

ARBITRAJE DE ÁRBITRO DE DERECHO

Árbitro: Sr. Miguel Otero Lathrop
Fecha Sentencia: 8 de junio de 2004
ROL: 382

MATERIAS: Contrato de mandato especial – distinción entre administración y gestión – propiedad sobre un programa de computación – uso indebido de programas computacionales y demás elementos de *know how* – propiedad intelectual sobre técnicas comerciales, de construcción de sepulturas, reglamentos internos – autocontratación – pago de comisiones – responsabilidad extracontractual por abuso de la persona jurídica – relación causal entre el dolo ajeno y el beneficio obtenido – prescripción de responsabilidad civil por delito – interrupción por demanda ante el Tribunal ordinario que se declara incompetente – tachas de testigos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: El señor G.C., en representación de las sociedades Inmobiliaria XX1 S.A. y XX2 S.A., de las que es socio mayoritario, deduce una demanda de indemnización de perjuicios contra Fondo de Inversiones ZZ1 y empresas relacionadas con éste, por el uso indebido de programas computacionales, creados por sociedades de su propiedad, y de otro *know how* aportado. Invoca además la comisión de un ilícito civil por parte de los demandados. Los demandados oponen la excepción de prescripción y del incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del demandante.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 19 inciso 2º, 341, 342, 358 N° 1, 4, 5, 6, 7, 411, 425.

Código Civil: Artículos 20, 1.437, 1.448, 1.545, 1.546, 1.560, 1.563 inciso 1º, 1.564, 1.628 y siguientes, 1.698, 2.131, 2.134, 2.136 N° 2, 2.137, 2.144, 2.155, 2.163 N° 2, 2.314, 2.316, 2.317, 2.320, 2.332, 2.503 N° 1.

Ley sobre privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial N° 19.039: Artículo 37 letra c).

Ley sobre propiedad intelectual N° 17.336: Artículo 1 N° 3.

DOCTRINA:

La prescripción es una sanción a la inactividad y negligencia de una persona en la defensa de sus derechos y, en la especie, las acciones civiles y criminales interpuestas por la demandante demuestran su permanente actuar en defensa de los derechos que estima conculcados y de lo cual las demandadas tenían pleno conocimiento (Considerando N° 14).

Conforme a las disposiciones del párrafo XXXV del Libro IV del C.C., para que proceda indemnización debe haberse causado daño o perjuicio a otro, de modo que para solicitarla, en primer lugar, debe acreditarse la existencia del daño en cuestión. El Artículo 2.316, por su parte, se refiere a quienes están obligados a resarcir los perjuicios y distingue entre quienes los causaron y quienes, sin ser cómplices, reciben provecho de él. Es más, esta norma precisa “el que hizo el daño”, por lo cual establece como premisa indispensable, para que proceda la indemnización, que exista daño.

De otro lado, los tratadistas y la jurisprudencia están contestes en que el inciso segundo del Artículo 2.316 del C.C. es una limitación del monto a pagar por los daños causados por quien hizo el daño, lo que reitera la necesidad de que se acredite primeramente la existencia del daño y su monto, para luego determinar la limitación de la obligación del que recibe provecho del dolo ajeno (Considerando N° 16).

El Artículo 2.144 del C.C. dispone que el mandatario no puede vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar si no fuere con aprobación expresa del mandante. En el caso de autos, resulta

indiscutible que, siendo el señor G.C. propietario y gerente general de ambas sociedades contratantes, está auto contratando servicios para la mandante, con la agravante que la instalación y desarrollo de los programas computacionales son precisamente los que su mandante se había negado a adquirir, situación que configura la infracción a lo dispuesto en el citado Artículo (Considerando N° 22).

Con respecto a la indemnización por el uso de *know how*, resulta obvio que la demandada al contratar los servicios de XX2 no lo hizo en relación a esta sociedad inactiva, sino en razón del *know how* de quien era su dueño y administrador.

Resulta lógico suponer que los términos del contrato de mandato y las remuneraciones contempladas para el mandatario estaban acordes con el valor del *know how* que se estaba adquiriendo y que, al cumplirse los términos del contrato de mandato, el *know how* quedó cancelado (Considerando N° 42).

DECISIÓN: Se rechaza la excepción de prescripción opuesta a la demanda. Se rechaza la demanda por responsabilidad extracontractual. Se acoge, parcialmente, la demanda por responsabilidad contractual en cuanto al pago de sumas adeudadas. Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, ocho de junio de dos mil cuatro.

VISTOS:

El señor G.C., por Inmobiliaria XX1 S.A. y por XX2, en adelante llamadas XX1 y XX2, domiciliados en DML, de fs. 137 a 164 demanda de indemnización de perjuicios a Fondo de Inversiones ZZ1, en adelante, indistintamente, ZZ1 o el Fondo; Administradora de Fondos de Inversión S.A., ZZ2, en adelante ZZ2; Inmobiliaria ZZ3 S.A., en adelante ZZ3; Inmobiliaria ZZ4 S.A., en adelante ZZ4, y también señores ZZ5, ZZ6 y ZZ7. La demanda distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, sostiene que ZZ2 y el Fondo han obrado con abuso de la persona jurídica dado que, como ambas entidades están impedidas por ley para gestionar negocios de cementerios, lo hacen simuladamente a través de ZZ4 y ZZ3; circunstancia que, al invitársele a gestionar los negocios, se le hizo presente. Que, a través de ZZ4 y ZZ3, de las cuales ZZ2 es dueña de un 99% de sus capitales accionarios, se le entregó a XX2 la administración de los cementerios TR1, y TR2, mediante un acuerdo verbal; administración que XX2 asumió con el *know how* de XX1, que ésta había desarrollado con anterioridad.

Posteriormente, en diciembre de 1997, se otorgaron escrituras públicas por las cuales ZZ2 confirió mandato a XX2 para la administración, mantención y venta de sepulturas de los cementerios TR2 y TR1. Agrega que, en el año en que se operó sobre la base de un acuerdo marco que envió el propio Fondo se indicó en el punto 7° que los programas computacionales que suministraría XX2 le pertenecerían. Que, en abril de 1999, la contraria puso término al mandato por voluntad unilateral y que, durante las conversaciones mantenidas respecto a esta terminación, XX2 dejó en claro que a ZZ3 y ZZ4 les estaba vedado seguir usando los programas computacionales y demás elementos del *know how* de XX1, no obstante lo cual, terminado el encargo, continuaron usándolo.

Sostiene que la parte demandada ha cometido un ilícito civil y/o criminal, basándose en lo dispuesto en las leyes 17.336 sobre propiedad intelectual y 19.039 sobre privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, y que debe indemnizarle de los perjuicios causados, de acuerdo con los Artículos 2.314, 2.316, 2.317 y 2.320 del Código Civil; perjuicios que estima respecto de cada

demandado en las siguientes cantidades: ZZ6 \$ 100.000.000; ZZ5 \$ 4.000.000; ZZ7 \$ 24.000.000; ZZ3 \$ 2.070.147.177; ZZ4 \$ 2.017.184.520; ZZ2 \$ 40.000.000; y ZZ1 \$ 4.087.331.697. Hace presente que la suma demandada al Fondo corresponde a las de ZZ4 y ZZ3 en conjunto, pues las utilidades de éstas deben pasar al Fondo, y que no se pretende demandar dos veces las mismas cantidades sino que, al liquidarse las cantidades a pagar, el Tribunal debe determinar lo que corresponda pagar a cada demandado. Además, pide que conforme al Artículo 2.317 del Código Civil (en adelante C.C.), los demandados sean condenados al pago en forma solidaria.

La demanda por responsabilidad contractual se dirige sólo en contra del Fondo, ZZ4 y ZZ3 por el incumplimiento de lo convenido en los mandatos especiales contenidos en las escrituras públicas suscritas entre XX2 como mandataria y ZZ2 por el Fondo, como mandante. Los incumplimientos consistirían en:

- 1) No se ha dado a la actora acceso a información cabal respecto de la situación de vigencia y pago de las ofertas, promesas o ventas de sepulturas celebradas por XX2 respecto de las que rige el régimen de liquidación y pago de indemnización por término anticipado unilateral del mandato;
- 2) No se han remitido todos los fondos que corresponden según dicho régimen de indemnización;
- 3) Se está en mora de pagar por lo menos \$ 21.000.000 por gastos efectuados por XX2 durante la operación de los cementerios;
- 4) Se han resciliado, resuelto o modificado ofertas, promesas o ventas de sepulturas efectuadas por XX2, sin su consentimiento;
- 5) No se han agotado medios de cobranzas de créditos por ofertas, promesas o ventas de sepulturas celebradas por XX2, en mora después del 30 de abril de 1999;
- 6) No se respondió por el pago de la indemnización por seis años de servicios del ex trabajador don C.G. servidos antes para XX2 y que se desempeñó en el cementerio TR2 con conocimiento de esta circunstancia y sin objeciones por parte del Fondo;
- 7) Por carta suscrita por ZZ6, de 5 de julio de 2000, se comunicó la decisión de compensar \$ 8.017.193 adeudados por indemnización compensatoria de mayo del mismo año;
- 8) Se le enviaron antecedentes de una liquidación a favor de XX2, correspondiente a junio de 2000, por \$ 7.856.728, señalando que tampoco se remitirían dichos fondos;
- 9) Por carta de 9 de noviembre de 2000 se le remitieron antecedentes sobre liquidaciones de julio, agosto y septiembre de 2000 por distintos montos y en ella se dice que se compensó la suma de \$ 21.643.874 cantidad que debería su parte. Con la carta se adjuntó un cheque por \$ 5.933.064, reteniéndole indebidamente la suma de \$ 31.584.731 correspondiente a mayo, junio, julio, agosto y septiembre; y
- 10) La demandada ha incurrido sistemática y permanentemente en atrasos en los pagos que mensualmente debe hacer, sin que los pagos atrasados se hayan efectuado con los intereses del caso.

Señala que las deudas asumidas por ZZ1, son también de ZZ3 y ZZ4, solidaria o subsidiariamente o como diputadas para el pago. Que ZZ1 creó ZZ3 y ZZ4 para explotar los cementerios TR2 y TR1; que los contratos indican que el Fondo puede arrendar cada cementerio a otra sociedad, y que ejercitar esa facultad no libera al Fondo porque no hay novación según el Artículo 1.628 y siguientes del Código Civil, puesto que sin el expreso consentimiento de XX2, que no existió, el Fondo no está liberado.

Agrega que, mientras los mandatos estaban vigentes, los pagos los recibía XX2 y daba cuenta a la contraria; pero, terminados los contratos, los pagos los recibe la contraria que debe entregar una parte a XX2, existiendo, por tanto, un verdadero mandato de este último a la demandada; añade que el mandato es un contrato informal y que el Artículo 2.155 del C.C. le impone a la contraria la obligación de rendir cuenta de su gestión; pero, si se estima que no hay mandato, la contraria debe cumplir sus obligaciones de buena fe respondiendo hasta de la culpa leve.

Termina solicitando que el Tribunal decida lo siguiente en contra de los demandados:

- I. Se les ordene darle a su parte cabal acceso a los sistemas, bases de datos y demás antecedentes relacionados con la administración y explotación de los cementerios TR2 y TR1 hasta el 30 de abril de 1999, con el fin de auditar los pagos efectuados recibidos hasta esa fecha y las modificaciones contractuales de los contratos celebrados.
- II. Declarar que son ineficaces las retenciones y/o compensaciones unilaterales efectuadas por la contraria.
- III. Ordenarles agotar los medios de cobranza de las obligaciones emanadas de ofertas, promesas y ventas anteriores al 1º de mayo de 1999 y rendir cuenta documentada de tales gestiones.
- IV. Declarar que la contraria no está facultada para resciliar, resolver o modificar ofertas, promesas y/o ventas celebradas hasta el 30 de abril de 1999, sin previa autorización escrita de su parte, y, que si lo ha hecho, debe pagarle los porcentajes correspondientes a esos actos como si se hubieran cumplido en los términos originales.
- V. Condenar a la contraria a restituir la indemnización pagada al ex trabajador don C.G., más el interés máximo legal a contar del 5 de julio de 1999, fecha en que XX2 pagó esa suma.
- VI. Ordenarle que entregue mensualmente a su parte, las sumas que corresponden a comisiones que se han devengado en su favor, más el interés entre la fecha en que debió hacerse cada pago y aquella en que efectivamente se haga, para cuyo efecto se pide fijar como plazo para el pago de las comisiones el de 30 días contados desde el último día del mes en que se percibieron los fondos; y
- VII. Declarar que la contraria debe intereses corrientes sobre todas las sumas de dinero pagadas con retraso. Solicita se condene solidariamente a los demandados a pagar la indemnización que se determine en el fallo sobre la base de lo por él indicado, con intereses y costas.

De fs.168 a fs.237 contesta la demanda don AB, abogado, en representación de ZZ2 y ésta en su calidad de representante de ZZ1, ambos del giro de su denominación, domiciliados en DML, y de Inmobiliaria ZZ4 e Inmobiliaria ZZ3, ambas del giro de su denominación, domiciliadas en DML.

