ZZ sancionada por la Superintendencia de Valores y Seguros por la comisión de diversas infracciones normativas no influye en la resolución del presente juicio ni afecta a su resultado. En efecto, las infracciones reglamentarias imputadas a ZZ las habría cometido después de junio de 2007, mientras que las pérdidas sufridas por XX y sus causas, en su gran mayoría son anteriores a esa fecha. Por lo mismo, aunque tales infracciones reglamentarias constituyeran incumplimiento contractual, no podrían ser la causa de los perjuicios alegados. Por lo demás, al día de hoy, según se informó durante la tramitación de este litigio, la cuestión aún se encuentra sujeto a la decisión de la justicia ordinaria, pues ZZ habría interpuesto en contra de la decisión de la Superintendencia de Valores y Seguros el recurso de reclamación que contempla la ley;

Septuagésimo Quinto: Que mi calidad de Árbitro Arbitrador me exime de la obligación de invocar disposiciones legales que sirvan de fundamento a este fallo.

En consideración a todo lo expuesto

SE RESUELVE:

- a). Rechazar las demandas principal y subsidiaria interpuestas por XX contra ZZ;
- b). Acoger la demanda interpuesta por ZZ contra XX sólo en cuanto se condena a esta última a pagar a la demandante la suma de \$ 1.845.306, con intereses corrientes devengados desde el 1º de enero de 2011 y hasta la fecha de su pago efectivo, el que deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes después de notificada la presente sentencia;
- c). Que habiéndose acogido parcialmente la demanda principal de ZZ no corresponde pronunciarse sobre su demanda subsidiaria;

Cada parte pagará sus costas y el honorario del Árbitro, por mitades.

Esta sentencia será autorizada por la Notario de Santiago señora NT4, o por quien la subrogue o reemplace, para cuyos efectos se la designa Actuario Ad-Hoc.

Notifíquese por Receptor Judicial. Juez Árbitro, Juan Carlos Varela Morgan. Actuario, don AC.