

Juan Francisco Gutiérrez Irarrázaval

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha de Sentencia: 20 de enero de 2015

ROL: 1885-2013

MATERIAS: Contratos de derivados – operaciones de forward – interpretación de contrato – incumplimiento de contrato – indemnización de perjuicios – incompetencia parcial – ineptitud de libelo – contrato de mandato – administración de cartera – contrato de intermediación – tachas de testigos – objeción de documentos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: El demandante celebró con el demandado (Corredora) un contrato denominado “Condiciones Generales de Contratos de Derivados en el Mercado Local” (“Condiciones Generales”). En las Condiciones Generales, las partes declararon conocer y aceptar el riesgo involucrado en los contratos de derivados, y se obligaron a realizar los estudios necesarios para dimensionar las complejidades y riesgos de la transacción.

En virtud del contrato, el demandante le confió a la Corredora la suma de \$51.200.000, con el objeto de que invierta esos dineros. Con dichos fondos y en ejecución de las órdenes de inversión conferidas por el mandatario del demandante, el demandado procedió a realizar operaciones especulativas de forward, las que derivaron en la pérdida total del capital invertido.

Las operaciones se materializaron verbalmente, confirmándose posteriormente por escrito. El demandante tomó conocimiento de las mismas por medio de correo electrónico, sin perjuicio de que siempre pudo consultarlas en la página web de la Corredora. Asimismo, el demandante fue debidamente informado de los efectos patrimoniales que se seguían de las operaciones realizadas por la Corredora.

En el proceso quedó establecido que el demandante en ningún momento manifestó oposición o reparo ante la realización de las operaciones de forward, las que fueron ejecutadas durante más de un año.

El demandante reclamó de estas operaciones ante la Superintendencia de Valores y Seguros, quien estimó que las mismas se ajustaban a la normativa vigente y a las prácticas habituales del mercado.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 44, 1.547, 1.563, 1.564 y 2.116.

Código de Procedimiento Civil: Artículo 358.

DOCTRINA: En un contrato de intermediación financiera la Corredora queda facultada exclusivamente para ejecutar las órdenes que recibía de parte del cliente, reservándose a éste las decisiones de inversión.

En atención a la existencia de hechos que hacen presumir fundadamente el conocimiento del demandante respecto a las operaciones de inversión ejecutadas por el demandado, y frente la completa pasividad del mismo ante la pérdida o merma de su patrimonio, es razonable concluir que las partes han entendido que

las operaciones realizadas se encontraban contempladas en el marco contractual vigente. En todo caso, el elemento de ejecución práctica del contrato debe armonizarse con otras normas interpretativas (Considerando Trigésimo Noveno).

DECISIÓN: Se rechaza en todas sus partes la demanda.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, Chile, 20 de enero de 2015.

VISTOS:

Primero: Por escritura privada de fecha 21 de octubre de 2010, don XX, ingeniero, con domicilio en DML1, Santiago, y ZZ Corredores de Bolsa S.A. (ZZ o indistintamente la Corredora), con domicilio en DML2, Santiago, celebraron contrato denominado Condiciones Generales de Contratos de Derivados en el Mercado Local (Condiciones Generales).

Segundo: La cláusula decimoquinta de las Condiciones Generales dispone que: “todas las diferencias, dificultades o conflictos que se susciten entre las partes por cualquier motivo y bajo cualquier circunstancia, relacionadas directa o indirectamente con estas Condiciones Generales, o con cualquier Contrato que celebren, o con cualquiera de sus cláusulas y, en especial, pero sin que esta enumeración sea limitativa, las que digan relación con sus efectos, vigencia, aplicación, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, validez o invalidez, nulidad, o resolución, existencia o inexistencia del mismo, serán sometidas al conocimiento y decisión de un Árbitro Mixto, Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fondo, quien decidirá la controversia en única instancia, sin ulterior recurso, salvo el de queja. La designación del Árbitro la harán las partes de común acuerdo. A falta de acuerdo respecto de la persona que actuará en el cargo de Árbitro Mixto, la designación será efectuada por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CAM Santiago)”.

Tercero: Que, habiéndose producido dificultades entre don XX y ZZ, el primero solicitó al CAM Santiago, con fecha 02 de octubre de 2013, la designación de un Juez Árbitro Mixto entre los integrantes de su Cuerpo Arbitral a fin de resolver el conflicto.

Cuarto: Por resolución de fecha 17 de octubre de 2013, el CAM Santiago designó al suscrito como Juez Árbitro, sin que las partes se opusieran a la designación. Con fecha 5 de noviembre de 2013, el Juez Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible ante la Secretaria General del CAM Santiago, señora Karin Helmlinger Casanova.

Quinto: Con fecha 25 de noviembre de 2013 y tal como consta a fojas 23 y siguientes, se celebró el primer comparendo, en el cual se fijaron las bases del procedimiento arbitral, consignándose en su numeral primero que el objeto del arbitraje sería “resolver las diferencias ocurridas entre XX y ZZ en relación con las Condiciones Generales Contratos de Derivados en el Mercado Local de fecha 21 de octubre de 2010; de las cuales emana la jurisdicción del Árbitro para conocerlas y fallarlas”.

Sexto: A fojas 259 y siguientes, don AB, en representación de don XX, interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra de ZZ, solicitando que se condene a la demandada al pago de \$51.200.000 por concepto de daño emergente, \$128.000.000 por concepto de lucro cesante y \$30.000.000 por daño moral, además de las costas de la causa, en base a los siguientes antecedentes de hecho:

Don XX trabajó como empleado en la empresa TR hasta octubre del 2010. Tras su salida, recibió una indemnización por años de servicio, de la cual habría confiado \$51.200.000 en administración a ZZ, para que al menos conservara el capital en el tiempo, a través de inversiones conservadoras.

El demandante señala que para estos efectos otorgó un mandato a la demandada y firmó todos los instrumentos necesarios para que efectuaran una correcta y diligente administración. Al completar uno de los formularios necesarios para formalizar su encargo a ZZ, don XX declaró que su voluntad era hacer preservar su capital, lo que implicaba que ZZ no podía realizar operaciones que pongan en riesgo su capital.

Sin embargo la demandada, haciendo caso omiso, realizó (i) operaciones de forward en moneda extranjera –lo cual significó una pérdida del 69% del dinero entregado– y (ii) operaciones de compraventa de acciones, que incluían simultáneas, las cuales conllevan un riesgo elevado sobre el capital.

El demandante, citando a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), explica que los contratos de forward en moneda extranjera consisten en un acuerdo de comprar o vender una cantidad específica de dólares a un precio determinado en una fecha futura. La finalidad de estas operaciones es que las partes comprometidas, que estarían expuestas a riesgos opuestos, puedan mitigar el riesgo de fluctuación del precio del activo, y de esta forma estabilizar sus flujos de caja.

Según la SVS, dos son los tipos de personas que realizan las operaciones de forward. Por una parte se encuentran aquellos inversionistas que buscan cubrir riesgos financieros reales (necesitan adquirir o vender moneda extranjera en una fecha determinada para cubrir una obligación efectiva) y por la otra, aquellos que hacen una especulación financiera y se arriesgan esperando recibir una probable ganancia futura, pero exponiéndose también, por contrapartida, a eventuales pérdidas financieras.

El demandante estima que la última situación descrita es la antítesis del perfil de inversionista conservador. El señor XX no estaba en condiciones de asumir riesgos, puesto que se encontraba desempleado y emprendiendo un nuevo negocio, sin más dineros que los confiados a la demandada.

No obstante a ello, y según los antecedentes y cifras obtenidas en la página web de la demandada, entre noviembre de 2010 y noviembre de 2011, ZZ realizó operaciones ficticias y especulativas con el dinero del demandante, a saber, compra de dólares por un total de US\$39.407.000 y ventas de dólares por un total de US\$40.984.000. El total de pérdidas del demandante en ese período ascendió a \$35.150.548, lo que corresponde al 69% del capital invertido.

El demandante explica que la maquinación realizada por ZZ consistía en que la corredora “hacía aparecer

en un momento dado comprando una gran cantidad de dólares, a un precio determinado, dólares que mi representado se obligaba a vender a un mayor precio en una fecha dada”¹. Sin embargo, en el tiempo intermedio “el precio del dólar bajó en relación al precio al cual el señor XX aparece comprando, lo que le produce una pérdida”².

El demandante advierte que las operaciones fueron todas realizadas con la sociedad de inversiones TR1, de propiedad del representante legal de la demandada, don P.S. Esta sociedad se habría quedado finalmente con los \$35.140.548.

En relación a las operaciones simultáneas, el demandante señala que se trata de un financiamiento con garantía de acciones, puesto que permiten comprar acciones sin tener los recursos, esperando obtener beneficios de las alzas futuras del precio de la acción.