En cuanto a la pretensión de responsabilidad extracontractual señala, en primer término, que el señor G.C. ha actuado de mala fe ya que una condición básica impuesta por ZZ2 para la celebración del contrato, fue que su actuación se realizara a través de una sociedad que no tuviese actividades ajenas a la administración y explotación de los cementerios, lo que se materializó en la sociedad XX2; que también se estableció que XX2 debía desempeñar los mandatos por sí, quedándole prohibido delegar o subcontratar salvo autorización expresa de ZZ2 o fuerza mayor y se convino, asimismo, la obligación de XX2 de desarrollar un sistema de información para la administración de los cementerios, el que sería de cargo y costo de la propietaria; sistema que se implementaría siempre y cuando existiese acuerdo entre las partes contratantes y que sería de propiedad de ZZ2.

Que también se pactó la facultad de poner término anticipado a los contratos en forma unilateral, fijándose el monto de la indemnización en cada caso. Sin embargo, habiendo esta parte hecho uso de la facultad antes citada, el señor G.C. le ha comunicado por carta de 21 de abril de 1999, que tan pronto como XX2 celebró los contratos de mandato de que se trata, había procedido a contratar con XX1, el empleo de un *know how*, consistente en el sistema completo de administración para cementerios parque, construcción de sepulturas en hormigón armado bajo césped y sistemas de venta; posteriormente, el 30 del mes y año ya citados, el señor G.C. envió otra carta a ZZ3 en la que comunicaba que los sistemas computacionales actualmente usados por XX2 en la administración del cementerio TR2 serían mantenidos en sus oficinas hasta alguna fecha del mes de mayo, oportunidad en que serían retirados.

Señala que la sociedad XX1 es de propiedad del señor G.C. y éste como representante de ella, en diciembre de 1999, solicitó una medida prejudicial consistente en la práctica de un peritaje para establecer las semejanzas entre los programas computacionales usados para administrar sus cementerios y los utilizados en la administración de los que se le encomendó por mandatos; el peritaje se llevó a efecto, pero es merecedor de serios reparos de carácter técnico y metodológico, que le restan valor probatorio.

Que en octubre de 2000, el señor G.C. presentó ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, a través de XX1 una demanda de indemnización de perjuicios, en contra de las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4, en contra de don ZZ6, doña M.S., don ZZ5, don ZZ7, en contra de ZZ2 y en contra de ZZ1, así como en contra de otras sociedades y personas, a quienes imputa el haberle copiado ilícitamente elementos de su *know how* y programas computacionales. Allí solicita la suma de \$ 6.683.781.433.

Que el Tribunal acogió la excepción opuesta por los demandados por existir cláusula compromisoria. Que fue así como ZZ4 y ZZ3 en noviembre de 2000 demandaron a XX2 ante el Árbitro don Armando Gorziglia, a fin de que se declarara que se habían incumplido los contratos de mandato especial. A esta demanda se acumuló otra que XX2 interpuso ante el mismo Árbitro, en contra de los demandados, con similares pretensiones y fundamentos a las relativas a la responsabilidad contractual de la demanda de autos. Que su parte cesó en la prosecución del juicio arbitral esperando que la resolución del Juzgado Civil quedara firme; pero también cesó la actividad del señor G.C. relativa a la demanda por responsabilidad contractual, solicitando más tarde el abandono del procedimiento, y luego objetó al Árbitro señor Gorziglia para conocer de la demanda.

Asegura que su parte ha dado íntegro y oportuno cumplimiento a sus obligaciones emanadas de los contratos de mandato especial y es así como habiendo pedido el señor G.C. el pago del anticipo de la indemnización por el término anticipado del contrato, el señor ZZ6 le remitió el 30 de abril de 1999 sendos cheques a XX2 correspondientes a Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4. Que, a esta fecha, ZZ4 ha pagado por este concepto a XX2 \$ 273.335.316, y ZZ3 ha pagado la suma de \$ 62.034.578. Agrega, el representante de las demandadas, que jamás el señor G.C. había hablado de un contrato relativo al *know how* entre las sociedades que posee y controla, antes del aviso de término anticipado de contrato y, con posterioridad a éste, no pudo probar la existencia escrita del mismo, pero acompañó fotocopias de facturas correspondientes a pagos efectuados por XX2 a XX1 por un monto de \$ 569.744.040, lo que sólo acredita un traspaso de fondos entre las dos sociedades que son encarnación de una persona natural: El señor G.C.

Agrega que, con posterioridad al término de los contratos, ninguno de los elementos señalados como el *know how* de XX1 siguió siendo utilizado, en provecho de ZZ4 o ZZ3, más allá del plazo estrictamente necesario para efectuar su reemplazo, debido a la mala calidad e ineficiencia de la gestión del señor G.C., que fue el motivo para terminar los contratos. Respecto a los sistemas computacionales, según la cláusula 8.2 del mandato serían desarrollados por XX2, siempre y cuando existiera acuerdo entre las partes, en cuyo caso serían propiedad de ZZ1, lo que en el hecho sucedió, pagando la demandada

las remuneraciones y servicios del personal y adquiriendo las licencias y software necesarios para el desarrollo.

Respecto al borrador de contrato de mandato especial que hace valer el actor, la parte demandada señala que en éste se estimaba el valor de los programas computacionales a ser suministrados en un valor aproximado a \$ 51.000.000, moneda actual, y ahora por el uso de ellos demanda \$ 6.683.781.433 dejando constancia que el borrador sólo se refería a XX2 y no mencionaba a XX1.

Señala que, entre las estipulaciones de los mandatos, se estableció que la labor del señor G.C., a través de XX2, debía ser desempeñada personalmente por él quedándole prohibido delegar sus funciones y subcontratar; haciendo presente que en el contrato aparecido entre XX2 y XX1 existiría autocontratación, la que no está autorizada en los mandatos.

Finalmente, respecto al programa computacional de XX1, la demandante expresa en su demanda que ésta lo desarrolló desde 1992 y que se encuentra inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad Intelectual; no obstante sólo aparece inscrito el 17 de noviembre de 1999 lo que indica que, al tiempo de celebrarse el pretendido contrato entre XX2 y XX1, ésta no era dueña del programa en cuestión.

Aduce que no ha existido de su parte abuso de persona jurídica, pues si bien el Fondo se encuentra impedido de administrar directamente los cementerios, ello no significa que no pueda proceder a su explotación y es lícito que la administración y explotación de ellos la realice indirectamente a través de sociedades inmobiliarias, como lo ha hecho; es así como en los mandatos se especificó que XX2 actuaría a nombre propio en la administración y mantención de los cementerios y en nombre y en representación del Fondo primero y de las sociedades inmobiliarias, después, en la venta de sepulturas.

De esta forma y por aplicación del Artículo 1.448 del Código Civil debe entenderse que su actuación es directa. Por lo demás, la administración y explotación de los cementerios por ZZ4 y ZZ3, no viola ni burla ninguna obligación estipulada a favor de la parte del señor G.C., razón por la cual éste carece de interés jurídico en invocar una supuesta simulación o abuso de la personalidad jurídica.

Respecto a los fundamentos de derecho, la contestación hace valer, en primer término, la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual, que tiene un plazo de cuatro años según el Artículo 2.332 del C.C.. En efecto, el ilícito sería la copia de programas computacionales y elementos de *know how*, y como los mandatos especiales expiraron el 30 de abril de 1999, ha transcurrido más de dicho plazo a la fecha de la notificación de la demanda de autos.

En segundo término, alega que el señor G.C. carece de los derechos que pretende sobre el supuesto *know how*; así, por ejemplo, en el caso del reglamento interno había sido dictado por la anterior explotadora Inmobiliaria TR3 y, a su vez, los reglamentos de los cementerios explotados por el señor G.C. son copias de los de otros cementerios. La ley sobre propiedad intelectual excluye de la protección elementos que invoca el señor G.C., tales como: Sistemas, métodos, principios o planes económicos, financieros, etc. en su Artículo 37 letra c).

En tercer lugar, afirma que el señor G.C. incurre en abuso de la personalidad jurídica de XX1 y XX2 ya que en ambas sociedades es titular del 98%, es su director y tiene el cargo de gerente general, es decir, las dos responden a una sola voluntad y el pretendido contrato con XX1 habría sido creado para dañar a la parte demandada.

En cuarto lugar estima que la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, es improcedente y ello porque su parte no ha incurrido en ningún delito ni cuasidelito, ya que los

fundamentos de la demanda son falsos. Sin perjuicio de lo anterior hace presente que el actor dice tener derecho a una indemnización mínima igual al provecho que habría obtenido la contraria producto del delito o cuasidelito que se les imputa, con lo que cada uno de los demandados debería pagar a XX1 una indemnización igual a lo que le haya valido el producto del ilícito.

Esta sería una interpretación inaceptable del Artículo 2.316 del C.C., puesto que, según ella, los perjuicios no corresponderían a la disminución patrimonial sufrida por una persona sino que sería igual a la utilidad obtenida por la parte que comete el ilícito, con lo cual la demandante no debería acreditar sus perjuicios sino la utilidad obtenida por el sujeto obligado a indemnizar. Dicha interpretación contraría lo dispuesto en el referido Artículo, que en su inciso segundo pone un límite máximo a la indemnización, respecto sólo a determinados obligados al pago y no un límite mínimo respecto a todos los obligados a ello.

En relación a las pretensiones sobre responsabilidad contractual, la demandada sostiene que el Fondo no es legitimado pasivo y ello porque en los contratos de mandato especial se estipuló que el Fondo pudiese transferir o arrendar el cementerio a una sociedad de su propiedad sin necesidad de aceptación expresa de XX2, en cuyo caso dicha sociedad debía ratificar por escritura pública el citado contrato en todas sus partes y asumir las obligaciones del mismo, lo cual se hizo efectivo casi inmediatamente después de celebrados dichos contratos.

Es así como el Fondo fue reemplazado como mandante y por ende los derechos y obligaciones emanados de los contratos de mandato especial se radicaron exclusivamente en ZZ4 y ZZ3, liberando al Fondo de las obligaciones que tales contratos importaban, situación similar a la prevista en el Artículo 2.137 del C.C., aun cuando esta disposición se refiere a la autorización dada al mandatario para delegar el mandato. Que se llega también a esa conclusión por cuanto la duración del mandato estaba sujeta a la condición consistente en el arriendo de los cementerios a una sociedad de propiedad del mandante y a la ratificación de aquéllas a los términos de los mandatos, cumplida la cual un nuevo mandato se celebraba entre estas nuevas sociedades y XX2, de acuerdo al Artículo 2.163 N° 2 del C.C.

Estima que en el presente caso no cabe hablar de novación ni de diputación para el pago, ya que la calidad de mandante en los contratos de mandato especial de que se trata, está indisolublemente unida a la tenencia y explotación del cementerio respectivo.

Agrega que XX2 se hizo cargo de la gestión de los cementerios el 23 de diciembre de 1996, conviniéndose las condiciones comerciales pero sin la existencia de un contrato escrito; que entonces se inició la negociación del texto de los contratos entre el Fondo y XX2 la que duró un año, suscribiéndose los contratos en diciembre de 1997. Explica que, si no se celebraron contratos directamente entre XX2 con ZZ4 y ZZ3, fue porque había que documentar la forma en que XX2 había efectuado la gestión para el Fondo durante ese año y la fecha en que las inmobiliarias iniciarían su explotación y que, en el párrafo 12.1 de los contratos, se hizo constar que comenzaron a regir el 23 de diciembre de 1996.

Por lo demás, deben aplicarse las reglas de los Artículos 1.560, 1.563 inciso 1º y 1.564 inciso final del C.C. En apoyo de su tesis, la parte demandada destaca el hecho que el actor, al enumerar los incumplimientos de la contraria, no especifica cuál de todos los demandados los habría cometido.

La contestación, en la parte que se le imputan incumplimientos contractuales, niega que haya recibido mandato alguno de XX2 ni puede suponerse de los términos en que se señala en el mandato la forma de calcular la indemnización en caso de término anticipado del contrato. En cuanto a que no se le haya permitido acceso a la información respecto de la situación, vigencia, cobro y pago de todas las ofertas, promesas o ventas de sepulturas celebradas por XX2, manifiesta que no existe cláusula alguna que lo obligue a ello, no obstante lo cual se le han proporcionado todos los detalles que han servido para

calcular las indemnizaciones que le han correspondido. En cuanto al hecho que la demandada estaría en mora de pagar \$ 21.000.000 por gastos efectuados por XX2, éste no ha dado ningún antecedente de dicha obligación.

Tampoco existe en los contratos cláusula alguna que la obligue a solicitar el consentimiento de XX2 para proceder a la resciliación, resolución o modificación de ofertas, promesas o ventas celebradas por la demandante, una vez que los contratos de mandato hubieren terminado; agrega que no puede suponerse que querría perjudicar al señor G.C. pues por cada resciliación, resolución o modificación de contrato las sociedades inmobiliarias se ven afectadas en un 93,5% del monto involucrado y el señor G.C., sólo en un 6,5%.

En relación al pago de parte de la indemnización por años de servicio del señor C.G., ex trabajador de XX2, ella debía pagarse conforme a las cláusulas 6.1 y 6.2 de los contratos de mandato, es decir, las indemnizaciones regían para los trabajadores que se desempeñen en el cementerio y en actividades comprendidas en las gestiones que en virtud del mandato debe desarrollar XX2. Sin embargo, en el contrato con el señor C.G., el señor G.C. le reconoció a éste, para todos los efectos legales, como fecha de ingreso el 1º de febrero de 1989, debido a que había desempeñado labores en otras sociedades del señor G.C., tiempo que no correspondía que la inmobiliaria indemnizara.

