

**Andrés Cúneo Macchiavello**

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

Fecha Sentencia: 28 de abril de 2009

**ROL 868**

**MATERIAS:** Operaciones de compra de dólares a futuro – contratos de forward – existencia del contrato – retractación extemporánea – Árbitro mixto, facultades para la apreciación de la prueba – tachas de testigos – mora del deudor – cálculo de perjuicios – tasa de interés.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** El Banco XX deduce demanda de cobro de pesos en contra de la sociedad comercial ZZ, que corresponde a la suma adeudada por no pago del precio pactado en el contrato de compra de dólares a futuro. Solicita el pago del interés moratorio pactado en el contrato.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 346 número 3, 358 números 5 y 6, 384.

Código Civil: Artículos 1.444, 1.551, 1.698, 1.702, 1.712.

**DOCTRINA:**

Que es importante tener en cuenta que, conforme a las normas del contrato marco, que sí fue suscrito por la demandada, ... “El cierre de una operación significa el instante en el cual las Partes manifiestan su consentimiento en forma verbal y cierran a firme un Contrato con arreglo a estas Condiciones Generales, aunque no se haya suscrito de inmediato el correspondiente instrumento”, de modo que el contrato puede encontrarse perfeccionado aunque la contraparte no haya firmado los contratos específicos correspondientes a cada una de las operaciones (Considerando N° 27).

Que todos los antecedentes reseñados en los motivos anteriores constituyen, a juicio de este Árbitro, un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, como exige el Artículo 1.712 del Código Civil, suficientes para dar por establecida la existencia de los dos contratos de futuro celebrados entre el Banco XX y la sociedad ZZ, así como también sus elementos de la esencia, y accidentales, sin perjuicio de aquellos que, dependiendo de su naturaleza, se incorporan sin su necesaria mención, como indica el Artículo 1.444 del mismo Código (Considerando N° 30).

Que establecido lo anterior, y no habiendo probado la demandada el cumplimiento de las obligaciones originadas en tales contratos, debe estimársela en mora desde el día en que debió pagar el precio de la moneda comprada, de acuerdo al número 1 del Artículo 1.551 del Código Civil (Considerando N° 31).

**DECISIÓN:** Se acoge la demanda. No se condena en costas a la parte demandada por haber tenido motivo plausible para litigar.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago, 28 de abril de 2009.

**VISTOS:**

1. Por resolución de fecha 25 de abril de 2008, del Presidente subrogante de la Cámara de Comercio de Santiago, librada a petición del Banco XX, este abogado fue designado Árbitro, a fin de resolver la controversia surgida entre dicho Banco y la Sociedad Comercial ZZ, en relación al contrato

de Condiciones Generales, suscrito por las partes, con fecha 10 de diciembre de 2007, que habilita para efectuar operaciones de compra de dólares a futuro. El Árbitro quedaba investido de las facultades para tramitar el proceso como Arbitrador y para fallar conforme a Derecho. La resolución fue notificada con fecha 20 de mayo de 2007, por el notario de Santiago don NT1, suplente de NT2. En el mismo acto este abogado aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible. Por resolución de fecha 27 de mayo de 2008 el Árbitro declaró constituido el Tribunal, fijando su domicilio en calle DML, Santiago. Atendidas sus facultades de Arbitrador para el procedimiento, el Árbitro no designó actuario. En la misma resolución citó a las partes a un comparendo de conciliación y, para el caso de no producirse ésta, para convenir las reglas del procedimiento. El comparendo tuvo lugar el día 5 junio de 2008, sin que compareciera la sociedad ZZ, razón por la cual el Tribunal debió dictar las reglas de procedimiento, por resolución de 9 de junio, a fs. 41.

**2.** Conforme a las reglas de procedimiento, a fs. 63, comparece don D.C. en representación del Banco XX, en lo sucesivo, indistintamente el Banco y expone que viene en deducir demanda de cobro, con indemnización de perjuicios, por responsabilidad contractual, en contra de ZZ, sociedad del giro de su denominación, representada por don V.H. y doña M.C., ambos domiciliados en calle DML, comuna de Estación Central, Santiago, en lo sucesivo, indistintamente, ZZ o la sociedad.