Es del caso que la demandada, sin contar con la autorización del señor XX, procedió a comprar \$105.000.000 en acciones, generando pérdidas por un total de \$16.361.682, producto de la caída en el precio de las acciones. Las operaciones simultáneas se realizaron entre el 28 de octubre de 2010 y el 27 de septiembre de 2011.

En cuanto el derecho, el demandante señala que conforme al Artículo 33 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores (LMV), las transacciones de valores en que participen corredores de bolsa deberán ajustarse a las normas y procedimientos establecidos en la ley, a los que determine la SVS por instrucciones de general aplicación, y en su caso, conforme a lo dispuesto en los estatutos y reglamentos internos de las bolsas de valores. Por su parte, el Artículo 55 de la LMV dispone que quien infrinja las disposiciones contenidas en dicha ley, en sus normas complementarias o en las normas impartidas por la SVS, causando un daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios.

En cuanto a las operaciones forward, el demandante estima que se habría infringido el Artículo 53 de la LMV, al haberse realizado operaciones ficticias con los valores transados. Expresa que ZZ tiene la carga de acreditar que disponía de los dólares que aparece comprándole o vendiéndole y que éstos efectivamente entraron en su patrimonio.

En relación a las operaciones simultáneas, el demandante señala que éstas requieren ser realizadas previa orden escrita del comitente o bien, previa orden verbal sujeta a la confirmación dentro de un plazo de cinco días, según lo dispuesto en el Manual de Garantías de Operaciones a Plazo Bolsa Electrónica de Chile (aprobado mediante oficio N° 01, de 03 de septiembre de 1996) y en particular, en la sección sobre condiciones generales de las operaciones de compraventa a plazo de valores. Dichas órdenes fueron entregadas.

De otro lado, en la demanda se expresa que al haberse celebrado el contrato con ZZ en beneficio recíproco, y teniendo la demandada el carácter de mandataria, ésta debió haber actuado en el manejo de su

1 Demanda arbitral. Fojas 258.

2 Demanda arbitral. Fojas 259.

capital con la diligencia y cuidado que corresponde a un buen padre de familia, ciñéndose estrictamente a las instrucciones otorgadas por el mandante. En efecto, considerando que el señor XX se presentó como un inversionista de bajo riesgo, no podría haber realizado especulaciones de alto riesgo, en conformidad a lo dispuesto en los Artículos 268 del Código de Comercio y 2.131 del Código Civil.

Concluye el demandante señalando que de conformidad a los Artículos 55 de la LMV y 1.553 del Código Civil, ZZ está obligada a indemnizarle los perjuicios resultantes de la infracción del contrato por lo que debe ser condenado a pagar: **(i)** \$51.200.000 por concepto de daño emergente, correspondiente al monto inicial de la inversión; **(ii)** \$100.000.000 por concepto de lucro cesante, por la falta de rentabilidad por no poder haber ocupado los dineros en su negocio propio entre los meses de agosto y noviembre de 2013 y \$28.000.000 por el pago de intereses derivados de préstamos que el demandante debió solicitar para la marcha de su negocio entre octubre de 2011 a noviembre de 2013; y **(iii)** \$30.000.000 por daño moral, consistente en la reparación de las molestias y sufrimientos que ha causado la conducta de ZZ.

Séptimo: En el primer otrosí de la demanda, fue solicitada como medida precautoria la retención de bienes determinados. Tras conferirse traslado a la demandada, y en su rebeldía, el Árbitro resolvió a fojas 28 del Cuaderno de Precautoria, rechazar la medida solicitada, por no haberse acompañado comprobante alguno por parte del demandante que permita concluir que las facultades de la demandada no ofrecen suficiente garantía, ni que ésta procurará ocultar sus bienes.

Octavo: En el segundo otrosí de su demanda, don XX acompañó los siguientes documentos: **(i)** Resumen de operaciones forward y copia de los contratos de compraventa de dólares; **(ii)** Informe mensual de Cartera al 30 de noviembre de 2013; **(iii)** Copia de cheque por \$50.000.000, girado por el demandante a favor del demandado; y constancia de transferencia electrónica por \$1.200.000; **(iv)** Perfil de riesgo del demandante; **(v)** Resumen de movimientos de caja en el que aparecen todas las transacciones efectuadas por ZZ, con los fondos del demandante; y **(vi)** Resumen de movimientos de caja en el que aparecen todas las compras y ventas de acciones efectuadas por ZZ con los fondos del demandante.

Noveno: Que a fojas 312 y siguientes, ZZ opuso excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal y de ineptitud del libelo, establecidas en el Artículo 303 N° 1 y N° 4 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente. De ellas se dio traslado a la parte demandante, quien lo evacuó a fojas 331. A fojas 333, el Juez Árbitro rechazó la excepción dilatoria de ineptitud del libelo y acogió parcialmente la excepción dilatoria de incompetencia, en lo referente a la resolución de aquellos asuntos relacionados con las operaciones de compraventa simultáneas de acciones realizadas en virtud del “Contrato de condiciones generales de las operaciones de compraventa a plazo de valores”, por las razones de hecho y de derecho latamente consignadas en dicha resolución. Además, se resolvió dividir las costas del incidente en partes iguales entre las partes. Asimismo, se tuvo por presentada la contestación de la demanda y se dio traslado a la demandante para replicar.

Décimo: Que en el mismo escrito de fojas 312, la demandada contestó la demanda solicitando que sea rechazada en todas sus partes, con expresa condena en costas, por cuanto no es efectivo que el señor

XX haya confiado fondos en “administración” a la Corredora. Señala ZZ que la actividad esencial de un intermediario es precisamente intermediar los fondos invertidos conforme a las órdenes que para cada operación le impartan sus clientes. Por tanto, salvo que exista un “contrato de administración de cartera”, los intermediarios no cuentan con la facultad para administrar discrecionalmente el patrimonio o activos que éstos le entreguen.

La “administración de cartera”, ha sido definida por la Circular N° 2.108 de la SVS, como “toda actividad que puede desarrollar un intermediario de valores o administradora, con los recursos en efectivo, moneda extranjera o activos financieros, que recibe de una persona o entidad, nacional o extranjera para que sean gestionados por cuenta y riesgo del mandante, con facultad para decidir su inversión, enajenación y demás actividades que correspondan, en conformidad con las disposiciones contenidas en el contrato de administración de cartera de terceros que deben suscribir ambas partes”. La demandada afirma que ZZ jamás ha implementado el servicio de administración de cartera, por lo que habría sido imposible que ZZ se haya comprometido a prestar al señor XX el servicio que en la demanda éste arguye habría contratado.

Agrega ZZ que los documentos fundantes de la relación entre ZZ y el señor XX fueron (i) la ficha de cliente y (ii) los instrumentos conexos que conforme a la normativa de la SVS, las bolsas de valores y las prácticas de mercado es menester suscribir para que una Corredora preste servicios a un cliente. Acorde con la regulación aplicable, tales servicios de intermediación fueron prestados conforme a las órdenes que respecto a cada transacción impartió el cliente, sin que la Corredora tuviera injerencia en tales decisiones.

El demandado arguye que no es efectivo que el señor XX se haya declarado como un inversionista conservador en forma previa a realizar las operaciones, pues al momento de constituirse en cliente no firmó perfil de riesgo alguno, requisito que fue establecido por las Directivas del Comité de Autorregulación de la Bolsa Electrónica que entraron en vigencia el 1 de abril de 2012, con posterioridad a las operaciones realizadas por el señor XX.

Lo que sí habría firmado expresa y previamente el señor XX fueron las Condiciones Generales y las condiciones generales para compraventa simultáneas de acciones, contratos que ZZ no exigía firmar a sus clientes, quienes eran libres de decidir si las suscribían en función de sus propios intereses y de las operaciones que desean realizar.

En el numeral 2.1 de las Condiciones Generales, el señor XX declaró expresamente conocer y aceptar “las complejidades y los riesgos involucrados en este tipo de transacciones”. También declaró expresamente: “que está consciente y acepta que las predicciones de variaciones de los distintos índices económicos y que cualquier decisión tomada sobre esa base puede resultar errónea, y que las consecuencias que de ellas pudiera derivarse para cada parte será de su única responsabilidad”.

En la misma fecha que el demandante firmó las Condiciones Generales, firmó también un Addendum en que se estipuló que tales derivados podrían contratarse indistintamente con ZZ o con su sociedad relacionada TR1.

En razón de lo expuesto, el señor XX efectuó múltiples operaciones forward, recibiendo automáticamente –cada vez que se acordaba un forward– una confirmación vía email de la respectiva operación, siendo luego el contrato pertinente debidamente firmado e informándose el resultado en cada fecha de vencimiento.