En cuanto a las compensaciones efectuadas, se han hecho de acuerdo a los informes proporcionados por el señor G.C. Señala que no es efectivo que se haya retenido a XX2 la suma de \$ 7.856.728 correspondientes a junio de 2000, como se desprende de la lectura de la carta enviada, ni tampoco que se hayan efectuado compensaciones indebidas ya que la actora, en su calidad de mandataria, mantenía con la parte demandada sumas adeudadas producto de los pagos que siguió percibiendo por concepto de precio de ventas de sepulturas en las cuentas corrientes que XX2 mantuvo abiertas, no obstante haberse puesto término a los contratos de mandato especial.

En cuanto al décimo incumplimiento consistente en haber incurrido sistemática y permanentemente en atrasos de los pagos mensuales a favor del señor G.C. y sin haber abonado los intereses del caso, niega que sea efectivo. Finalmente, pide que se rechace la demanda en todas sus partes, por encontrarse prescrita la acción de responsabilidad civil por el supuesto delito que se le imputa; por carecer la parte del señor G.C. de los derechos que pretende sobre el supuesto *know how* en particular sobre los programas computacionales que son de propiedad de la demandada; por incurrir el señor G.C. en abuso de la personalidad jurídica de XX1 y XX2 con el propósito de burlar sus derechos; por ser la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual improcedente ya que no existe su presupuesto fundamental, esto es la comisión de un ilícito y, por no haberse indicado el monto y naturaleza de los perjuicios demandados; por no ser el Fondo legitimado pasivo de la acción intentada en el ámbito contractual; y, por no ser efectiva ninguna de las imputaciones que efectúa la contraria en dicho ámbito llegando a establecer incumplimiento de obligaciones inexistentes que jamás fueron convenidas por las partes. Todo con expresa condenación en costas.

De fs. 238 a fs. 260 don ZZ6, ingeniero comercial, don ZZ5, ingeniero naval, don ZZ7, ingeniero, todos domiciliados en DML, contestan la demanda deducida en contra de ellos por responsabilidad extracontractual, basada en que habrían obtenido provecho del supuesto ilícito consistente en usar el *know how* y principalmente los programas computacionales, pertenecientes a XX1, una vez terminados los contratos de mandatos especiales materia de este juicio.

Expresan que una de las características del *know how* es que no tiene protección en las leyes de propiedad intelectual e industrial; así, la ley 19.039 excluye de protección en su Artículo 37 letra c) a los sistemas, métodos, principios o planes económicos, financieros, comerciales de simple verificación y

fiscalización; y los referidos a las actividades puramente mentales o intelectuales o a materias de juego; por su parte la ley 17.336 enumera las obras de inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos que protege, en su Artículo. 1º N° 3º, entre las cuales no están las estrategias de mercado, sistemas de construcción de sepulturas y sistemas de gestión comercial y ventas. Por lo demás, la ley protege obras originales, lo que descarta que pueda existir propiedad intelectual sobre modelos de contratos o reglamentos internos, que todas las industrias usan.

En cuanto a los programas computacionales, sus autores sí están protegidos en la ley 17.336 y en el caso de autos, XX2 y XX1 carecen de legitimación activa porque no son autoras ni dueñas del programa computacional sobre administración de cementerios, siendo titular del mismo ZZ1, conforme a la cláusula 8.2 del Contrato de mandato especial; que en cumplimiento de lo convenido XX2 adquirió software computacionales y sus licencias básicamente Oracle y Power Builder para desarrollar los sistemas de administración de ambos cementerios, y contrató personal para su desarrollo, todo con recursos de la mandante.

A lo anterior, agregan que XX2 tenía prohibición de subcontratar servicios o labores sin autorización de la propietaria. Por otra parte, la existencia del contrato que habría celebrado XX2 con XX1, el que violaría la cláusula 8.2 del contrato, nunca ha sido probada, y el señor G.C. ha reconocido que no hay documento escrito alguno que lo contenga, y, en su lugar, en el juicio seguido en el Primer Juzgado Civil acompañó facturas emitidas por XX1 a XX2 el 20 de noviembre de 1997 y el 31 de mayo de 2001 por una supuesta asesoría financiera y económica, lo que sólo acreditaría que entre las dos sociedades controladas por el señor G.C. se habrían efectuado traspasos de fondos.

Afirman que si el desarrollo informático no lo llevó a cabo XX2 sino otra empresa, existiría un reconocimiento del señor G.C. de que distrajo fondos del propietario, los que se le proporcionaron para el desarrollo de un sistema computacional. Impugnan el peritaje obtenido por la demandante como medida prejudicial, por diversos motivos, concluyendo que no es apto para acreditar la materia consultada.

En cuanto al provecho que habrían tenido los demandados, explican que, cuando la administración de los cementerios pasó a las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4, el señor ZZ6 tenía claro que los deficientes sistemas computacionales existentes a la fecha eran de propiedad de ZZ2 y que era urgente adquirir nuevos programas computacionales y desarrollar un nuevo sistema de administración pues las falencias y carencias del desarrollado por XX2 eran evidentes.

Que don ZZ6 no reportaba su gestión a don ZZ5 y que si llegó a informarle de algo nunca fue sobre hechos que no eran efectivos. Finalmente, expresa que parece sorprendente que la actora diga que asumen que fue don ZZ7 quien copió los programas de XX1 y asumió la responsabilidad técnica del uso de éstos, toda vez que sistemas y programas utilizados en la administración de TR2 y TR1 son de propiedad de ZZ2 y no de XX1, y, por lo demás, estando en los mismos equipos que siguen usando ZZ3 y ZZ4, no era necesario copiarlos.

Que, según la actora, cada uno de los demandados debe pagar a XX1 una indemnización igual a la que le haya valido el provecho del ilícito, estimando que el provecho equivale a la mayor suma que hayan recibido como remuneración de sus empleadores o las personas que contrataron sus servicios debido al término de la gestión de XX2.

Hacen presente que la demandante primero sostiene que los demandados han incurrido en ilícito civil por el que deben responder, para luego afirmar que deben responder, ya sea porque participaron en su comisión o, porque sin participar, recibieron provecho, o porque los hechos fundantes de la acción se realizaron por dependientes suyos. Respecto a este cobro, la parte demandada hace presente que la

responsabilidad a que se refiere el Artículo 2.316 del C.C. para los que no cometieron el ilícito, sólo llega hasta el monto del provecho recibido, aunque el daño sufrido por la víctima haya sido mayor; pero en ningún caso puede ser superior a éste. Debe entonces existir relación de causalidad entre el dolo ajeno y el beneficio que se obtiene, y en este caso, además de no haber existido conducta dolosa, no hay relación causal entre la utilización del sistema computacional destinado a la administración de los cementerios y las remuneraciones que los demandados han percibido por el desempeño de sus funciones.

Los demandados invocan también la prescripción de la acción para demandar la responsabilidad extracontractual y la falta de legitimación activa de XX2 para demandar, ya que según el señor G.C. sería XX1 la propietaria del *know how* y del programa computacional. Se alega también el error en la individualización de don ZZ6 que fue demandado como ZZ6.

Hacen presente la falta de seriedad de la demanda ya que reduce sustancialmente los montos demandados con respecto a los que había señalado en las demandas interpuestas en los Juzgados Civiles Primero y Decimoquinto, rebajándolos en \$ 377.000.000. Piden que se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

De fs. 267 a fs. 288 la parte demandante replica reiterando los argumentos de la demanda. Sostiene que la cláusula 8.2 de los contratos se refiere a los programas para la administración de los cementerios, pero no para la gestión comercial.

Afirma que, si bien un sistema de verificación y fiscalización no puede registrarse como propiedad intelectual, si éste está contenido en un programa computacional sí puede registrarse como tal. Aclara que si G.C. inició dos juicios (que ahora son uno solo) uno a nombre de XX1 y otro a nombre de XX2, se debió a que XX2 celebró un compromiso y de ahí el juicio arbitral, en tanto que XX1, que fue la perjudicada, lo inició ante el Juez civil.

Respecto a la excepción de prescripción sostiene que el uso indebido de los programas se hizo con posterioridad al 30 de abril de 1999 y que la propia demandada dice que “con posterioridad” habría descubierto que se había instalado un plazo de caducidad de los programas computacionales que los haría dejar de ser operativos desde el 31 de diciembre de 1999; esto indicaría que siguió usando los programas, aun cuando no se precisa la fecha de tal descubrimiento.

Agrega que, en todo caso, la prescripción extintiva habría sido interrumpida por la interposición de la demanda deducida ante el Primer Juzgado Civil de Santiago que fue notificada legalmente, sin importar que después el Juez haya declarado su incompetencia. En cuanto a la legitimación pasiva del Fondo manifiesta que si se delega en la propia persona que el mandante ha designado se entiende que hay un vínculo directo entre mandante y delegatario, y niega que existiera una condición ya que no nació ni se extinguió obligación alguna cuando el Fondo arrendó los cementerios.

Insiste en que las partes tuvieron la intención de que el contrato fuera ejecutado entre su parte y el Fondo sea cual fuere la sociedad que actuara en su nombre. Recalca que es inaceptable que la contraria rescilie, resuelva o modifique actos sin consultar a su parte y lo que ella debe demostrar es que resuelto o resciliado un contrato, no ha vuelto a celebrar otro con la misma parte para eludir el pago del porcentaje que corresponde a la demandante. Pide tener por evacuado este trámite.

De fs. 295 a 314 rola la dúplica de ZZ2 y ésta como representante de ZZ1 y de ZZ4 y ZZ3. Señala que el aspecto central de la discusión es la afirmación de XX2 que los programas computacionales usados durante su gestión habían sido desarrollados por el señor G.C. junto con el señor W.E. y que XX2 se limitó a usar programas de propiedad de XX1 pagando por su uso, y que el alcance de la cláusula 8.2

de los contratos estaba limitada únicamente al desarrollo de programas para la administración de los cementerios.

La dúplica rechaza estas afirmaciones con argumentos expuestos en la contestación, y agrega que consta en los documentos mencionados por la contraria, que en las tentativas para la compra de programas computacionales que el señor G.C. usaba en dicha época, jamás se mencionó que fueran de XX1, sino por el contrario era XX2 quien aparecía vendiéndolos. Expresa que es el propio actor quien hace consistir el ilícito en la copia de los programas computacionales que serían de XX1 y que se habría cometido antes del 30 de abril de 1999, como se desprende de la demanda al señalar la participación de don ZZ7 y expresar que ellos se encontrarían instalados el día del reconocimiento pericial.

También hace presente que, para descubrir que tenían un plazo de caducidad que expiraba el 31 de diciembre de 1999, no era necesario estar usándolos. Tampoco considera válida la tesis de que la prescripción habría sido interrumpida por la notificación de la demanda ordinaria deducida ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, ya que no fue notificada legalmente, y ello porque el mencionado juzgado declaró que carecía absolutamente de competencia y le correspondía conocer a un Tribunal Arbitral. Esta resolución está firme, y debe estimarse que la demanda no fue notificada en forma legal correspondiendo aplicar lo dispuesto en el Artículo 2.503 N° 1 del C.C.

Expone que los pagos efectuados por XX2 a XX1 se documentan con facturas no afectas a pago de IVA, por tratarse de asesorías financieras según el Artículo 20 del Decreto Ley 824, sin embargo, las remuneraciones por servicios informáticos se encuentran afectas al pago de IVA conforme a dictámenes del Servicio de Impuestos Internos. Niega que exista relación causal entre el hipotético uso ilegítimo de los programas computacionales de XX1, y la circunstancia de que haya dejado de percibir las sumas periódicas que le correspondían mientras el encargo del Fondo estuvo vigente. Reitera que el señor G.C. no ha sufrido perjuicio alguno. Pide se tenga por evacuado el trámite de la réplica.

De fs. 315 a 321 corre la dúplica de don ZZ6, don ZZ5 y don ZZ7. Repiten argumentos dados en la contestación relativos al abuso de personalidad jurídica, existencia de un contrato de *know how* entre XX2 y XX1, a la cláusula que prohibía subcontratar, estipulada en los mandatos especiales, a la abusiva interpretación del contrato de mandato celebrado, y a la propiedad de los sistemas computacionales.

Hacen presente que la réplica no se refirió a algunos aspectos de su contestación como: El hecho por ellos señalado que los computadores sobre los cuales se realizó la pericia eran los mismos que usaba en su tiempo XX2 por lo que resulta lógico que los sistemas computacionales hubieran quedado allí; respecto a que los demandados no obtuvieron ningún provecho; respecto a que XX2 no es titular de ningún *know how* si afirma que lo contrató de XX1; no rectifica el error en la individualización de don ZZ6; y tampoco dice nada en cuanto a la rebaja sustancial de los montos demandados en sucesivas demandas. Pide se tenga por evacuada la dúplica por su parte.

Se recibió la testimonial ofrecida por ambas partes así como la absolución de posiciones solicitada por las partes y la documental que fue guardada en Secretaría de este Tribunal Arbitral.

A fs. 622 se presentó el peritaje evacuado por don PE1 y a fs. 688, complementada con los informes adicionales que rolan a fs. 709, 769, 782, 785 y 810, la pericia contable evacuada por el contador auditor don PE3.

Se citó a las partes a oír sentencia y habiendo quedado el proceso en estado, se trajeron los autos para fallo.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS

1. Que la defensa de los demandados ha tachado a don O.A. por la causal N° 4 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C.) fundada en que es dependiente de la parte que lo presenta; a doña J.S. por las causales N°. 4 y 7 del mismo Artículo, fundadas en que es dependiente de XX1 y por existir amistad íntima con la persona que la presenta; y a don W.E., por las causales N°. 4 y 6 de dicho Artículo, toda vez que es dependiente de la parte que lo presenta y por carecer de imparcialidad ya que tiene un cuantioso interés comprometido en el resultado del juicio.

2. Que la demandante pide se rechace las tachas opuestas y expresa que la declaración del testigo señor O.A. es necesaria porque se desempeñó en el cementerio TR1 bajo las órdenes de XX2 y, terminado el mandato, bajo las órdenes de ZZ4 por lo que su declaración puede servir a lo menos, de base de presunción. Respecto de la testigo señora J.S. hace la misma alegación que hizo relativa al señor O.A., y agrega que la amistad y enemistad aducidas por las demandadas debe fundarse en hechos graves y no en circunstancias irrelevantes como son las reconocidas por la testigo. Finalmente, en relación a las tachas opuestas al señor W.E., la parte demandante pide su rechazo en atención a que es el único conocedor de ciertos hechos relevantes y además es un profesional universitario, que desarrolla una profesión liberal, lo que excluye la hipótesis de tacha que establece la ley sobre la base de subordinación; y, en relación a la tacha basada en el interés, debe tratarse de un interés pecuniario directo, lo que en el caso de autos no ocurre pues el resultado del juicio en nada alterará el patrimonio del testigo.

3. Que don O.A. declara que trabajó para XX2 desde agosto de 1997 y en la actualidad trabaja, en la parte informática, en XX1 desde enero de 2000, lo que hace procedente acoger la tacha opuesta en su contra.

4. Que doña J.S. declara ser amiga de muchos años, del señor G.C., con quien también trabaja desde hace muchos años, que se visitan en sus respectivas casas y tienen hijos que son amigos entre sí; reconoce que fue empleada de XX2 desde 1997 a 1999 y que ha trabajado en XX1 desde 1992 a 1995 y después de 2001 hasta la fecha de la declaración. Asimismo, expone que tuvo un juicio en contra de ZZ4 que terminó hace dos semanas con el rechazo de su demanda.

5. Que la testigo reconoce que trabaja para XX1. Cabe señalar que XX1 es una de las demandantes en autos de la que es dueño y gerente general el señor G.C., con quien, además, la une una clara y manifiesta amistad, por lo cual no puede desconocerse que existe una clara dependencia del testigo respecto de quien es su empleador, jefe y amigo, por lo cual procede acoger la tacha del N° 4 del Artículo 358 del C.P.C. deducida en su contra.

Los otros hechos declarados por la señora J.S., revisten, a juicio del Árbitro, la gravedad suficiente para, además, acoger la tacha del N° 7 del ya citado Artículo, basada tanto en la amistad con la parte que lo presenta, como en la enemistad respecto de aquella contra la cual declara. Sus declaraciones dejan en claro que, entre ella y el señor G.C., existe no sólo una relación laboral, sino también una amistad de tipo familiar, que se manifiesta en hechos de estrecha familiaridad. De otro lado, el hecho que ella haya llegado a deducir una demanda en contra de ZZ4 revela enemistad con esta última, ya que “enemistad” según el Diccionario de la Lengua, significa “aversión u odio entre dos o más personas” y, por su parte, “aversión” es “rechazo o repugnancia frente a alguien o algo”. El hecho que la testigo exprese que el rechazo de su demanda “no le ha causado ni amargura ni desazón” sólo se refiere al resultado del juicio y no a sus sentimientos respecto de quien demandó.

6. Que don W.E. expone que es empleado de XX1 desde agosto de 1992 hasta la fecha de su declaración, es el jefe del departamento de informática, tiene un sueldo de \$ 630.000 mensuales y depende directamente del señor G.C., quien es el gerente general de la compañía; agrega que no le afecta que este último gane o pierda el juicio.

El dicho del señor W.E. destruye el argumento de la actora en cuanto a que no podría haber un vínculo de subordinación a su respecto por tratarse de un profesional universitario, y por ende, procede acoger la tacha del N° 4 deducida en su contra. En cuanto a la causal del N° 6, no se ha probado en autos cuál sería el interés pecuniario del testigo y por ello debe rechazarse.

7. Que la defensa de los actores ha deducido tachas en contra de doña K.F. por la causal del N° 4 del Artículo 358 del C.P.C., fundada en que es dependiente de ZZ3 y subordinada de don ZZ6, circunstancias que le restan imparcialidad; de doña S.S. por las causales N°s. 4, 5 y 7 del antedicho Artículo, basadas en que carece de imparcialidad porque es trabajadora de ZZ3, y subordinada de don ZZ6, y por tener enemistad respecto de XX1 ya que ésta ha deducido una querrela en su contra; y, en contra de don J.R. por el N° 1 del mencionado Art. 358, ya que es primo hermano del demandado ZZ7.

8. Que la parte demandada pide que se rechacen las tachas opuestas. En cuanto a la testigo señora K.F., porque si bien ella presta servicios a ZZ3, ésta no es la parte que la presenta, sino que lo hacen los demandados señores ZZ6, ZZ5 y ZZ7 con quienes no tiene relación de servicios retribuidos; y afirma que tampoco puede decirse que carezca de imparcialidad la que está ligada al interés en el pleito, circunstancia que no se ha acreditado ni puede deducirse de sus dichos.

El abogado de las sociedades demandadas sostiene que, en este caso, cabe aplicar el inciso 2° del Artículo 19 del C.P.C, puesto que en autos las demandadas, personas jurídicas y naturales, no actúan conjuntamente.

Respecto a las tachas deducidas en contra de la señora S.A. por las causales N°s. 4 y 5, pide su rechazo por los mismos motivos que da refiriéndose a la testigo señora K.F., y en cuanto a la causal N° 7 afirma que no procede, por no tener interés directo ni indirecto en la causa ni tener enemistad alguna con la parte demandante. Respecto al señor J.R., dice que la tacha debería rechazarse porque dicho testigo no tiene parentesco alguno con las sociedades que lo presentan como tal, no actuando conjuntamente con ellas el demandado señor ZZ7.

9. Que doña K.F. reconoce que trabaja en ZZ3 bajo las órdenes de don J.I. y dependencia del gerente general don ZZ6. Si bien ella fue presentada como testigo por los demandados señores ZZ6, ZZ5 y ZZ7, lo fue respecto de los puntos 1 y 2 del auto de prueba de fs. 351, que se refieren a hechos que sirven de fundamento para la demanda por responsabilidad extracontractual, tanto en contra de los mencionados como de las sociedades demandadas, por trabajar los primeros precisamente en dichas sociedades. Procede, en consecuencia, acoger la tacha que se le ha opuesto aun cuando obren los demandados por cuenta separada.

10. Que doña S.S. dice que no tiene relaciones sociales con el señor ZZ6, sino sólo laboral ya que es gerente de Administraciones y Finanzas de ZZ3 y como tal depende de dicho señor. Admite que existe una querrela criminal deducida en su contra por XX1 en la cual se le imputa el hurto de software, pero no le preocupa el resultado del juicio en relación con los demandados ZZ6 y ZZ7.

Respecto a la causal del N° 4 se aplican las mismas reflexiones hechas en el considerando precedente en relación a la testigo señora K.F. y, por lo tanto, debe ser acogida, siendo improcedente pronunciarse sobre la del N° 5.

En cuanto a la del N° 7, la sola circunstancia de que uno de los actores se haya querellado en su contra, precisamente por el delito en que fundamenta su demanda por responsabilidad extracontractual, da mérito para estimar que el resultado del juicio no le puede ser indiferente como tampoco que el hecho de ser querellada no importe sentimiento alguno de rechazo o repulsa respecto de quien se querella en su contra. Lo que hace procedente acoger, además, la tacha del N° 7.

11. Que don J.R. reconoce ser primo hermano de don ZZ7, lo que hace procedente aplicar en este caso las reflexiones hechas en el considerando 9 y acoger la tacha opuesta.

EN CUANTO AL FONDO

12. Que en primer término se deberá estudiar si procede acoger la excepción de prescripción opuesta por los demandados en contra de la acción deducida por responsabilidad extracontractual de ellos.

Se funda esta excepción en que el hecho ilícito alegado es la copia de programas computacionales por lo cual habiendo expirado los mandatos especiales el 30 de abril de 1999, a la fecha de esta demanda, han transcurrido los cuatro años que señala el Artículo 2.332 del Código Civil y que la demanda interpuesta en su contra en el Primer Juzgado Civil no pudo interrumpir esta prescripción, ya que dicho Tribunal declaró que carecía en absoluto de competencia, resolución que está firme y, en consecuencia, debe estimarse que no fue notificada legalmente conforme al Artículo 2.503 N° 1 del C.C.

13. Que el actor explica que inició dos juicios: Uno Arbitral porque XX2 había celebrado un compromiso y XX1, que no participaba en éste y fue la perjudicada por el ilícito, dedujo acción en el Primer Juzgado Civil de Santiago, la que fue notificada legalmente de modo que la prescripción fue interrumpida por ella.

14. Que los demandados sostienen que, por haberse declarado la incompetencia absoluta del Primer Juzgado Civil, habría que considerar como nula la notificación de la demanda que XX1 presentó ante este Tribunal.

El Artículo 2.503 se refiere a la interrupción judicial de la prescripción y reglamenta los casos en que la acción judicial no tiene el efecto de interrumpirla. Así, el N° 1 de dicho Artículo, establece que no se interrumpe la prescripción “Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal”. En la especie la demanda fue notificada en forma legal y prueba de ello es que la demandada se defendió en el referido juicio e interpuso la excepción de incompetencia del Tribunal. De otro lado, cabe considerar que la prescripción es una sanción a la inactividad y negligencia de una persona en la defensa de sus derechos y, en la especie, las acciones civiles y criminales interpuestas por la demandante demuestran su permanente actuar en defensa de los derechos que estima conculcados y de lo cual las demandadas tenían pleno conocimiento. Concuera con lo anterior, el hecho que el N° 2 del citado Artículo tampoco valida la interrupción cuando el recurrente “desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la acción”; situaciones que claramente sancionan la renuncia a los derechos, en el primer caso, y la inactividad del demandante, en el segundo; ninguna de cuyas circunstancias se dan en este caso.

Es más, en el accionar de XX1 era lógico recurrir a la justicia ordinaria, por cuanto no había intervenido en el contrato que consigna la cláusula arbitral. En consecuencia, se rechazará la excepción de prescripción.

15. Que la demanda, en cuanto se refiere a la responsabilidad extracontractual, sostiene que los demandados han incurrido en ilícito civil, y eventualmente penal, el que consistiría en haber copiado y haber usado los programas computacionales y la *know how* de XX1, una vez terminados los contratos

de mandato a XX2. Agrega que, conforme al Artículo 2.314 y siguientes del Código Civil, están obligados a indemnizar los perjuicios derivados del ilícito, señalando textualmente: “El inciso 1º del Artículo 2.316 del Código Civil obliga a pagar una indemnización de perjuicios completa. El inciso segundo establece un piso mínimo para ella...” hasta concurrencia de lo que le valga el provecho”. Por el momento, en estos autos mi parte sólo demandará el pago de esta indemnización mínima, a que alude la norma recién citada”.

16. Que conforme a las disposiciones del párrafo XXXV del Libro IV del C.C., para que proceda indemnización debe haberse causado daño o perjuicio a otro, de modo que para solicitarla, en primer lugar, debe acreditarse la existencia del daño en cuestión. El Artículo 2.316, por su parte, se refiere a quienes están obligados a resarcir los perjuicios y distingue entre quienes los causaron y quienes, sin ser cómplices, reciben provecho de él. Es más, esta norma precisa “el que hizo el daño”, por lo cual establece como premisa indispensable, para que proceda la indemnización, que exista daño.

De otro lado, los tratadistas y la jurisprudencia están contestes en que el inciso segundo del Artículo 2.316 es una limitación del monto a pagar por los daños causados por quien hizo el daño, lo que reitera la necesidad de que se acredite primeramente la existencia del daño y su monto, para luego determinar la limitación de la obligación del que recibe provecho del dolo ajeno.

17. Que el actor, al imputar a los demandados la comisión de ilícitos constitutivos de dolo o hechos que configuren culpa, queda obligado a probar la existencia de los hechos que constituyen tales ilícitos o culpas, además de los perjuicios sufridos con motivo de éstos y el monto de ellos. Cabe recordar que la buena fe se presume y que el Artículo 1.698 del Código Civil establece: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”.

18. Que, conforme a lo dicho en las consideraciones precedentes, no puede acogerse la acción en cuanto persigue responsabilidad extracontractual por faltar dos elementos básicos. El primero, haber acreditado los hechos que configuren el dolo o la culpa que generen la responsabilidad extracontractual; y, segundo, haber alegado y acreditado la existencia del daño.

Ello no obstante, esta sentencia se hará cargo de la controversia respecto a la existencia de los ilícitos a que se refiere la demanda y ponderará la prueba rendida al tenor de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, establecidos de común acuerdo por las partes, a fs. 351

19. Que la demandante basa su acción por responsabilidad extracontractual en dos hechos fundamentales:

- a) Que XX2 –una vez que hubo celebrado los contratos de mandato especial con las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4– para poder cumplir lo acordado con éstas, celebró un contrato con XX1 a fin de usar el *know how* y programas computacionales de ésta en la administración de los cementerios TR1 y TR2; y
- b) Que las demandadas, después de terminados los referidos contratos de mandato, habrían copiado y seguido usando los sistemas de XX1.