Explica la demandada que recién el 31 de marzo de 2012, varios meses después de haber realizado las operaciones que ahora pretende cuestionar, el demandante firmó una declaración de perfil de riesgo y que ni siquiera en ese documento se calificó como un inversionista conservador.

Agrega ZZ que el demandante ha omitido señalar que el único mandato conferido por el señor XX para la administración de sus activos fue otorgado por el mismo demandante a una persona de su confianza. Su otorgamiento no obedeció a un requerimiento de ZZ, quien se limitó a tomar conocimiento del mandato conferido y a aceptar la actuación del respectivo mandatario.

A juicio de la demandada, otra importante omisión en la demanda consiste en el hecho de haber presentado el señor XX, el 21 de febrero de 2012, un reclamo ante la SVS por los mismos hechos materia de esta causa. Luego de un extensivo proceso, el 16 de agosto de 2012, la SVS dictó el Oficio Ordinario N°02 (Resolución de la SVS), que no dio lugar a las pretensiones del señor XX, en virtud de los argumentos que en dicho documento se esbozan.

En relación a los forward, ZZ explica que éstos pueden ser celebrados tanto con un ánimo de cobertura o conservador, como con un ánimo especulativo, caso en el que no existe un activo que cubrir por lo que se exige garantizar a la contraparte el monto que estadísticamente se considera como el capital de riesgo.

Al haber ejecutado el demandante operaciones de forward sin tener activo alguno que cubrir, la transacción reviste un carácter netamente especulativo, con una alta probabilidad de pérdida del capital. Para entrar en este tipo de operaciones no era requisito cubrir un determinado riesgo financiero, sino que basta la voluntad de especular con el dólar, la cual el señor XX habría manifestado de manera reiterada en múltiples ocasiones.

Finalmente la demandada señala que no es efectivo que los fondos perdidos por el señor XX hayan quedado radicados en el patrimonio de la Corredora o de TR1 pues éstas, para cubrir el riesgo de los diversos forwards, contrataron a su vez con otros agentes del mercado una operación inversa, por lo que sólo percibieron una parte menor de los dineros que el demandante perdió, como legítima contraprestación por su intermediación.

En cuanto el derecho, la demandada afirma que las operaciones fueron efectuadas en virtud de los contratos suscritos por el señor XX, estando éste en perfecto conocimiento de las operaciones que se realizarían, asumiendo y aceptando el riesgo involucrado en ellas. Todas ellas fueron realizadas dentro del marco jurídico vigente y de acuerdo a las prácticas habituales de mercado, por lo que los Artículos 33 y 55 de la LMV, sobre los cuales el demandante funda su pretensión, resultan absolutamente inaplicables.

Por otro lado, señala la demandada que al no haber existido mandato entre ella y el demandante, mal podría haber habido incumplimiento del Artículo 268 del Código de Comercio, o al Artículo 2.131 del Código Civil.

En cuanto al daño emergente alegado, ZZ arguye que sería improcedente por cuanto, como lo señala el profesor Pablo Rodríguez, éste consiste en el "...detrimento patrimonial efectivo que experimenta uno de los contratantes con ocasión del incumplimiento", incumplimiento que en el caso en cuestión no existiría.

En cuanto al lucro cesante, señala la demandada que éste se funda en incumplimientos meramente hipotéticos y carece de la certeza o probabilidad objetiva de obtener la ganancia que señala en la demanda o la certeza del gasto supuestamente incurrido, requisito exigido por la doctrina que invoca en su contestación.

En relación al daño moral, ZZ alega que no se acreditó su existencia y es del todo excesivo, apartándose absolutamente a los montos otorgados por nuestros tribunales de justicia frente a casos de incluso mayor entidad que los hechos que dan origen a estos autos.

Undécimo: Que en el otrosí la demandada presentó los siguientes documentos: **(i)** Contrato de Condiciones Generales de Mercado suscrito por don XX con fecha 21.10.10, destacando en especial el punto 2 que se refiere a Declaraciones Aseveraciones y Garantías; **(ii)** Modificación de condiciones generales de contratos derivados en el mercado local de fecha 21.10.10; **(iii)** Copia de Perfil de riesgo firmado por don XX con fecha 30.03.12; **(iv)** Aviso de vencimientos al 28 de abril de 2011; **(v)** Copia de reclamo presentado por don XX de fecha 21.02.12 ante la SVS; y **(vi)** Copia de la resolución emitida por dicha entidad fiscalizadora mediante oficio ordinario de fecha 16.08.12.

Duodécimo: Que a fojas 335 y siguientes, el señor XX evacuó el trámite de la réplica señalando que la demandada no se ha referido ni ha acreditado que se encontraba autorizada por el señor XX para realizar con su dinero operaciones de carácter especulativo. Tampoco habría explicado las operaciones de carácter ficticio que se le han atribuido, ni la diferencia de US\$1.577.000 entre los montos que aparece comprando y vendiendo.

Sostiene además que la demandada habría incurrido en errores, al negar que el señor XX le haya confiado fondos en administración, pero no controvertir haber recibido \$51.200.000 del demandante.

El demandante niega que la demanda se haya sostenido la existencia de un contrato de administración de cartera, como afirma ZZ. En realidad, lo que se dijo es que se le confió dineros en administración a la Corredora, y que para tal efecto se le confirió un mandato, contrato que la demandada desconoce como integrante de la relación contractual con el señor XX. Además, se celebró un segundo mandato con el señor F.S., empleado de ZZ, empresa en la que comparte el domicilio, teléfono y correo electrónico.

Agrega el demandante que si bien firmó un Addendum en el que se estipuló que el señor XX podría contratar derivados con ZZ o con TR1, en éste se estipuló dichas operaciones se podrían hacer "bajo los términos y

condiciones que se convenga en el marco de las condiciones generales”, contrato que no autorizaba a ZZ para realizar operaciones especulativas de compra y venta de dólares, sobre sumas de dinero inexistentes o que no eran de dominio del señor XX.

Es más, ZZ debía emplear en la administración de los dineros confiados la diligencia que corresponde a un buen padre de familia, como lo señalan los Artículos 1.547, 2.132, 2.133 y 2.149 del Código Civil y 268 y 269 del Código de Comercio. Lejos de ello, ZZ habría actuado como un “mandatario torpe y negligente”. En virtud del Artículo 1.547 del Código Civil, es ZZ quien tiene la carga de acreditar que ha actuado diligentemente.

El demandante estima pertinente aclarar que el señor XX no realizó ninguna operación forward, y que quien las realizó fue la demandada. De hecho, en base a lo dispuesto en los Artículos 2.132 y 2.133 del Código Civil, ZZ sólo estaba autorizada para realizar actos de administración. Para la realización de operaciones especulativas requería un poder especial y en cualquier caso, ni aun contando con ese poder, podría haber realizado operaciones de carácter especulativo que hicieran perder al mandante la totalidad del capital entregado en administración.

Agrega el demandante que la demandada habría actuado de mala fe, ya que TR1 sólo ganaba dinero a costa de los fondos del señor XX, sin poner un peso y sin asumir ningún riesgo, obligándose a vender dólares que previamente ZZ le había prometido comprar a un determinado precio con dineros del demandante.

Por último, el demandante señala que ZZ infringió el Artículo 271 del Código de Comercio por cuanto esta norma prohíbe al comisionista hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena.

Decimotercero: Que a fojas 343 y siguientes, ZZ evacuó el trámite de la dúplica señalando en su réplica, el demandante insiste en argumentar que las decisiones de inversión relativas al señor XX habrían sido adoptadas por ZZ, actuando en virtud de un mandato otorgado por el cliente. El argumento es erróneo, pues pasa por alto las especiales regulaciones que rigen la intermediación o corretaje de valores, consistentes en únicamente en cursar y ejecutar las órdenes que le impartan sus clientes, bajo su propia cuenta y riesgo.

La SVS dictó su Circular N° 2.108 estableciendo que, salvo bajo los estrictos términos de una administración de cartera, una corredora no podrá gestionar fondos de un cliente “por cuenta y riesgo del mandante, con facultad para decidir su inversión”. En los hechos, ZZ jamás suscribió con el señor XX, ni con cliente alguno, un contrato de administración de cartera. Su relación se ha limitado al ámbito específico del corretaje y no a la adopción de decisiones de inversión por cuenta del cliente.

La demandada arguye que don XX designó como mandatario al señor F.S., con facultades para decidir y ordenar operaciones a la Corredora en su representación. ZZ y TR1 se limitaron a tomar conocimiento del mandato conferido y a aceptar la actuación del respectivo mandatario, por lo que si las operaciones que le fueron instruidas por el mandatario no satisfacen al mandante, será una cuestión que debe resolverse entre mandante y mandatario.

Agrega ZZ que el señor F.S. no fue nunca empleado suyo ni de TR1, sino que es una persona que contaba con una cartera de clientes propios, a los cuales prestaba asesoría en inversiones y en atención a ello ZZ y TR1 lo contrataron para que promoviera y proporcionara información a sus propios clientes, en relación a todo tipo de operaciones, productos y servicios ofrecidos por TR1 y/o por ZZ, relación que correspondería a una práctica de habitual utilización en el mercado y que no implica vínculo de dependencia ni laboral alguno.

Adicionalmente, la demandada resalta las omisiones del escrito de réplica, en la que el demandante no se ha referido ni al reclamo presentado ante la SVS, ni a la ausencia de regulación que haya requerido la firma de algún perfil de riesgo a la época en la que el señor XX realizó las operaciones que cuestiona.

Por último, ZZ afirma que los forwards contratados por el demandado responden claramente a una finalidad especulativa, esencialmente riesgosa pues la variación de sus resultados puede llegar a ser mayor que el capital invertido, por cuanto dichos montos se calculan en relación a las garantías que se proporcionan para cada operación. El señor XX, al firmar las Condiciones Generales, declaró expresamente conocer y aceptar tales riesgos, y no negó ni desconoció las operaciones efectuadas cuando fue informado vía email de cada una de ellas y de sus respectivos vencimientos y resultados.

Decimocuarto: Que por resolución de fojas 347 y según lo dispuesto en la sección 20 del Acta de Procedimiento Arbitral, se fijaron los honorarios del Juez Árbitro y la tasa administrativa del CAM Santiago.

En la misma resolución se citó a las partes a una audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo con fecha 8 de abril de 2014, sin alcanzar las partes un acuerdo, como consta en acta de fojas 350.

Decimoquinto: A fojas 354 se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

- (1) Naturaleza del contrato que rola a fojas 5 de autos, en el sentido si constituye un contrato de administración de cartera o de intermediación; derechos y obligaciones que emanan del mismo, en especial, si estaba o no contractualmente permitido a la demandada celebrar operaciones forward con los fondos invertidos por el actor, en los términos de que ello ocurrió en los hechos;
- (2) Efectividad de que al momento de contratar, el demandado declaró ser un inversionista conservador y que sus fondos fueran destinados solamente para el ahorro; y efectividad que dicha orden fue conocida por la parte demandada antes de realizar operaciones con los fondos del demandante;
- (3) Si en las operaciones realizadas por la parte demandada y discutidas por el actor, existió algún consentimiento expreso para la realización de las mismas, de conformidad a los términos previamente acordados contractualmente. En especial, si existió o no un acuerdo que autorizaba a don F.S. para dar órdenes de tipo verbal o escritas en representación del demandante ordenando al demandado realizar operaciones con los fondos del demandante;

(4) Si en las operaciones realizadas por la demandada existió un actuar doloso o al menos atribuible a negligencia al tenor de las obligaciones contractuales pactadas, que sirvan para acreditar responsabilidad contractual de la parte demandada;

(5) Si las operaciones realizadas por la parte demandada con fondos del actor tienen relación de causalidad con los perjuicios alegados por el actor;

(6) Naturaleza y monto de los perjuicios demandados por el actor.

Contra la resolución que recibió la causa a prueba el demandante interpuso, a fojas 355, recurso de reposición solicitando se elimine en el punto primero aquella parte que se refiere a la naturaleza del contrato y que se agreguen nuevos puntos de prueba, lo anterior en virtud de los argumentos que se mencionan en el antedicho escrito.

A fojas 357 se dio traslado a la parte demandada, quien solicitó que se rechace el recurso deducido por el demandante en todas sus partes. A fojas 361, el Juez Árbitro resolvió rechazar el recurso de reposición deducido por la demandante, bajo los argumentos y fundamentos contenidos en dicha resolución.

Decimosexto: A fojas 367, el demandante solicitó la exhibición de múltiples contratos de compraventa de dólares, en operaciones realizadas por ZZ en que el señor XX aparezca como comprador de dólares, entre octubre de 2010 y noviembre de 2011. A fojas 378 el Juez Árbitro resolvió acoger dicha solicitud, la que fue cumplida por la demandada en la audiencia de 3 de julio de 2014, cuya acta consta a fojas 399.

Decimoséptimo: A fojas 372, la demandante acompañó los siguientes documentos: (i) Acta Notarial de fecha 6 de junio de 2014, que certifica que la ministro de fe ingresó a la dirección de Internet de ZZ, y pudo obtener la información y documentación que en ella se detalla, en relación a la cuenta del demandado consistente en: (a) Detalle día a día de las operaciones en moneda extranjera entre el día 1 de septiembre de 2010 y el 9 de junio de 2014; (b) Páginas individualizadas con los números 1 al 4 del acta notarial, del que se destaca que la primera operación es una venta el día 29 de octubre de 2010 de US\$400.000 por \$195.000.000; (c) Resumen por fecha de vencimiento de operaciones en moneda extranjera; (d) Copia de contratos de forward firmados solamente por TR1, enumerados en el acta notarial desde el número 8 al 234; (ii) Informe elaborado por don PE, que refleja cada operación realizada; (iii) Mandato otorgado por el demandante a don F.S.; (iv) Página de inicio del sitio web de ZZ; y (v) Memorándum acerca de los forward preparado por don G.R.

Decimoctavo: A fojas 363, la parte demandante solicitó el nombramiento de un perito, para los efectos de determinare si existió lucro cesante en los términos planteados en la demanda. El Juez Árbitro resolvió a fojas 378 que su designación debía realizarse de común acuerdo entre las partes. A fojas 413, ante la falta de acuerdo entre las partes, y previo a la designación del perito, el Juez Árbitro ordenó a la demandante indicar los antecedentes que deben ser revisados por éste.

Tras acoger a fojas 470 el recurso de reposición interpuesto a fojas 450 por el demandante, el Juez Árbitro designó a don PE como perito auditor para los efectos de determinar: **(i)** la efectividad de que el demandante haya sufrido pérdida de rentabilidad en su negocio propio entre los meses de agosto y noviembre de 2013; **(ii)** de ser efectivo el punto anterior, a cuánto ascendería dicha pérdida de rentabilidad; y **(iii)** efectividad de que el demandante haya tenido que incurrir en el pago de \$28.000.000 por concepto de intereses por préstamos que debió solicitar para la marcha de su negocio entre los meses de octubre de 2011 a noviembre de 2013.

Con fecha 01 de agosto de 2014, el perito procedió a aceptar la designación y jurar desempeñar fielmente el cargo, según consta a fojas 473. A fojas 479 se realizó audiencia de reconocimiento pericial. Tras resolverse a fojas 482 el incidente promovido en audiencia de fojas 479, por los fundamentos contenidos en esa resolución, se presentó el informe pericial con fecha 10 de septiembre y se acompañó al expediente a fojas 496.

Decimonoveno: A fojas 379 de autos, la demandada presentó los siguientes documentos: **(i)** Copia de contrato de mandato mercantil suscrito por el demandante y don F.S. con fecha 21 de octubre de 2010; **(ii)** Copia de contrato de condiciones generales para derivados de fecha 21 de octubre de 2010; **(iii)** Modificación de condiciones generales de fecha 21 de octubre de 2010; **(iv)** Copia de perfil de riesgo firmado con fecha 30 de marzo de 2012; **(v)** Copia de reclamo presentado por el demandante a la SVS el 21 de febrero de 2012; y **(vi)** Copia de resolución de la SVS de fecha 16 de agosto de 2012.

Vigésimo: A fojas 383, la demandada presentó los contratos originales de compraventa a Futuro de Moneva Extranjera, firmados por don F.S. en representación del demandante y por TR1.

Vigésimo Primero: A fojas 387, ZZ objetó por falta de integridad los documentos referidos en el acta notarial con los números 6 al 24, acompañada a fojas 372, por no llevar la firma del cliente o su mandatario, aduciendo haber acompañado los contratos originales, con la firma del mandatario del demandante, señor F.S.

Asimismo, objetó el documento acompañado por la demandante con fecha 17 de junio de 2014, consistente en la copia de la página de inicio del sitio web de ZZ, por falta de integridad, dado que sólo se acompaña la página de inicio y no la página en que aparece la explicación de dicho servicio consistente solamente en asesoría y consejo de inversiones y no en administración propiamente tal. En el mismo escrito la demandada acompañó copia íntegra del referido sitio web.