Por su parte, los demandados aducen:

- a) Que XX2 tenía obligación de actuar por sí, estándole prohibido delegar o subcontratar, salvo autorización expresa de la mandante;

- b) Que XX2 tenía obligación de desarrollar un sistema de información para la administración de los cementerios, que sería de cargo y costo de las mandantes, se implementaría siempre y cuando existiere acuerdo entre las partes contratantes y sería de propiedad de ZZ2. Habiendo desarrollado XX2 tales sistemas a costa de sus mandantes, éstos les pertenecen; y
 - c) Que terminados los mandatos, dejaron de ser usados los sistemas empleados por XX2 en la administración y explotación de los cementerios, por defectuosos.
- 20.** Que, en primer término, hay que tener presente:
- a) Que el mandato conferido por ZZ2 a XX2 fue para la administración y mantención de los cementerios TR2 y TR1 y para la venta de sepulturas;
 - b) Que la cláusula undécima estipula que XX2 se obliga a desempeñar el mandato especial por sí, quedándole prohibido delegarlo; y
 - c) Que en la cláusula 11.2 se conviene que cualquier subcontratación que XX2 desee efectuar en el ejercicio de su cometido, requerirá del acuerdo de la propietaria, para lo cual XX2 deberá proponer la subcontratación por escrito.

A su vez, el señor G.C. –en el hecho único propietario y gerente general de XX2 y de XX1– sostiene que, dado que XX2 no tenía programa computacional alguno para cumplir con las obligaciones que le imponía el mandato, al hacerse cargo de los cementerios, celebró un contrato entre XX2 y XX1 para la instalación y uso de los sistemas y programas de dominio de esta última, a objeto de dar debido cumplimiento de las obligaciones que XX2 había contraído con la mandante.

Antes de celebrar este contrato –que no consta por escrito y que, en el hecho, importa una subcontratación– XX2 debió requerir el acuerdo de la propietaria y proponer la subcontratación por escrito, ninguno de cuyos requisitos cumplió, lo que importa una clara infracción a lo estipulado en la cláusula 11.2 del contrato de mandato.

Aparte de ello, el mandatario, al subcontratar con XX1 sin haber solicitado autorización por escrito a la propietaria, no sólo infringió la estipulación contractual sino que, además, violó la norma del Artículo 2.131 del C.C. que ordena al mandatario ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo.

21. Que, a lo anterior, hay que agregar que el Artículo 2.134 del citado Código dispone: “La recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo”. En este caso, de la prueba documental y testimonial existente en autos, queda claro:

- a) Que las sociedades demandadas no quisieron contratar con XX1, por lo cual el señor G.C. usó XX2 que estaba inactiva;
- b) Que tampoco quisieron adquirir el o los programas computacionales que ofrecía XX2, de lo contrario no se explicaría ni justificaría la existencia de la cláusula 8.2 que dispone que era de cargo y costo de la propietaria y de responsabilidad de XX2, el desarrollar un sistema de información para la administración de los cementerios, sistema que sería de propiedad de ZZ1 y se implementaría siempre y cuando existiera acuerdo entre las partes contratantes.

Es más, se encuentra acreditado en autos que hubo negociaciones para que la mandante adquiriera de XX1 los sistemas que ésta empleaba en la administración de sus propios parques cementerios, a los que les fijó un valor de 3.000 Unidades de Fomento: Negociación que no prosperó por cuanto la mandante estimó que el precio era caro.

22. Que, el Artículo 2.144 del C.C. dispone que el mandatario no puede vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar si no fuere con aprobación expresa del mandante. En el caso de autos, resulta indiscutible que, siendo el señor G.C. propietario y gerente general de ambas sociedades contratantes, está auto contratando servicios para la mandante, con la agravante que la instalación y desarrollo de los programas computacionales son precisamente los que su mandante se había negado a adquirir, situación que configura la infracción a lo dispuesto en el citado Artículo.

23. Que las violaciones contractuales y legales que se han señalado en los considerandos anteriores determinan que el referido contrato es absolutamente inoponible a la demandada, lo cual hace concluir que la acción basada en la existencia de tal contrato deba ser rechazada.

24. Que, con respecto a la alegación de la actora en cuanto a que la cláusula 8.2 se referiría sólo a la administración de los cementerios y no a la gestión comercial de los mismos, hay que tener en cuenta que la palabra “administración” –según el diccionario de la Real Academia Española– significa *acción y efecto de administrar*, y que esta última palabra, entre otras acepciones, tiene la de “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”; y “gestión”, por su parte, es la “acción y efecto de administrar”. Es decir, administración viene a ser sinónimo de gestión, por lo cual la pretensión del demandante en el sentido que la gestión comercial no está comprendida en la ya referida cláusula deberá ser desechada.

25. Que, en cuanto a la propiedad de los programas computacionales usados en ZZ3, cabe analizar el documento acompañado en parte de prueba bajo el N° 17 del escrito de fs. 381 que corresponde a un informe de los auditores independientes CO1 de 29 de diciembre de 1998, enviado a ZZ6, suscrito por los señores M.W. y R.V.; ratificado por éstos en sus respectivas declaraciones testimoniales que rolan a fs. 496 y 498 de autos.

En el punto 6 de este informe se expresa: “Los convenios de desarrollo, soporte y propiedad del software entre XX2 y XX1 deben estar soportados por contratos formales y que resguarden a la empresa ante futuras eventualidades que permitan independizarse”. Y, más adelante, como “Comentarios de la Administración” se agrega: “XX2, tiene la propiedad y custodia de los programas involucrados, además, realiza la mantención y actualización. Para esto se contrató personal externo a XX2”.

Asimismo, especifica que el trabajo de estos auditores independientes se realizó en las oficinas ubicadas en DML, con el apoyo permanente de los señores E.L., gerente comercial de XX2, y ZZ7, jefe de informática de dicha empresa. Finalmente, agrega que los comentarios a la administración fueron previamente conversados con los señores E.L. y ZZ7 y éstos solicitaron que se incorporaran al informe.

Es de hacer notar que el comentario de la administración, antes transcrito, fue hecho en diciembre de 1998 cuando precisamente la administración la ejercía XX2. De este informe aparece que, en diciembre de 1998 estando vigente los mandatos especiales, tanto el gerente comercial de XX2 como su jefe de informática estimaban que XX2 era la propietaria de los programas computacionales, que esta era la sociedad que realizaba la mantención y actualización de los mismos, que para ello se había contratado a personal externo a XX2 y que no existían contratos escritos entre XX1 y XX2, en relación a dichos programas.

26. Que lo anterior se corrobora y se amplía con la absolución de posiciones de don J.L., que rola a fs. 420, quien expresó que, cuando ingresó a trabajar en mayo de 1998, los programas computacionales que había en los cementerios TR2 y TR1, eran “los de cuenta corriente que estaban en Clipper, específicamente ahí se trabajaban las ofertas y los pagos de esas ofertas que eran Contratos de Sepultura, y un sinnúmero de Planillas en Excel, eso fue lo que encontré en el manejo del negocio”. “Conozco el origen de estos programas, se desarrollaron con personal externo e interno de la empresa. De hecho muchas veces el personal externo nos mandaba los programas, yo los compilaba y se los mandaba al señor O.A. Las personas que los hacían externamente eran W.E. y A.R. Internamente los hacía yo y C.C. En el segundo período del primer semestre ya no estaba el personal externo, se contrató a programadores que trabajaran a full time y desarrollaran nuevos programas. Estas personas estaban contratadas por XX2 en base a boletas de honorarios”.

27. Que del informe del perito señor PE1 aparece que hay que distinguir entre programas fuente y programas ejecutables para poder comparar los que estaban en las inmobiliarias demandadas y los que alega la parte demandante que le pertenecen.

Este informe señala que es necesario “ tener a la vista y analizar en detalle los programas fuente que utilizó cada una de las partes en la construcciones de las aplicaciones”; y termina expresando “Los programas fuente, que son los que dan origen a lo que se llama un sistema de información, que XX2 utilizaba al momento de finalizar el contrato, no residían en los computadores de las inmobiliarias, por lo que no pueden haber sido copiados por éstas. Lo anterior me ha sido confirmado en múltiples ocasiones por personal perteneciente, en ese entonces, a XX2. Sólo residían en esos computadores los programas ejecutables”.

No está demás tener presente que en el borrador de contrato acompañado a los autos, en la cláusula 8.3, se dice textualmente “Con el objeto de verificar la calidad de los sistemas desarrollados, los propietarios podrán anualmente solicitar una auditoría computacional para verificar los manuales de operación, los programas fuente y diccionario de datos”. Esto significa que en el suministro del desarrollo computacional se contemplaba expresamente la existencia de un programa fuente, lo que posteriormente en los mandatos celebrados se eliminó.

28. Que el actor rindió testimonial para acreditar su propiedad sobre los programas computacionales en discusión. Los testigos no tachados del actor no distinguen entre programas fuente y programas ejecutables, excepto don C.T. que sí lo hace.

Don R.R. a fs. 451 expresa primeramente que nunca participó en una discusión con los representantes del Fondo, para luego decir que “se entendía” que los software los iba a proporcionar XX2, la que los obtendría de XX1, que era la creadora de los programas. No queda claro por qué dice que “ se entendía” si nunca habló con la mandante, más aún si se tiene en cuenta que no prosperó la venta que XX2 quiso hacer del referido software. Refiriéndose al contrato que habría existido entre XX1 y XX2 dice que nunca lo vio pero “era así como unas cuentas en participación”, y no recuerda detalles. Afirma que le consta que XX1 fue la creadora de los programas porque él trabajó en ella desde 1991 hasta septiembre de 2002 y que fue don W.E. quien creó los programas de administración y manejo de cementerios.

Don H.O., a fs. 447 expone que, en su calidad de gerente del área inmobiliaria de ZZ2, participó en la búsqueda de administrador de los cementerios TR2 y TR1, solicitándose cotizaciones a diversas entidades administradoras de cementerios, entre ellas a XX1. Textualmente señaló: “ZZ deseaba contratar con una persona jurídica que fuera absolutamente transparente y que no tuviera contingencias de ninguna especie, por lo cual el señor G.C. y el Fondo acordaron usar una empresa sin movimiento denominada

XX2. Esta es la razón por la que no se hizo el contrato con XX1, sino con XX2, siendo representadas ambas por el señor G.C.” .

En otra parte de su declaración expresa: “Yo sé que efectivamente, en algún momento de la negociación, estuvo en el tapete de la discusión la adquisición, por parte de ZZ2, de los software de comercialización de sepulturas de propiedad de XX1. Respecto a la propiedad de los software a que me he referido, fue parte de la negociación entre ZZ2 y XX1, la adquisición o no de los software utilizados por ellos en la gestión de sus propios cementerios. Desconozco el lenguaje computacional que usaban estos software. En esta negociación se discutió sobre el valor de adquisición de estos software, pidiendo XX1, una suma global por todo, ascendente a UF 3.000, precio que a mi me pareció caro y que la compañía rechazó por igual motivo. El nombre de la compañía que celebró los contratos con ZZ2 fue XX2. “Declaro que eran de propiedad XX1, aun cuando nunca vi un documento, por cuanto el señor G.C. actuaba como dueño de ellos”.

Don H.P. a fs.421 declara que fue asesor de ZZ2 en la gestión de contratar un administrador para los cementerios y cuando se celebró el mandato de administración entre el Fondo y XX2, continuó asesorando al primero y pasó a tener la calidad de contralor de la administración que realizaba XX2, hasta marzo de 1998. Ignora si entre lo que se pagaba a XX2 había fondos destinados a pagar por la elaboración de programas computacionales.

Don C.T. a fs. 459 expresa que trabajaba para XX1 y, a mediados de 1996, cuando se le ofreció el cargo de jefe del departamento de informática de XX2, lo aceptó dejando de participar en el desarrollo del nuevo sistema computacional; que permaneció allí hasta fines de 1997. Que se trasladó a Santiago con los sistemas en lenguaje Clipper con el objeto de realizar levantamiento de la plataforma informática, con los sistemas provenientes de XX1. Que como no existían PC en XX2 tuvo que hacer los requerimientos del caso y XX2 compró el equipo básico. Que en uno se instaló el sistema en lenguaje Clipper que era de XX1. Que ésta tenía dos sistemas desarrollados: Uno para hacer la parte de levantamiento de requerimiento de información que se necesitara, y el otro para hacer la administración de cementerios. Que los nuevos sistemas que llegaron de XX1 fueron desarrollados en Power Builder con base de datos Access, para después habilitarlos con una plataforma Oracle, pero no se instalaron las fuentes de los dos programas. Agrega que no manejó las licencias Power Builder ni Oracle, sólo vio las cajas y no sabe a nombre de quién se extendieron.

Don PE2 a fs. 455 reconoce el peritaje que entregó al Primer Juzgado de Letras en lo Civil, de Santiago y ratifica su conclusión en que dice textualmente: “Existen fuertes semejanzas entre las aplicaciones, las bases de datos y los archivos de inicialización de Inmobiliaria XX1 por un lado y ZZ3 y ZZ4 por otro, que indican un origen común”.