A fojas 398 el Juez Árbitro confirió traslado, el que fue evacuado por el demandante a fojas 403, señalando que la impugnación carecería de fundamento y valor por cuanto **(i)** no existiría razón para que el vendedor no firme los documentos impugnados; **(ii)** la explicación otorgada por la demandante no se aviene a la práctica habitual de los negocios, puesto que "como en las convenciones se establecen los derechos y obligaciones que se generan, lo lógico y habitual es que esas condiciones se establezcan con anterioridad a la fecha en que el contrato deba surtir sus efectos"; **(iii)** no se acompaña ningún antecedente probatorio que

acredite los dichos de la demandada ni la fecha en que los contratos fueron subidos; **(iv)** la firma estampada en los documentos no es y ni se parece a la del señor XX ni a la del señor F.S.; **(v)** no se entiende por qué la demandada no subió a su página web los contratos firmados por ambas partes, siendo que hubo tiempo de sobra para hacerlo; y **(vi)** respecto de la copia de la página de inicio del sitio web de ZZ, debe tenerse presente que lo que se pretende demostrar es que la demandada efectivamente presta el servicio de administración de cartera y además desenmascarar la falsedad de sus afirmaciones. A fojas 412 el Juez Árbitro señaló que el incidente será resuelto en la Sentencia definitiva.

Vigésimo Segundo: Que según consta a fojas 399, con fecha 3 de julio de 2014, se llevó a cabo audiencia testimonial en la cual prestaron declaración los señores PE y C.P. Mediante resolución de fojas 469 se tuvieron por incorporadas al expediente las transcripciones pertinentes, las que se agregaron a fojas 425.

Vigésimo Tercero: Que a fojas 400, 401 y 402, la demandada acompañó los siguientes documentos: **(i)** Copia de confirmaciones de operaciones forward enviadas por email entre noviembre 2010 y noviembre 2011 a don XX y a don F.S.; **(ii)** Ejemplos de aviso de vencimiento de operaciones forward enviados a don XX y a don F.S.; **(iii)** Opinión Legal del abogado señor AB1 respecto a la naturaleza del contrato de Condiciones Generales, señalando el demandado en su escrito que el citado informe acredita que el contrato mencionado es un contrato de intermediación financiera y no un mandato mercantil; **(iv)** Copia de mandato mercantil de fecha 21 de octubre de 2010, conferido por don XX a ZZ y a Inversiones TR1 destinado a cubrir las garantías en los contratos que se celebren incluidos forwards; y **(v)** Contrato de Asesoría Financiera suscrito con fecha 1 de septiembre de 2009 entre Inversiones TR2, representada por don F.S. y ZZ.

Vigésimo Cuarto: A fojas 406 la parte demandante objetó los contratos de compraventa a futuro de moneda extranjera acompañados por la demandada a fojas 383, en virtud de los siguientes argumentos: **(i)** en todos los contratos aparece un garabato o mono que se objeta por ser falso; **(ii)** por carecer de valor probatorio puesto que los contratos no fueron reconocidos por la parte contra quien se oponen, ni tampoco por quienes aparecen haberlos suscrito; **(iii)** que en ninguno de los documentos se hace referencia a que la firma estampada sea del señor F.S. y, además, en todos los contratos comparece como vendedor el señor XX, sin hacer mención al señor F.S. ni a que actúa en representación del primero. En cambio, se identifica al mandatario del comprador y se hace expresa mención a la representación que inviste; **(iv)** la firma no se parece ni remotamente a la estampada en el contrato de mandato y ni siquiera existe similitud entre las firmas estampadas en los diferentes documentos; **(v)** que aun cuando la firma correspondiere a la del señor F.S., ésta habría sido estampada con posterioridad al 6 de junio de 2014, fecha del acta notarial en que se acredita que dichos contratos carecían de firma; y **(vi)** el señor F.S. no tenía facultad para representar al señor XX por cuanto la eficacia del mandato dependía de una condición suspensiva expresada en la cláusula segunda y tercera letra a) del mandato que señala: "Cláusula segunda: conforme se ha expuesto, el mandatario estará facultado para contratar y cerrar las operaciones con ZZ y/o TR1, pudiendo acordar la totalidad de las condiciones de esas operaciones y en general para realizar todas las gestiones que sean necesarias para el cabal e íntegro cumplimiento del presente mandato con las solas limitaciones enunciadas en la cláusula tercera". La cláusula tercera señala: "Monto neto: el monto neto de las operaciones vigentes del mandante con ZZ y/o TR1 contratadas por el mandatario, no podrá exceder la suma equivalente a la

garantía que para efectos de responder por el adecuado cumplimiento de sus obligaciones en mérito de las operaciones se compromete a constituir el mandante en beneficio del mandatario". El demandante jamás otorgó garantía en beneficio del señor F.S., encontrándose pendiente la condición suspensiva, por lo que el señor F.S. nunca tuvo poder de representación.

Por su parte la demandada, al evacuar el traslado conferido mediante resolución de fojas 412, señaló a fojas 416 que: **(i)** la firma de los contratos corresponde al apoderado de don XX, don F.S. Señala ZZ que los contratos que se suben a la página web sólo cuentan con la firma digitalizada del gerente general de la sociedad y se avisa por medio de un email al cliente para que lo imprima y lo remita a la Corredora firmado por él o por su mandatario -como aconteció en el presente caso- sin que éstos se suban a la página web de la Corredora. Por ello se señala expresamente al final de cada contrato que se firman dos ejemplares, quedando uno en poder del cliente y otro en poder de TR1; **(ii)** que la cláusula 5.1. de las Condiciones Generales señala que, en atención a la rapidez con que se convienen los términos de los contratos, se aceptarán los términos de la oferta de la otra parte verbalmente, sin perjuicio que la parte oferente deberá enviar a la aceptante una confirmación con los términos del contrato celebrado, las que fueron acompañadas en autos a fojas 400. Dichos contratos fueron firmados por el señor F.S. e informados mediante avisos de vencimiento que también se acompañaron al expediente; **(iii)** que el demandante señala que los contratos carecen de valor probatorio, lo cual no es una causal de impugnación; **(iv)** el demandante señala que los contratos serían perniciosos para el señor XX porque el mecanismo de cumplimiento de los mismos era la compensación, lo que demuestra total desconocimiento del contenido del contrato, por cuanto el número 10 de las Condiciones Generales menciona como mecanismo de cumplimiento la compensación global de contratos; **(v)** señala que la firma que consta en los documentos es la media firma del señor F.S., práctica habitual atendido al volumen de documentos que deben firmarse en las corredoras. Además afirma que los contratos fueron suscritos antes del 6 de junio de 2014, y que la falta de firma en la página web se aplica por lo señalado en el numeral (i) de este Considerando; **(vi)** finalmente, y en relación a las facultades de representación del señor F.S., señala que las garantías fueron constituidas en virtud del mandato conferido por don XX a ZZ y TR1, destinado precisamente a cubrir las garantías en los contratos que se celebren. Además, que el demandante tuvo perfecto conocimiento de cada una de las operaciones que se realizaron a su nombre y nunca impugnó su realización mediante algún reclamo pertinente.

Vigésimo Quinto: A fojas 424 se abrió término probatorio incidental fijándose como punto de prueba la "Efectividad de que la firma estampada en los contratos de forward acompañados por la parte demandada es del señor F.S.". Con fecha 21 de agosto de 2014, se llevó a cabo audiencia testimonial en la cual prestó declaración el señor F.S. Mediante resolución de fojas 494 se tuvieron por incorporadas al expediente las transcripciones pertinentes, las que se agregaron a fojas 490 de autos.

Vigésimo Sexto: A fojas 452, la demandada presentó escrito de observaciones a la prueba y formuló tachas a los testigos presentados por el demandante.

Al testigo don C.P., se le tachó por mantener una larga amistad con el padre del demandante, de conformidad al Artículo 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, se tachó a don PE por carecer de la imparcialidad necesaria para deponer en juicio, al haber sido contratado por la demandante para evacuar un informe privado, de conformidad al Artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

Que por resolución de fojas 535, se tuvieron por presentadas las observaciones a la prueba de la demandada, se ordenó a las partes efectuar el pago de los honorarios pendientes, de conformidad a la letra b) del numeral 20 del Acta de Procedimiento Arbitral y se citó a las partes a oír Sentencia.

CONSIDERANDO:

Vigésimo Séptimo: Antes de resolver la cuestión de fondo, corresponde pronunciarse acerca de los incidentes que surgieron durante el juicio y cuya resolución se dejó para la presente Sentencia.

EN CUANTO A LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTOS:

Vigésimo Octavo: A fojas 387 la parte demandada objetó por falta de integridad los documentos acompañados a fojas 372, referidos en el acta notarial con los números 6 al 24, a saber –copia de los Contratos de Compraventa a Futuro de Moneda Extranjera celebrados en el marco de las Condiciones Generales, entre el 29 de octubre de 2010 y el 3 de noviembre de 2011– al no contar con la firma del cliente o de su mandatario. Estos documentos fueron asimismo acompañados al escrito de demanda de fojas 259.

Por su parte, la demandada acompañó a fojas 383 similares contratos, aduciendo que éstos eran efectivamente los originales, puesto que consta en ellos la firma del mandatario del señor XX. Dichos documentos fueron objetados por la parte demandante a fojas 406, por los motivos consignados en el Considerando Vigésimo Cuarto de esta resolución.

El Juez Árbitro nota que la única diferencia entre los contratos acompañados por la demandada y por el demandante, es que los primeros se encuentran firmados por ambas partes, mientras que los segundos se encuentran firmados sólo por TR1. Dado que se trataría en esencia de los mismos documentos, se analizarán conjuntamente ambas objeciones.

Vigésimo Noveno: El hecho de que los contratos acompañados por el demandante formen parte del acta certificada por la Notario Suplente, doña NT, comprueba que efectivamente dichos contratos se encontraban disponibles en la página web de ZZ. Sin embargo, esto no significa que dichos documentos sean copia fiel de sus originales.

Por resolución de fojas 424 se abrió término probatorio de ocho días con el fin de que las partes puedan acreditar sus alegaciones. En audiencia testimonial de fecha 21 de agosto de 2014, en la que compareció como testigo don F.S. en su calidad de mandatario del demandante quien, tras revisar detenidamente cada uno de los contratos acompañados por la demandada, declaró y reconoció que la firma que aparece en ellos es propia.

En atención a lo dispuesto por el Artículo 1.702 del Código Civil, cabe concluir que los contratos de compra-

venta a futuro de moneda extranjera acompañados por la parte demandada a fojas 383 son efectivamente originales y tienen el valor de escritura pública, tanto respecto a quienes lo suscriben como respecto a su fecha.

En consideración a lo antes expuesto, el Juez Árbitro resolverá acoger la objeción de documentos presentada por la demandada a fojas 387, en lo referente a aquellos documentos referidos en el acta de notarial con los números 6 al 24, acompañada a fojas 372.

Asimismo, se resolverá denegar la objeción de documentos presentada por la parte demandante a fojas 406, al haberse reconocido la firma contenida en ellos por el señor F.S., quien aparece otorgándolos.

Trigésimo: A fojas 387 la demandada también impugnó, por falta de integridad, el documento acompañado por el demandante con fecha 17 de junio de 2014, consistente en la copia de la página de inicio del sitio web de ZZ, puesto que no se acompañó copia completa del sitio web en el que aparece la explicación del servicio de administración de cartera, consistente en la asesoría y consejo en ciertas materias.

El Juez Árbitro observa que ciertamente el demandante no acompañó copia de la página web en la que se explica el servicio ofrecido por ZZ. Sin embargo, ello no significa que el documento acompañado falte de integridad, puesto que efectivamente en la página de inicio de ZZ aparece el acápite "administración de carteras", tal y como consta en el documento acompañado por la demandante a fojas 372.

En consideración a lo antes expuesto, el Juez Árbitro rechazará la objeción de documentos presentada por la demandada a fojas 387, en lo referente a la copia de la página de inicio del sitio web de ZZ.

EN CUANTO A LAS TACHAS:

Trigésimo Primero: A fojas 520 la demandada dedujo tacha contra el testigo don C.P., conforme al Artículo 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, por existir una relación de íntima amistad entre éste y el padre del demandante, lo que fluiría de los propios dichos del testigo quien expresó conocerlo hace largos años y tener una relación de confianza que incluso habría llevado al padre del señor XX a solicitarle consejo respecto a los contratos que han motivado el presente juicio.

La norma aludida señala expresamente que la relación de amistad íntima debe existir entre el testigo y la parte que lo presenta, en este caso el demandante. El Juez Árbitro estima que no es posible configurar la causal de tacha deducida, puesto que no existe amistad entre el testigo y el demandante, como fue declarado por éste cuando se le hicieron las respectivas preguntas de tachas, y en segundo lugar, porque la demandante ha sostenido claramente que dicha amistad mediaba con el padre del demandante y no con el señor XX. Adicionalmente, a juicio del Juez Árbitro, tampoco se han presentado a su conocimiento hechos graves que permitan al Tribunal calificar dicha amistad, como exige el Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

Trigésimo Segundo: En el mismo escrito de fojas 520, la demandada opuso tacha contra el testigo don

PE, conforme al Artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, puesto que el testigo carecería de la imparcialidad necesaria para declarar por tener un interés en el pleito, al haber preparado un informe privado, acompañado a fojas 372. Por tanto, a juicio de la demandada se trataría de un profesional comisionado por la demandante para hacer un análisis del caso de autos y no de un testigo propiamente tal.

El Juez Árbitro observa que el informe presentado por el señor PE, constituye un documento emanado de un tercero, y corresponde que éste sea reconocido por la persona de quien emana para adquirir validez en el proceso arbitral. Según señala la doctrina y la práctica procesal usual, el modo de acompañar un instrumento privado emanado de un tercero es justamente mediante la declaración testimonial de ese tercero (Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo IV, Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile, página 70).

En consecuencia, sin perjuicio del valor que se dé a la declaración en la que el testigo se refiere a su informe, lo expande o complementa, o de la apreciación que se haga del documento que de él emana, se resolverá rechazar la tacha opuesta por no haberse acreditado suficientemente la existencia de un interés en los resultados del juicio por parte del testigo.

EN CUANTO AL FONDO:

Trigésimo Tercero: Como se señaló en el párrafo Sexto de la parte Vistos de este laudo arbitral, la parte demandante ha solicitado, a fojas 259, que se condene a ZZ al pago de una indemnización de los perjuicios que se han generado producto del incumplimiento de las Condiciones Generales y al pago de las costas del arbitraje. Por su parte, a fojas 312 la demandada ha solicitado que se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

Para la acertada resolución de las pretensiones de las partes, y en particular, para la determinación del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de indemnización de perjuicios, el Juez Árbitro estima que es necesario pronunciarse respecto de las cuestiones controvertidas en este arbitraje –fijadas en la resolución de fojas 354, que recibe la causa a prueba– y sobre las cuales demandante y demandado han tenido oportunidad de desplegar su actividad probatoria.

En base a lo antes señalado, el Juez Árbitro estima que las cuestiones jurídicas controvertidas, sobre las cuales debe recaer su fallo, pueden sintetizarse en la determinación de (i) la naturaleza jurídica de las Condiciones Generales y en particular, si éste es un contrato de intermediación financiera o si se trata de un contrato de mandato en virtud del cual ZZ puede tomar decisiones a nombre del señor XX; (ii) si el tenor de las Condiciones Generales permitían a ZZ, ejecutar operaciones especulativas de forward con el capital del señor XX, en el evento que mediaran previamente instrucciones en tal sentido por el señor XX o su representante; y (iii) la existencia efectiva de los perjuicios demandados, y su vínculo con el eventual incumplimiento de la Corredora.

(i) Sobre la naturaleza jurídica de las Condiciones Generales

Trigésimo Cuarto: Que el demandante ha sostenido que por el contrato de Condiciones Generales “confió en administración a la demandada la cantidad de \$51.200.000 para que ellos a través de inversiones conservadoras al menos conservaran el valor de los dineros en el tiempo” y que en virtud de éste “el demandado, efectuó transacciones ficticias a mi nombre”. La demandada, por su parte, negó en su contestación que el señor XX haya confiado fondos en administración a ZZ. Expresó en su contestación que, a menos que exista un contrato de administración de cartera, “los intermediarios no cuentan con la facultad para administrar discrecionalmente el patrimonio” de sus clientes, pudiendo únicamente intermediar “conforme a las órdenes que para cada operación le impartan sus clientes”.

En consecuencia, una primera cuestión que corresponde al Juez Árbitro determinar es si las Condiciones Generales constituyen un mandato que permitía a ZZ tomar decisiones de inversión por el demandante, o si por el contrario, atendido su tenor, la demandada estaba llamada únicamente a ejecutar las órdenes que recibía de parte del cliente.

Trigésimo Quinto: Como cuestión preliminar corresponde señalar que ambas partes acompañaron copia de la página web de ZZ, en la que consta que la demandada ofrece al público servicios de administración de cartera y las características de dicho servicio. Este hecho no resulta relevante en el análisis de la cuestión jurídica debatida, pues de lo que se trata es de establecer a qué estaba específicamente obligada la demandada para con el demandante en virtud del contrato de Condiciones Generales, más allá de los servicios que aquella ofrezca prestar al público general.

Luego de un estudio detallado de las Condiciones Generales, el Juez Árbitro estima que en la convención no se encuentran contenidos, expresa o tácitamente, los elementos esenciales del contrato de mandato, que se desprenden del Artículo 2.116 del Código Civil, a saber, una persona –mandante– que confía en otra –mandatario– la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo del primero.