Don R.O. a fs.428 expone que trabajó en el cementerio TR1 desde enero de 1997 hasta junio de 2001, pero en el año 2000 cuando caducó la administración de XX2, el señor ZZ6 lo confirmó en el cargo pero pasó a prestar servicios a ZZ4. Que él no tenía preparación, por lo que el señor G.C. lo preparó en XX1 y se le adiestró en sistemas computacionales. Que cuando terminó la administración de XX2 fue un señor W.E. a borrar todos los sistemas de computación que había instalado a través de XX1; le consta que en los programas decía XX1 pero no puede asegurar que le pertenecieran.

Don J.I. a fs. 467 expone que en abril o mayo de 1999 asumió el cargo de gerente de ventas de las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4 y no puede precisar si en ese momento estaba o no vigente el mandato a XX2. Afirma que en sus funciones no se usaban programas computacionales ni tampoco se usan a la fecha de su declaración; que él ocupa sistemas manuales y lo que existe lo ha construido él basado en su experiencia en empresas anteriores. Que no se trata de programas computacionales sino de políticas de venta.

29. Que los testimonios referidos en la consideración precedente no logran acreditar que los programas que usaban los cementerios TR1 y ZZ4 sean de propiedad de XX1. En efecto, ninguno de ellos ha visto contrato alguno, e incluso el señor R.R. manifiesta que entre XX1 y XX2, pertenecientes ambas al señor G.C., existía una especie de cuentas en participación.

Si bien coinciden más o menos, en que uno o dos programas de XX1, en Clipper, se instalaron en los computadores de los cementerios administrados por XX2, agregan que luego cambiaron a Oracle y Power Builder, sin saber quién los pagaba ni tampoco quién cancelaba los honorarios del personal externo de XX2, que era de XX1.

Además, cabe tener presente que el testigo señor C.T. declara que trabajaba en XX1 y que, a mediados de 1996, se le ofreció el cargo de jefe de informática de XX2, lo que aceptó y agrega “En el momento en que me trasladé de XX1 a XX2, por contrato fijo, dejé de participar en el desarrollo del nuevo sistema computacional”; y agrega que se trasladó a Santiago para realizar levantamientos de la plataforma informática “con los sistemas provenientes de inmobiliaria XX1”. De ello se desprende que siguió trabajando en el desarrollo de programas para XX2 y no para XX1, aun cuando se hubiera basado en un sistema perteneciente a ésta.

Es preciso establecer que, según la cláusula 8.2 de los mandatos, XX2 debía desarrollar los programas computacionales necesarios, desarrollo que sería de cuenta y cargo de la mandante. Es un hecho, reconocido por ambas partes, que estos desarrollos se hicieron y que era la mandante propietaria la que efectuaba los pagos correspondientes a estos desarrollos. La circunstancia que no se haya acompañado a los autos un documento escrito que detallara estos programas y la obligación de la mandante de pagar su costo, no altera el hecho que estos desarrollos se hicieron y su costo o fue pagado directamente por la mandante propietaria o fueron incluidos como gastos en las rendiciones de cuentas que efectuaba XX2.

30. Que los demandados presentaron, en relación a la propiedad de los programas, a los siguientes testigos:

Don R.V., a fs. 498, reconoce ser el autor del informe de CO1, y que fue supervigilado por don M.W. Dice que en el punto 6 de dicho informe se planteó la necesidad de tener un acuerdo formal con quien en ese momento era el proveedor de desarrollo de software, que era XX1.

Don M.W., a fs. 496, declara haber revisado el informe que hizo don R.V., y que en él hay un comentario en cuanto a que deberían existir resguardos y/o contratos para garantizar la propiedad de los sistemas. Agrega que al hacer las revisiones no se tuvo conocimiento de los programas fuentes.

Don J.M., a fs. 486, declara ser socio de CO2 y reconoce los informes que su firma emitió en relación a la aplicación de procedimientos acordados, por encargo de Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4. Éstas les pusieron una serie de erogaciones (salidas de dinero destinadas a pagar los gastos incurridos en el desarrollo de un sistema de software informático) ocurridas en determinado tiempo y el informe debía comprobar si dichas partidas estaban debidamente acreditadas o no con comprobantes contables. Explica en qué forma es consistente la glosa 43 del anexo II del informe con la glosa 43 del anexo V del mismo.

Don C.Ch. a fs. 486, expone ser gerente de CO2 y reconoce el informe aludido precedentemente. Contrainterrogado explica que para especificar las glosas de los anexos, ellos pidieron la documentación de respaldo (boletas, facturas, comprobantes contables) relativas a las erogaciones para la implementación de sistemas computacionales.

Don M.D., a fs. 500, hace suyas y ratifica las conclusiones del informe técnico de PE4 de 11 de octubre de 2001. Expresa que se trata del análisis de un informe de unos auditores sobre las erogaciones realizadas por las ZZ3 y ZZ4 y por ZZ1 para determinar si corresponden al desarrollo de un sistema de software informático. Agrega que en el documento acompañado falta la firma del representante legal y entrega un ejemplar firmado, con el cual existen dos diferencias: Incluir una referencia faltante a uno de los mandatos de administración, y la otra es una corrección ortográfica. En el informe oficial que entrega al declarar, dice que se han incluido anexos que no estaban en el que se le exhibió.

Don I.C. a fs. 501, reconoce ser coautor del informe de PE4 antes mencionado. Expresa que, al revisar los informes de los auditores se clasificaron las erogaciones, unas referidas a compras de equipamiento computacional, otras referidas a compras de software y otras referidas al desarrollo de los sistemas informáticos. Que existe una glosa que son las herramientas de desarrollo (Powerbuilder) que fue adquirido, de acuerdo al informe de erogaciones hecho por los auditores; de ahí infiere que esa herramienta de desarrollo fue comprada para desarrollar sistemas y no para instalarlos.

31. Que, además de los testimonios antes citados, existen en autos los informes de CO2, de 21 de marzo de 2001, ratificados por los testigos señores J.M. y C.Ch. Estos informes se refieren a la revisión de las erogaciones efectuadas por ZZ1 y por las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4, para el desarrollo de ciertos sistemas computacionales utilizados por las dos últimas sociedades mencionadas.

En el primero, se contemplan cheques girados por el Fondo desde el 27 de enero de 1997 hasta el 26 de enero de 1998, y, en el segundo los cheques abarcan el período del 16 de febrero de 1998 al 21 de abril de 1999.

En el primer informe las erogaciones del Fondo llegan a un total de \$ 54.025.871, y en el segundo, las erogaciones de las sociedades alcanzan a la suma de \$ 22.449.702.

En sus respectivos anexos se detalla a qué corresponde cada cheque y sus beneficiarios. La parte demandante al hacer observaciones a la prueba, les resta valor porque se incluyen en ellos los pagos hechos a don A.R. quien habría estado a cargo de los pagarés de TR3, que no formaban parte de la administración. Sin embargo, si se resta a las sumas ya mencionadas el monto de los cheques girados al señor A.R. que ascenderían a \$ 13.438.000 en el primero, y a \$ 13.297.500, en el segundo, las erogaciones ascenderían en total a \$ 49.830.073, sin considerar a don A.R. Conviene también tener presente que no todos los cheques girados a este último dicen relación con los pagarés de TR3 y, como ejemplo, tenemos entre otros, en el anexo V del segundo informe el número 4 que se refiere a un monto de \$ 180.000.

La objeción que hace la parte demandante a estos informes en el sentido que ellos sólo dan cuenta de una revisión detallada de un listado de erogaciones que le entregó la contraria, pero no emiten opinión alguna en cuanto a si sirvieron para el desarrollo de programas computacionales, no puede acogerse ya que basta ver el anexo V donde se indica a qué corresponde cada gasto para darse cuenta del empleo de la inversión. Así tenemos glosas como éstas: Asesoría e instalación de sistemas computacionales cementerio TR2– PC Artec Pentium P5/133 – Microsoft Office STD – Instalación de red física y lógica (Cementerio TR2) – 3/3 licencias Oracle Workgroup Server y servicio de soporte técnico y actualización de software bronce.

De su lectura aparece claro que dichas erogaciones estaban destinadas a los programas computacionales. Estos listados coinciden con el informe de PE4 ratificado por quienes intervinieron en su confección los testigos M.D. y I.C.; el hecho que el primeramente presentado careciera de firma y el segundo, lo rectificara en dos errores (uno ortográfico), no le resta valor, precisamente porque complementan los dichos testimoniales ya referidos y son iguales, salvo los dos errores aludidos.

32. Que, con los testimonios antes mencionados, se acredita que, al hacerse cargo XX2 de la administración de los cementerios TR1 y TR2 se carecía de hardware y también de programas computacionales. Como su gerente señor G.C., lo era también de XX1 que tenía a su cargo el cementerio TR4, empezó por comprar para XX2 los PC necesarios y luego instaló en ellos un programa en Clipper, que tenía en XX1, el que al hacerse insuficiente se fue desarrollando mediante la compra de Oracle y Power Builder. La discusión se centra en que el señor G.C. afirma que el desarrollo se hizo por XX1 y a su costa y, en consecuencia, los programas le pertenecen, en tanto que la parte demandada sostiene que el desarrollo lo realizó XX2 y fue costado con dineros de los mandantes y, por ende, dichos programas son de su propiedad.

33. Que, las declaraciones y documentos antes analizados, llevan a concluir que fue la propietaria quien pagó el desarrollo de los programas empleados por XX2 en la administración de los cementerios. Es más, si tal situación aparece confusa, ello se debe a que el señor G.C., dueño y gerente tanto de XX2 como de XX1, recurrió en parte a personal de esta última para el desarrollo de los programas, los que también han servido a XX2, según se infiere de la demanda, de modo que habían empleados de XX1 que pasaron a serlo de XX2 y otros que, además de trabajar para XX1, recibían honorarios de XX2.

34. Que la demandante estima que el valor de los programas computacionales desarrollados por XX2 (según ésta por XX1) en la administración de los dos cementerios que tuvo a su cargo, es de \$ 450.000.000; en circunstancias que el informe del perito designado por el Tribunal, con acuerdo de ambas partes, les asigna un valor de \$ 17.000.000.

Sobre este punto, cabe considerar que en el borrador del contrato de mandato en la cláusula 8.2, se fijaba el valor de la programación computacional que debía desarrollar XX2 y que debería pagar la propietaria en caso que optara por la terminación anticipada de los contratos, en 3.000 UF si la compra se efectuaba el primer año; valor que iría decreciendo en los años sucesivos. En consecuencia, la pretensión contenida en la demanda se contrapone claramente, en cuanto a su monto, a la valorización que la demandante hizo en su oportunidad al ofrecer en venta a la demandada los programas objeto de la controversia; valorización que está mucho más acorde con lo determinado por el perito.

35. Que, en cuanto al uso de los programas computacionales desarrollados durante la vigencia de los mismos, que habrían hecho los demandados con posterioridad al término de los mandatos, existen los peritajes de don PE2, decretado por el Primer Juzgado Civil de Santiago, y el de don PE1, decretado por este Tribunal.

El informe del señor PE2, en la parte que interesa, concluye que existen fuertes semejanzas entre las aplicaciones de datos y los archivos de inicialización de XX1 por un lado y ZZ3 y ZZ4 por otro, que indican un origen común. La información de las Inmobiliarias ZZ3 y ZZ4 usada para la comparación se obtuvo de las acciones realizadas los días 18 de enero y 2 de febrero de 2000 y de información complementaria solicitada por el perito y entregada por ellas. En cuanto a los criterios de comparación seguidos, se indica que se procedió a comparar la estructura de las bases de datos de las diversas empresas como la de las librerías de los programas en Power Builder presentes en cada una de ellas. Se agrega que, para determinar la semejanza, se realizó una búsqueda a partir de la información entregada por XX1, no considerando la información encontrada que no tenía relación con la búsqueda.

La pericia del señor PE1, que hace un análisis del peritaje de don PE2, concluye que éste no permite determinar cuáles eran los programas que estaban en uso y en desuso al momento de realizarse la pericia, porque no se analizaron todos los programas, librerías y estructuras de datos que había en los computadores en ese momento. Sostiene que, a partir de una misma estructura de una Base de Datos, se pueden crear tantas aplicaciones o programas como se requieran, y que la existencia de

una estructura de datos extremadamente parecida, no implica que las aplicaciones sean las mismas. El perito deja constancia que el señor G.C. le informó verbalmente que, en mayo de 1999, borró los programas. Y, lo más importante es que los Programas Fuente –que son los que dan origen a lo que se llama un Sistema de Información– que XX2 usaba al momento de finalizar el contrato no residían en los computadores de las inmobiliarias, por lo cual no pueden haber sido copiados por éstas, lo que le fue confirmado por personal perteneciente a XX2. En esos computadores sólo residían los programas ejecutables. Conviene tener presente que el testigo don C.T., presentado por el demandante, y don M.W., hacen igual afirmación.