En efecto, en la cláusula 2.1. c) del contrato las partes declararon conocer y aceptar que “han tomado y tomarán sus propias decisiones sobre inversiones, cobertura y negociación (incluyendo las decisiones sobre conveniencia u oportunidad de cualquier contrato tomando en consideración sus circunstancias) en base a sus propias opiniones y los consejos de los asesores profesionales independientes y a la información que cada una estime necesaria y apropiada y no en base a los consejos, opiniones, recomendaciones, asesoría o declaraciones de su contraparte” [énfasis añadido]. Así, el señor XX no confió sus decisiones de inversión en ZZ, ni le permitió gestionar sus negocios.

En este sentido, el Juez Árbitro concuerda con la calificación jurídica que ha realizado el señor AB1, en su informe de fojas 401. El experto ha señalado que las Condiciones Generales no pueden entenderse como un contrato de administración de cartera puesto que no contiene “norma alguna que conduzca a catalogarlo como un mandato de administración de cartera”, agregando que el contrato “en su esencia, no corresponde a ese tipo de relación jurídica”.

Reafirma lo dicho el hecho de que los Contratos de Compraventa a Futuro de Moneda Extranjera celebrados en el marco de las Condiciones Generales, entre el 29 de octubre de 2010 y el 3 de noviembre de 2011, se encuentran firmados por el señor F.S. –que, en cambio, sí había suscrito el contrato de mandato agregado a fojas 379– en representación del señor XX, y no por la misma Corredora.

Los antecedentes expuestos desvirtúan el testimonio de don C.P., quien señaló que al estudiar el contrato “me encontré con un contrato en que se le entrega a ZZ la suma aproximada de \$50.000.000, para que lo administre”. Es más, sus dichos posteriores sirven también para aclarar este punto, pues al ser interrogado por el Juez Árbitro en relación a si el Contrato dice ser de administración de cartera, el testigo aclara que “No, esa es una conclusión mía”.

Con el mérito de lo expuesto cabe concluir entonces que ZZ estaba facultada exclusivamente para ejecutar las órdenes que recibía de parte del cliente, reservándose las decisiones de inversión al cliente.

(ii) Sobre las operaciones ejecutadas

Trigésimo Sexto: Que el Juez Árbitro da por establecido que las operaciones realizadas son de forward especulativo. Para arribar a esta conclusión se ha tomado especialmente en consideración: **(i)** el informe del experto don PE, agregado a fojas 372, quien señaló que “el inversionista perdió todo su dinero (...) en operaciones especulativas de forward y no de inversión”; **(ii)** el Acta Notarial de fecha 6 de junio de 2014, agregada a fojas 372, en la que se señala en su página 3 numeral 4 que, para ingresar a la documentación que se certificó, debió ingresar al menú de “Forward”; y **(iii)** la Resolución de la SVS, incorporada a fojas 312, que califica expresamente estas operaciones de contratos de forward.

Asimismo, el Juez Árbitro observa que este tipo de operaciones pueden realizarse aunque el monto de la inversión sea menor al involucrado en la operación, en la medida que se otorgue una garantía suficiente. Así se deduce de la Resolución de la SVS que señaló claramente que “los montos de las operaciones de forward pueden ser más altos que el capital invertido, por cuanto dichos montos se calculan en relación a las garantías que se proporcionan para cada operación”. Esta es justamente la situación que aconteció en el presente caso.

Trigésimo Séptimo: Dicho esto, cabe resolver si la ejecución de dichas operaciones se ajusta al contrato y al perfil de riesgo del inversionista o si por el contrario, su ejecución configura un incumplimiento de las Condiciones Generales.

En cuanto a la adecuación de las operaciones al contrato, valga resaltar que las partes, en la cláusula 2.1 de las Condiciones Generales, declararon conocer y aceptar: **a)** “Que los Contratos de Derivados están sujetos al riesgo propio de la variación del activo objeto de los mismos durante el período comprendido entre las fechas de celebración y pago establecidas en el respectivo Contrato [...] **b)** “las complejidades y los riesgos involucrados en este tipo de transacciones y que antes de suscribir cualquier Contrato estudiarán debidamente, en forma independiente, todos los antecedentes económicos y financieros de la operación

[...] **d)** “están conscientes y aceptan que sus predicciones de variaciones de los distintos índices económicos y que cualquier decisión tomada sobre esa base pueden resultar erróneas, y que las consecuencias que de ellas pudieran derivarse para cada parte serán de su única responsabilidad”.

De la lectura de la cláusula referida queda en evidencia que las partes conocieron y aceptaron las eventuales consecuencias –favorables y adversas– que pudieran derivar de sus decisiones de inversión. De hecho, el contrato no limita de forma alguna el nivel de riesgo al que puede obligarse el cliente, e impone a cada parte la obligación de realizar los estudios necesarios para dimensionar las complejidades y riesgos de la transacción.

Sin perjuicio de lo que se analizará en el Considerando Cuadragésimo Segundo, en cuanto al perfil de riesgo del señor XX, queda en evidencia que las partes no efectuaron una limitación contractual del riesgo que estaban dispuestos a asumir, por lo que nada impide que en virtud del mismo las partes hayan celebrado contratos de forward. A juicio de este Sentenciador aquella es la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato, en los términos dispuestos por el Artículo 1.563 inciso primero del Código Civil.

Trigésimo Octavo: Que a la misma conclusión es posible arribar al tomar en cuenta otras cláusulas del mismo contrato, como mandata el Artículo 1.564 inciso primero del Código Civil. Como se señaló en el Considerando Trigésimo Sexto, para realizar este tipo de operaciones riesgosas es necesario otorgar garantías suficientes para endeudarse y obtener financiamiento, para luego comprar o vender divisas u otros valores a un precio determinado, esperando que durante el tiempo dicho precio varíe de tal forma que se obtenga un saldo a favor. En efecto, la cláusula 12.1 de las Condiciones Generales permite a ZZ exigir la constitución de garantías, al disponer: “En forma previa a la celebración de cada Contrato, o bien para la apertura de una línea de exposición para el cliente, ZZ podrá exigir que se le constituyan a su favor las garantías que juzgue convenientes, a su solo y exclusivo juicio”.

A mayor abundamiento, el demandante celebró con fecha 21 de octubre de 2010, un mandato mercantil con ZZ y TR1 para cobro de garantías, para que éstas puedan “retirar, vender y percibir de la custodia que mantiene el mandante en ZZ, aquellos títulos de crédito, acciones, debentures y/o depósitos, intereses, dividendos y en general los valores y/o los frutos que produzcan los valores mantenidos en custodia, como asimismo los fondos disponibles o valores del mandante en moneda nacional o extranjera que a cualquier título tenga un mandatario, para completar y cubrir las garantías y/o pagar las sumas que se requiera por cualquier obligación que el mandante tuviera pendiente (...)”. Este contrato celebrado sobre la misma materia entre demandante y demandada, debe tenerse a la vista para interpretar la voluntad real de los contratantes, como dispone el Artículo 1.564 inciso segundo del Código Civil, consolidando la convicción del Juez Árbitro en el sentido de entender que las operaciones de forward especulativo estaban permitidas por las Condiciones Generales.

Trigésimo Noveno: La aplicación práctica que han hecho las partes de las Condiciones Generales, elemento interpretativo contenido en el Artículo 1.564 inciso tercero del Código Civil, es un indicio adicional que sustenta la interpretación que se expone.

La demandada acompañó a fojas 200 la copia de las confirmaciones de operaciones forward enviadas por correo electrónico a don XX y a su mandatario, entre noviembre del año 2010 y el mismo mes del año 2011, quedando establecido que el señor XX recibió periódicamente, durante aproximadamente un año, confirmaciones de las operaciones que se estaban realizando y en ningún momento manifestó oposición o reparo alguno ante la realización de estas operaciones (o al menos no consta en autos evidencia alguna en tal sentido), lo cual permite presumir que el demandante estaba consciente de la envergadura y tipo de operaciones que estaban materializando y que aceptó el riesgo inherente a las mismas.

De la misma forma, el demandante podía consultar cada una de las operaciones en la página web de ZZ, como es posible apreciar del Acta Notarial de fecha 6 de junio de 2014, acompañado por el demandante a fojas 372.

Adicionalmente, el demandante fue debidamente informado de los efectos patrimoniales que se seguían de las operaciones realizadas por la Corredora, como ha sido acreditado por la demandada al acompañar a fojas 400 diversos ejemplos de aviso de vencimiento de operaciones forward enviadas a XX y don F.S., e igualmente permaneció en silencio frente al conocimiento de los efectos patrimoniales de dichas operaciones.

Es más, a pesar de que el demandante señaló a fojas 406 que “don F.S., no tenía ninguna facultad para representar al señor XX en este tipo de contratos ni en ningún otro, porque la eficacia del mandato dependía de una condición suspensiva, claramente expresada en las cláusulas segunda y tercera del mandato [...] Jamás don XX otorgó al mandatario alguna garantía en beneficio del señor F.S., por lo que la condición suspensiva jamás se realizó, y por consiguiente [...] nunca nació para el señor F.S. algún tipo de representación por don XX”, tampoco consta en el expediente que el señor XX haya procedido a revocar el poder del mandatario.

Por el contrario, de los antecedentes del proceso fluye que el demandante ha realizado diversas operaciones financieras durante el período en que se celebraron las operaciones, ante terceros y ante la propia Corredora, distintas a revocar el poder conferido a su mandatario, lo que hace al menos presumir que el demandante se mostraba conforme con su proceder.

En efecto, el señor XX afirmó en su demanda haber solicitado créditos para la marcha de su negocio entre los meses de octubre de 2011 a noviembre del 2013, hecho que ha sido confirmado por el informe pericial de don PE, de fojas 496. Asimismo, el 30 de marzo de 2012, el demandante firmó un perfil de riesgo ante la propia demandada. Estos hechos demuestran la realización de actividades financieras distintas a la revocación del poder del señor F.S. durante el período en que se realizaron las operaciones disputadas.

En razón de lo antes expuesto, el Juez Árbitro estima que existen hechos que hacen presumir fundadamente el conocimiento del señor XX en relación a las actuaciones realizadas por su mandatario, el señor F.S. En esa situación, lo esperable de un contratante diligente, en los términos de los Artículos 44 y 1.547 del Código Civil, era que procediera, más pronto que tarde, a revocar el mandato que le estaba causando los perjuicios

que reclama en su demanda. Sin embargo, el demandante no ha acreditado siquiera la existencia de un reclamo o reprimenda al mandatario por su desempeño.

En todo caso, y sin perjuicio de todo lo antes dicho, no corresponde al Juez Árbitro pronunciarse sobre la validez del contrato de mandato conferido al señor F.S., ni sobre las facultades de actuación del mandatario, cuestiones que deben ser ventiladas en la sede procesal correspondiente.

Cuadragésimo: Existen además elementos ajenos a la relación contractual que confirman que las operaciones de forward se encuentran comprendidas en las Condiciones Generales.

En primer lugar, y sin perjuicio de lo que se ha dicho en el Considerando precedente respecto a este punto, el contrato de mandato incorporado a fojas 379, conferido por el señor XX como mandante a don F.S., y dependiente de las Condiciones Generales, permite al mandatario celebrar con ZZ o Inversiones TR1, "todo tipo de contratos y operaciones en moneda extranjera spot y/o forward". Esta disposición no tendría sentido de no encontrarse dichas operaciones permitidas bajo las Condiciones Generales.

Un segundo antecedente relevante es la Resolución de la SVS, que señala que "las inversiones efectuadas a través de ZZ, fueron efectuadas en virtud de los contratos suscritos por usted con dicha corredora". En efecto, la entidad sectorial competente, luego del estudio de los distintos contratos que vinculan a las partes, estimó que las operaciones de forward fueron realizadas bajo el contrato.

Cuadragésimo Primero: Que respecto a la forma en que se realizaron las operaciones disputadas, la demandada ha señalado a fojas 416 que "de acuerdo con la práctica habitual de la Corredora el contrato una vez celebrado se sube automáticamente por un operador de sistema a la página web de la Corredora con la firma digitalizada del gerente general de la sociedad y se avisa por medio de un email al cliente para que éste lo imprima y lo remita firmado por él o por su mandatario a la Corredora. Posteriormente, conforme al procedimiento establecido en las condiciones generales antes referidas, los contratos son firmados y quedan guardados en la carpeta del cliente (...) constituyendo una práctica habitual de mercado que se haga de esta manera".

En este sentido, el Juez Árbitro observa que la cláusula 5.1 señala que las partes declaran conocer y aceptar que "por la rapidez con que deben convenirse los términos de los Contratos que se acuerden, se aceptarán los términos de la oferta de la otra parte verbalmente y se considerará desde ese instante que se ha producido el cierre de la operación respectiva".

Al respecto la Resolución de la SVS dispone que "las operaciones realizadas se efectuaron dentro del marco jurídico vigente y que la forma en que fueron realizadas se ajusta a las prácticas habituales del mercado".

En suma, el Juez Árbitro advierte que las operaciones se han efectuado respetando en forma y fondo la regulación contractual y sectorial vigente. Las probanzas de la demandante han carecido del mérito suficiente para desvirtuar esta conclusión.

Cuadragésimo Segundo: En cuanto al perfil de riesgo del señor XX, el Juez Árbitro estima que con la prueba aportada por el demandante, a saber, una foto de la pantalla de un computador en cuyo contenido da cuenta de un perfil de riesgo de preservación del capital a largo plazo, no es posible dar por acreditado que el demandante se haya calificado como un inversionista conservador. En efecto, del documento no es posible constatar que dicho perfil corresponda efectivamente al demandante ni tampoco que haya sido llenado, ni menos firmado, con anterioridad a la realización de las operaciones de forward.

Por otro lado, a fojas 304 consta un perfil de riesgo firmado por el demandante con fecha 30 de marzo de 2012, es decir, con posterioridad a la realización de las operaciones forward, por lo que no es aplicable al asunto controvertido. Sin embargo, en dicho perfil suscrito en una fecha muy posterior a las pérdidas cuyo recupero se persigue en autos, el señor XX se define como un inversionista agresivo, interesado en inversiones “rentables, muy rentables y de alto riesgo”.

Lo anterior es suficiente para desvirtuar lo señalado por el perito don PE, quien afirma que el señor XX se habría calificado como un inversionista conservador, sin aportar mayores antecedentes de respaldo sobre cómo llegó a esa conclusión, y sin que estos documentos consten tampoco en el expediente.

De los antecedentes expuestos, el Juez Árbitro concluye que no existe indicio contractual ni de ninguna otra especie, que permita confirmar los dichos del demandante en el sentido de ser un inversionista conservador, ni de que el riesgo que estaba dispuesto a asumir bajo las Condiciones Generales se haya limitado de forma alguna.

Por consiguiente, encontrándose la demandada facultada por las Condiciones Generales para realizar operaciones de forward, no habiéndose limitado el riesgo que estaba dispuesto a asumir don XX en instrumento alguno, ni anterior ni posterior a la ejecución de las operaciones, y no habiéndose aportado las probanzas necesarias y suficientes por la demandante para dar por establecido una infracción a las Condiciones Generales, el Juez Árbitro estima que no existe incumplimiento contractual de ZZ.

(iii) Sobre los daños

Cuadragésimo Tercero: Con el mérito de lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo arbitral, debe desestimarse que la demandada haya incurrido en un incumplimiento contractual, habiéndose ajustado las operaciones disputadas a las normas jurídicas, reglamentarias y contractuales aplicables y a las prácticas habituales de mercado, por lo que no corresponde al Juez Árbitro pronunciarse respecto a los daños reclamados, al ser el incumplimiento una condición sine qua non para la indemnización de los mismos.

Por estas consideraciones, con el mérito de los antecedentes acompañados al proceso y de las disposiciones legales y contractuales analizadas en la presente resolución,

RESUELVO:

- I. En cuanto a la objeción de documentos deducida por la demandada a fojas 387:**
- a.** Se acoge la objeción de documentos en relación a aquellos referidos en el acta notarial con los números 6 al 24, acompañada a fojas 372.
 - b.** Se rechaza la objeción de documentos en relación a la copia de la página de inicio del sitio web de ZZ.
- II. En cuanto a la objeción de documentos deducida por la demandante a fojas 406:** Se rechaza la objeción planteada en relación a los Contratos de Compraventa a Futuro de Moneda Extranjera celebrados en el marco de las Condiciones Generales, entre el 29 de octubre de 2010 y el 3 de noviembre de 2011.
- III. En cuanto a las tachas deducidas por la parte demandada a fojas 550:** Se rechazan las tachas opuestas contra don C.P. y contra don PE.
- IV. En cuanto a la demanda deducida a fojas 259:** Se rechaza en todas sus partes la demanda.
- V. En cuanto a las costas:** El Juez Árbitro resuelve que, habiendo tenido la demandante motivos plausibles para litigar, cada parte deberá pagar las costas del juicio por mitades.

Autorícese por el Actuario y notifíquese por cédula a los apoderados de las partes del presente arbitraje de conformidad a lo establecido en la letra c) del numeral 8 del Acta de Procedimiento Arbitral, rolante a fojas 23 y siguientes de autos.

Nota: Esta sentencia fue objeto de recurso de queja interpuesto ante la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, rechazado por sentencia de 24 de junio de 2015.