36. Que, sobre el uso de los programas computacionales con posterioridad a la extinción de los mandatos, don E.E., a fs. 499, declara que es socio de una empresa que desarrolla software y hace asesorías a clientes; que le vendió a ZZ3 un software administrativo contable que consta de sistema de contabilidad, tesorería, remuneraciones, compras, honorarios, ventas, activos fijos, tesorería y presupuesto de gastos e inventario; software que estaba destinado a llevar la administración de los Parques TR2 y TR1. Que su empresa facturó por primera vez el 8 de abril de 1999 lo que indica que se instaló en esa fecha y la capacitación se hizo desde el 2 de mayo de ese mismo año, porque hubo que esperar el cambio de administración para poder capacitar. Agregó que el sistema vendido por su empresa está en producción desde el primero de enero de 1998, en la actual compañía de seguros CS, y de ahí en adelante se instaló en otras empresas, incluyendo el Parque ZZ3; y que este software no consideraba para nada los sistemas o programas que existían en uso con anterioridad, los que declara no conocer. Expresó que sus sistemas funcionaban sobre la base de Oracle dando a los computadores acceso a una base de datos que funcionaba con el sistema Oracle y que estaba instalada cuando ellos vendieron su programa. Ignora qué clase de datos existían en esa base de datos.

37. Que en relación al uso de los mismos programas que empleaba XX2, una vez terminada la administración de éste, hay que tener presente el informe de CO1 de 29 de diciembre de 1998, aludido anteriormente, que detecta numerosas deficiencias y anomalías en la función informática. Así, en dicho informe textualmente se expresa; “Los sistemas de aplicación deben estar orientados a dar soporte prioritariamente a la gestión y adicionalmente, resolver las tareas operativas necesarias. Hoy día el servicio está enfocado exclusivamente a dar soporte operativo, con lo cual la inversión tecnológica no es rentable y muchas veces no se justifica” .

En cuanto al control interno del área, anota que no existen los mínimos procedimientos formales al nivel de instructivos; observa la falta de un plan informático global así como de un presupuesto de gastos e inversiones de informática, anota que los sistemas de contabilidad y remuneraciones actuales son incapaces para continuar en operaciones, y precisa numerosas deficiencias en la ejecución y custodia de los respaldos computacionales. Conforme a este informe, es dable concluir que el área informática que mantenía XX2 en su administración era tan incompleta y defectuosa que no resulta lógico pensar que la nueva administración quisiera continuar con ella.

38. Que, de todo lo anterior, se llega a la conclusión que XX2, durante la vigencia de los mandatos, empezó a funcionar con un programa computacional ejecutable o software que proporcionó su administrador, el señor G.C., a través de XX1; programa que se fue desarrollando con otros software por cuenta de la propietaria, ya que ésta los pagó, así como las asesorías externas y gastos en que incurrió XX2 con este motivo.

39. Que la conclusión anterior está acorde con el informe pericial de fs. 622, en el cual se señala que según XX2, durante su mandato, se adaptó un software previamente existente en XX1 y escrito en lenguaje Fox Pro, en su primera versión, Clipper en su segunda versión y eventualmente adaptado para ser usado con el motor de Bases de Datos Oracle, programado con Power Builder. Añade el informe, que

la adaptación y modificación fue realizada sin que previamente se hubiese hecho un análisis completo de las necesidades de los usuarios.

En cuanto al valor de los software, debidamente empaquetados como productos comercializables, éste depende en un 100% de lo que los eventuales clientes estén dispuestos a pagar por él, según el beneficio a obtener.

40. Que el hecho que el demandante haya inscrito un programa computacional en el Registro de Propiedad Intelectual, en nada altera las conclusiones anteriores, pues no consta que sea el mismo que está en discusión.

41. Que la demandante también solicita que se le indemnice por el uso que la parte demandada habría hecho del *know how* de XX1, una vez terminada la administración de XX2. Este *know how* comprendería, según la demanda, aparte de los programas computacionales, técnicas comerciales, de construcción, jurídicas, estrategias de mercado, sistemas de construcción de sepulturas, reglamentos internos de cementerios, contratos sobre ventas de sepulturas, sistemas de gestión comercial y ventas, y, en general, una serie de otros elementos diversos de carácter inmaterial.

42. Que con respecto al *know how* se hace necesario precisar qué se entiende por “*know how*”, término inglés adoptado en el lenguaje empresarial. Su traducción es “saber cómo”. Esto es, los conocimientos y experiencia, en una determinada materia, campo, industria o actividad, que se requieren para que la respectiva actividad se realice eficazmente y permita lograr el objetivo perseguido.

En consecuencia, resulta obvio que la demandada al contratar los servicios de XX2 no lo hizo en relación a esta sociedad inactiva, sino en razón del “*know how*” de quien era su dueño y administrador, señor G.C., en la administración de Parques Cementerios. Tanto es así que éste también era dueño y administrador de XX1, sociedad activa que administraba parques cementerios de su propiedad.

De aquí que, indubitadamente, el motivo determinante de los contratos de mandato fue el “*know how*” del señor G.C., toda vez que éste, propietario y gerente de XX2, sabía cómo administrar cementerios porque había administrado y estaba administrando otros, sin necesidad de asesoría complementaria alguna. La sociedad de su dominio que se usó para celebrar los contratos de mandato fue el vehículo para contratar dicho “*know how*”. Establecida esta premisa, resulta lógico suponer que los términos del contrato de mandato y las remuneraciones contempladas para el mandatario estaban acordes con el valor del “*know how*” que se estaba adquiriendo y que, al cumplirse los términos del contrato de mandato, el “*know how*” quedó cancelado.

Al terminar el contrato, tal como se ha señalado en los considerandos precedentes, la mandante adquirió nuevos sistemas computacionales que, en el hecho importan un *know how*, toda vez que comprendieron todo el proceso comercial y administrativo necesario para administrar los Parques Cementerios. Aparte del hecho que, de la propia administración hecha por XX2, la mandante adquirió el conocimiento para desarrollar y administrar el negocio al conocer y revisar los informes y rendiciones de cuentas que ésta le hacía.

En cuanto al presunto contrato de asesoría técnica, informática, comercial y financiera celebrado por XX1 con XX2, éste resulta inoponible a la parte demandada por las razones dadas en los considerandos pertinentes.

43. El hecho que el señor G.C. haya inscrito, con posterioridad a la terminación de los mandatos, los reglamentos internos del cementerio TR4 y un sistema de construcción para criptas y mausoleos bajo

césped, en nada altera las conclusiones anteriores, ya que no se ha acreditado que sean los mismos que usan los demandados y además, si lo fueren, porque la copia habría precedido en años a la inscripción.

44. Que las consideraciones precedentes llevan a la conclusión que no ha existido, de parte de los demandados, el ilícito que pretende la parte demandante.

45. Que en relación a la demanda por responsabilidad contractual, la parte demandada alega que el Fondo no es legitimado pasivo por cuanto, en los contratos de mandato especial, se estipuló que el Fondo pudiese transferir o arrendar el cementerio a una sociedad de su propiedad sin necesidad de aceptación expresa de XX2. En este caso, dicha sociedad debía ratificar por escritura pública el citado contrato en todas sus partes y asumir las obligaciones del mismo. Que fue así como el Fondo fue reemplazado como mandante y, por ende, los derechos y obligaciones emanados de los contratos de mandato especial se radicaron exclusivamente en ZZ4 y ZZ3, liberando al Fondo de las obligaciones que tales contratos importaban.

Considera esta situación como similar a la prevista en el Artículo 2.137 del C.C. Sostiene que la duración del mandato estaba sujeta a la condición consistente en el arriendo de los cementerios a una sociedad o sociedades de propiedad del mandante y a la ratificación de ésta o éstas a los términos de los mandatos. Cumplidos estos requisitos, nació un nuevo mandato entre estas nuevas sociedades y XX2, de acuerdo al Artículo 2.136 N° 2 del C.C.

La parte demandante, por su parte, niega que existiera una condición ya que no nació ni se extinguió obligación alguna cuando el Fondo arrendó los cementerios. Dice que las partes tuvieron la intención de que el contrato fuera ejecutado entre su parte y el Fondo, sea cual fuere la sociedad que actuare en su nombre.

46. Que los contratos celebrados entre el Fondo y XX2 no contienen condición alguna y, tal como lo señala la parte demandante, aparece de autos que la intención del Fondo era contratar con XX2, tal como lo hizo otorgándole mandatos especiales. Ello no obstante, en atención a que no podía legalmente encargarle en forma directa la administración de los cementerios, optó por formar las inmobiliarias a las cuales se los arrendó para luego hacer que éstas ratificaran los mandatos celebrados con XX2, tomando su lugar en los derechos y obligaciones que importaban los contratos. Obviamente, esta estipulación afecta solamente al Fondo y a las sociedades contratantes pero es inoponible a XX2.

Ello lleva a rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Fondo pues los contratos deben ejecutarse de buena fe y hay que estarse a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras.

También procede rechazar la alegación de la parte demandante en cuanto afirma que, de parte del Fondo, habría existido abuso de personalidad jurídica. El propietario y gerente de las demandantes, al momento de celebrar los contratos de mandato, tenía pleno y cabal conocimiento de la situación jurídica existente y la razón por la cual el Fondo arrendó los parques cementerios a sus sociedades filiales, lo que aceptó expresamente. Es más, en autos no hay prueba alguna que demuestre que esta actuación haya perjudicado o causado daño alguno a la parte demandante, sino que, todo lo contrario, por cuanto con ello se posibilitó legalmente el otorgamiento de los mandatos.

47. Que es efectivo que la actora demandó a don ZZ8 en circunstancias que el segundo apellido del demandado es sólo ZZ6, error que no ha sido rectificado en autos. Sin embargo, esta equivocación en nada influye en la determinación de la persona demandada, toda vez que consta en autos que se trata de la misma persona que ha sido notificada y ha comparecido en el proceso.

48. Que la parte demandante también demanda indemnización por diez incumplimientos del contrato, los que son enumerados en la parte expositiva de esta sentencia. La parte demandada sostiene, en cambio, que ha cumplido con todas sus obligaciones. En atención a que, salvo los mencionados con los números 5 y 6, se trata de hechos que deben establecerse con conocimientos especiales de auditoría y contabilidad, con acuerdo de las partes, se nombró a un perito contable a fin de que informe sobre ellos a este Tribunal.

49. Que respecto al cobro que se hace por la indemnización por años de servicios pagadas al trabajador C.G., la parte demandante se limita a señalar que no se respondió por el pago íntegro de la indemnización por años de servicio de este ex trabajador, sin indicar a cuánto asciende la diferencia que reclama, lo que tampoco hace en el petitorio de su demanda.

La parte demandada, a su vez, sostiene que a ella le correspondía pagar indemnización sólo por los años que el trabajador prestó sus servicios a XX2 mientras esta sociedad se desempeñaba como su mandataria, conforme al contrato celebrado entre ambos.

50. Que, en la cláusula 6.1 de los mandatos, se establece que el personal que trabaje en los cementerios será contratado por XX2, bajo su responsabilidad, subordinación y dependencia y sin ningún vínculo con la propietaria de los mismos; y, en la cláusula 6.2 se establece que las indemnizaciones por años de servicio de los trabajadores que se desempeñen en los cementerios, serán de cargo de la propietaria.

Según los antecedentes que obran en autos, es posible constatar los siguientes hechos:

- a) XX2 se hizo cargo de la administración de los parques cementerios en diciembre de 1996 y, como se ha reiterado, era una sociedad jurídicamente existente pero sin movimiento social o comercial alguno.
- b) El señor C.G. fue contratado el 2 de enero de 1997 y, ello no obstante, en su liquidación se le reconoce haber prestado servicios desde el 1° de febrero de 1989.

Atendidos estos hechos, la demanda, por este capítulo, debe ser rechazada por cuanto no se ve razón alguna para que la demandada pague indemnización por años de servicio por un período en el cual el empleado no trabajaba en las labores encomendadas por la mandante.

51. Que la parte demandante alega un incumplimiento contractual de la parte demandada consistente en que ésta no habría agotado los medios de cobranza de créditos en mora después del 30 de abril de 1999, por ofertas, promesas o ventas de sepulturas celebradas por XX2. Esta imputación corresponde a un hecho negativo que corresponde acreditar a la parte que lo invoca, la que no lo hizo, lo que amerita su rechazo.

52. Que, con el objeto de acreditar las pretensiones derivadas del incumplimiento de los contratos celebrados entre las partes, éstas solicitaron un peritaje contable para realizar, el cual, de común acuerdo, se designó a don PE3. Éste, en diferentes oportunidades, se reunió con ambas partes, realizándose sesiones de trabajo en común para los efectos de determinar los antecedentes a entregar e incluso para analizar los entregados. El primer informe rola de fs. 688 a 710 inclusive, del cual se les dio conocimiento a las partes para que formularan las observaciones que estimaran pertinentes. Éstas formularon observaciones, de las cuales se dio traslado a las contrapartes y se solicitó al perito un informe sobre las mismas.

El perito contestó las observaciones de las partes a fs. 769, y, a requerimiento del Árbitro, a fs. 782 y 785, determinó los antecedentes que las partes deberían entregarle para completar su informe, solicitando

una ampliación del plazo, por la extensión del trabajo a realizar. El Árbitro, a petición de las partes, fijó plazo hasta el 30 de abril de 2004 para la entrega de los antecedentes requeridos a las partes y hasta el 20 de mayo para la entrega de la ampliación del informe pericial.

Lo anterior determinó que, en comparendo celebrado el 16 de abril de 2004, que rola a fs. 795, las partes ampliaran el plazo del arbitraje hasta el primero de septiembre de 2004.

El informe final se entregó el día 20 de mayo de 2004, rola a fs. 810 y se agregó a los autos, con citación. Las partes, en uso de la citación, hicieron nuevas observaciones las que el Árbitro tuvo presente.

53. Materias planteadas por la parte demandada:

- a) Establecer si, desde el 1º de enero de 1999 hasta el 20 de abril de 2000, XX2 rindió o no cuenta de todas las cantidades percibidas en su calidad de administradora de los Parques Cementerios TR2 y TR1; y
- b) Si XX2, una vez terminado el contrato de administración, entregó o no a la demandada, la totalidad de los pagos recibidos por la compra de sepulturas a base de cuponeras, teniendo en cuenta que cada una corresponde a un período anual de doce cuotas.

54. Materias planteadas por la parte demandante:

A. Valor de los contratos, sean ofertas, promesas o compraventas de sepulturas, que habiendo sido otorgados antes del 1º de mayo de 1999, con posterioridad fueron objeto de resciliación, modificación o resolución, indicándose en especial, aquellos en que el cliente mismo, un familiar directo, un copropietario, un beneficiario o una persona relacionada, quedaron en la situación del anterior cliente, indicándose si en estos casos se han efectuado pagos a XX2 en razón del acto respectivo.

B. Antecedentes relativos a las retenciones y compensaciones efectuadas por ZZ4 y ZZ3 en sus liquidaciones periódicas a XX2, y especialmente determinar si las cantidades que se retuvieron o compensaron, corresponden a las operaciones de ingresos y gastos que involucran a ambas partes.

C. Monto de los gastos que corresponde reembolsar a XX2 y que están retenidos por ZZ3 y ZZ4, y

D. Oportunidad en que se efectuaron los pagos a XX2 por ZZ4 y ZZ3 terminado el encargo de administrar los cementerios, y determinación de los períodos de retraso en que se ha incurrido al efectuar cada uno de ellos y monto de los mismos.

55. En cuanto al punto a) señalado en el considerando 53, el perito concluye:

En su informe de fs. 769, relativo a las observaciones hechas por ZZ2, explica el sistema que siguió, que fue comparativo de cifras igualitarias y coincidentes tanto en el Libro Mayor como en las cartolas bancarias y por qué se eligieron los meses de enero y junio de 1999 para efectuar la revisión. Señala que en enero de 1999 se estableció que existían depósitos bancarios no contabilizados en ese mes por \$ 3.402.262, suma a la que se le hizo un seguimiento en febrero del mismo año, constatando que de las 62 partidas que conforman esa suma, 34 de ellas por valor de \$ 2.334.042 están debidamente contabilizadas en febrero; que el resto de 28 depósitos por \$ 1.068.220 no significa necesariamente que no fueron ingresadas en otras cuentas.

En el informe final de fs. 810 se indica que se comprobó que del \$ 1.068.220 pendiente antes señalado, \$ 435.031 fueron compensados por ZZ2 a través del descuento de los \$ 30.023.159 realizado a XX2 en 2000, a través de la cuenta contable "Cta. Cte. Otras Cuotas"; del saldo de \$ 633.071, en enero de

1999 se rindió la suma de \$ 9.478 en el comprobante contable con cheque del Banco BO; y, en febrero se rinde a ZZ2 el saldo por \$ 623.593, contabilizado en comprobante contable con cheque del Banco BO. En ambos casos sólo se encontró el comprobante sin documentación de respaldo.

Concluye que de la partida pendiente de \$ 1.068.220 sólo se puede considerar debidamente respaldada la suma de \$ 435.031, siendo insuficiente la documentación presentada por el saldo de \$ 633.071.

En cuanto al punto b) determina que no hay presunciones de que puedan existir recaudaciones no rendidas, salvo las que pudieran haber sido recibidas por ingreso en efectivo y por caja, de lo cual no hay antecedente alguno que justifique que ello haya ocurrido.

56. En resumen, sólo puede darse por establecido que XX2, entre el 1º de enero de 1999 y el 30 de abril de 2000 como administrador de los cementerios, percibió la suma de \$ 633.071 de la cual no ha acreditado haber rendido cuenta. Esta cantidad deberá rebajarse de las sumas que la parte demandada resulte adeudar a la parte demandante.

57. En relación con el punto A del considerando 54, el primer informe pericial indica que, al 30 de abril de 1999, había 7.299 contratos vigentes en TR2 y TR1, de los cuales 741 fueron resciliados, 2.107 resueltos, y 496 reprogramados, lo que significa que un 31% de los contratos originales dejó de tener vigencia.

En el informe de fs. 769, el perito deja constancia que 71 contratos de TR2 y 5 contratos de ZZ4 no fueron considerados porque en el listado entregado por ZZ2 existe duplicidad en el RUT de los contratantes, por lo que no se pudo constatar si existían dos contratos con el mismo RUT.

En el informe final figuran cuadros en los que se señala el porcentaje anual de contratos resciliados, resueltos y reprogramados, desde 1997 hasta 2003, tanto en el cementerio TR2 como en TR1, y el resumen promedio general de ambos.

58. Estos cuadros demuestran que, tanto en el cementerio TR2 como en el TR1, el porcentaje de contratos resciliados y resueltos tuvo un brusco ascenso en los años 1999 a 2001 y hubo una merma ostensible en las reprogramaciones.

Al respecto, no existe en autos antecedente alguno que permita establecer que ello se deba a actuaciones propias de la parte demandada destinadas a evadir el cumplimiento de sus obligaciones para con la parte demandante en cuanto al pago de las comisiones que se establecen en la cláusula duodécima de los contratos de mandato.

59. Ello no obstante, el Árbitro estima que la parte demandante tiene derecho a percibir la comisiones antes indicadas sobre los contratos reprogramados, conforme al informe final del perito que rola a fs. 815, 816 y 817.

Esto, por cuanto no cabe duda alguna que un contrato reprogramado no es un contrato resuelto o resciliado sino que, por el contrario, el mismo hecho de su reprogramación acredita su vigencia. No es posible reprogramar un contrato inexistente. De aquí que los contratos reprogramados mantienen plenamente su condición de contratos celebrados durante la administración de XX2 y, conforme a los términos de la letra A.1 del punto 12.3 de la cláusula 12 de los contratos de mandato celebrados ante el Notario NT los días 4 y 5 de diciembre de 1997, XX2 tiene derecho al 6,5 % de comisión, aplicándose una tasa de actualización del capital y de los intereses incluidos en las cuotas adeudadas, equivalente a la tasa de interés corriente recargada en un cincuenta por ciento.

60. El perito estima que el valor total de los contratos reprogramados en ambos cementerios ascendente a \$ 1.304.779.679, una vez descontados los montos pagados anteriormente, tiene un valor actualizado al 30 de abril de 2004 de \$ 985.963.361, según antecedentes que le proporcionara ZZ1. En todo caso, deberá darse estricto cumplimiento a la forma de reajuste estipulada en la cláusula décima segunda de los contratos de mandato desde la fecha en que debió pagarse la comisión hasta la fecha de su pago efectivo.

61. En relación a los puntos B y C indicados en el considerando 54, el informe final del perito se hace cargo de la observación hecha por la parte demandada, a fs. 756, respecto de las partidas por \$ 1.459.273, \$ 2.555.843 y \$ 2.323.639.

En cuanto a la primera partida por \$ 1.459.273, que XX2 señala que corresponde a reembolso de gastos pagados por ZZ3, el perito concluye que ella no corresponde a ingresos de ninguna especie y por lo tanto representan recuperaciones de egresos realizados precedentemente por ésta, por lo cual el descuento realizado por ZZ2 nunca debió realizarse.

En lo que respecta a la segunda partida por \$ 2.555.843, que según XX2 corresponde a depósitos de cheques a fecha por pago de sepulturas, el perito revisó las cuentas por cobrar sin encontrar coincidencia alguna de los depósitos con el detalle de ellos ni con las rendiciones semanales correspondientes a la fecha de los depósitos, por lo cual concluye que el descuento hecho por ZZ2 por dicha cantidad no merece objeción.

En lo referente a la tercera partida por \$ 2.323.639, que correspondería al comprobante N° 187 de 18 de enero de 1999; ello no pudo establecerse por cuanto en el detalle no se mencionan cifras similares a las de que se trata, sin que pueda asegurarse que los depósitos correspondan a la Caja rendida. De aquí que el perito estime que el descuento de la suma referida por parte de ZZ1 no merece reparo.

62. Respecto de las tres partidas descontadas a XX2 por ZZ2 a que se refiere el cuadro de fs. 705, el informe final señala que las partes, reunidas con el perito el 9 de marzo del presente año, acordaron aceptar el siguiente dictamen pericial:

- La partida por \$ 3.266.372 no debe ser descontada por ZZ2 por no haberse presentado un detalle pormenorizado de las partidas imputadas y tratarse de dineros que el personal percibió dentro de sus remuneraciones.
- La partida por \$ 6.356.910, corresponde a numerosas observaciones detectadas en el pago de remuneraciones, por lo cual su descuento no es objetado.
- La partida por \$ 1.145.344 no cuenta con respaldo suficiente por lo que dicho valor no debe ser descontado por ZZ2.

63. En lo que concierne al punto D. del considerando 54, el perito a fs. 707 y 710 calculó en \$ 428.785 el monto de los intereses que debe la demandada por atrasos, desde mayo de 1999 a enero de 2004 por los montos establecidos a dicha fecha.

El Árbitro accede a la petición de la demandante en cuanto al pago de intereses corrientes sobre las sumas, debidamente reajustadas, que correspondan a comisiones que se han devengado en su favor, más el interés que corra entre la fecha en que debió hacerse cada pago y aquella en que se haga su pago efectivo, con la salvedad que también deberá calcularse sobre las cantidades adeudadas por la parte demandada a la parte demandante determinadas en este fallo y no consideradas por el perito en el cálculo hecho a fs. 707. Estos intereses se seguirán devengando hasta el entero y cumplido pago de todas las sumas adeudadas.

64. Que los demás instrumentos acompañados a los autos, en nada alteran las conclusiones precedentes.

65. En atención a los considerandos precedentes, respecto de las peticiones hechas en la demanda, se concluye:

- I.** La que solicita se ordene a la demandada darle cabal acceso a los sistemas, bases de datos y demás antecedentes relacionados con la administración y explotación de los cementerios TR2 y TR1 hasta el 30 de abril de 1999, ha quedado satisfecha al efectuarse el peritaje por don PE3.
- II.** La que pide se declare que son ineficaces las retenciones y compensaciones unilaterales efectuadas por la contraria: Debe acogerse sólo respecto a las cantidades de dinero retenidas o descontadas por ZZ2 a XX2 por las sumas de \$ 1.459.273, \$ 3.266.372, y \$ 1.145.344, las cuales, según el perito, no debió efectuar ZZ2.
- III.** La que demanda que se establezca que la parte demandada no está facultada para resciliar, resolver o modificar los contratos relativos a ventas de sepulturas celebrados hasta el 30 de abril de 1999 sin su consentimiento, debe rechazarse por improcedente. Ello no obstante, por las razones contenidas en el considerando 59, se da lugar a la petición que, respecto de los contratos reprogramados, se le pague el porcentaje correspondiente, lo que se hará en la forma y por el monto señalado en el considerando 60.
- IV.** Finalmente, en cuanto al pago de intereses corrientes por las sumas debidas y no pagadas oportunamente, corresponde acogerla en los términos establecidos en el considerando 63.

Y, **VISTO** lo dispuesto en los Artículos: 20, 1.437, 1.545, 1.546, 1.560, 1.564, 2.314 y 2.316 del Código Civil y 341, 342, 358 N°s.1, 4, 5, 6 y 7, 411 y 425 del Código de Procedimiento Civil.

SE DECLARA:

EN CUANTO A LAS TACHAS

- 1º.** Se acoge la tacha del N° 4 opuesta a los testigos don O.A., doña J.S., don W.E., doña K.F. y doña S.S.
- 2º.** Se acoge la tacha del N° 1 deducida en contra de don J.R. y la del N° 7 deducida en contra de doña A.S. y doña S.S.
- 3º.** Que se rechaza la tacha del N° 6 opuesta en contra de don W.E., no siendo necesario pronunciarse respecto de la del N° 5 deducida en contra de doña S.S.

EN CUANTO AL FONDO

- 4º.** Se rechaza la excepción de prescripción opuesta a la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual.
- 5º.** Se rechaza la acción deducida a fs.137 y siguientes, en la parte que demanda por responsabilidad extracontractual a ZZ1, ZZ2, ZZ3, ZZ4, ZZ5, ZZ6 y ZZ7.

- 6°.** Se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por ZZ1 a la demanda de indemnización por incumplimiento de contrato.
- 7°.** Se acoge la demanda entablada por XX2 en contra de ZZ1, ZZ2, ZZ3 y ZZ4 por responsabilidad contractual, sólo en cuanto:
- a)** Se declara que la demandada no ha debido retener o compensar las sumas de dinero individualizadas en el considerando 62 las que deberá restituir, debiendo descontarse de ellas la suma de \$ 633.071 que XX2 recibió y de la cual no rindió cuenta según se estableció en el considerando 56;
 - b)** Se condena a la demandada a pagar el porcentaje del 6,5% sobre los contratos reprogramados conforme a lo establecido en el considerando 59;
 - c)** Se condena a la demandada a pagar intereses sobre las cantidades adeudadas en la forma establecida en el considerando 63.
- 8°.** Se rechaza en todo lo demás la demanda de fs. 137 y siguientes.
- 9°.** No habiendo sido vencida totalmente la parte demandada, cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades, considerándose los peritajes como costa común.