**3.** Expone que con fecha 10 de diciembre de 2007, ZZ, representada por don V.H., suscribió con el Banco el contrato de Condiciones Generales, que acompaña, que habilita para efectuar operaciones de compra de dólares a futuro, que se denominan habitualmente como forward. Agrega que, con fecha 12 de mismo mes y año ZZ decidió comprar dólares a futuro, de modo que el Banco se comprometió a venderle en 99 días más, esto es, el día 20 de marzo de 2008 la suma de US\$ 83.760, a una precio de \$ 500 cada dólar. Señala que en esa misma fecha el Banco despachó el correspondiente fax de confirmación. Asimismo, agrega, con fecha 13 de diciembre de 2007 el Banco recibió, con la firma de ZZ, un fax de confirmación de la operación. Ese mismo día, el Banco envió, a la sociedad, por correo certificado, el contrato específico de la operación a su domicilio.

**4.** Agrega que el 19 de diciembre de 2007, ZZ decidió comprar a futuro, al Banco, la cantidad de US\$ 94.000 en 92 días más, esto es, al 20 de marzo de 2008 a un tipo de \$ 502 por cada dólar. Con esa fecha el Banco envió el fax de confirmación y el 21 de diciembre de 2007 el Banco recibió el fax de confirmación por parte de ZZ. Ese mismo día el Banco envía a la sociedad, por correo certificado, el contrato específico.

**5.** Desde el 13 de diciembre, hasta el 13 de febrero se llamó periódicamente a los personeros de ZZ, a fin de recuperar firmados los contratos que se le enviaran, sin que hubiera respuesta por parte de la sociedad. El 14 de febrero se logró establecer contacto con el cliente quien se comprometió verbalmente a llevar, a la sucursal del Banco, los contratos específicos debidamente firmados. En los días posteriores y hasta el 3 de marzo no se logró establecer contacto con los representantes de la sociedad. El 4 de marzo se logró un nuevo contacto con el cliente, quien dijo no haber encontrado los contratos específicos y solicitó que se imprimieran nuevamente y se enviaran a la ejecutiva correspondiente, para proceder a su firma. El representante de ZZ, se comprometió a firmar en la oficina de su ejecutiva del Banco, el día 11 de marzo a las 13:00 horas, sin llegar a hacerlo.

**6.** Contactado nuevamente por un representante del Banco, la sociedad se negó a firmar, alegando que, por haber pasado más de diez días desde el origen de la operación, los contratos habían quedado nulos. El Banco negó tal efecto y le indicó que la mora en más de diez días en la firma de los contratos específicos trae aparejada la sanción de que el Banco no volverá a operar en esa línea con el cliente incumplidor, mas no la nulidad.

7. El 17 de marzo se acordó tener una reunión con el cliente, la cual no se realizó. En cambio de ella ZZ envió una carta suscrita por el señor V.H. en la cual expresa que, precisamente para dejar sin efecto la operación, es que se ha abstenido de firmar. Con todo, el 18 de marzo, a dos días del vencimiento del forward, sí tuvo lugar la reunión en la cual la sociedad explicó que no podía soportar el costo adicional de \$ 11.635.744 que se producía al comprar los dólares al precio prometido. El día siguiente el cliente confirmó su decisión de no llevar a efecto la operación.

8. El Banco continúa explicando que ambas operaciones de forward se hicieron bajo la modalidad de entrega física, que consiste en que, al mismo tiempo, debe tener lugar la entrega física de los dólares al cliente y la de los pesos chilenos al Banco, conforme a la equivalencia previamente acordada. Dado que el cliente no dio cumplimiento a sus obligaciones, procedía hacer el cobro bajo la modalidad de compensación, al tipo de cambio observado, produciéndose la diferencia de \$ 11.635.744 a favor del Banco, todo ello de conformidad a las Condiciones Generales del contrato, suscrito por la demandada.

9. Bajo el título de Fundamentos de Derecho, el Banco indica que entre las partes existe un contrato de Condiciones Generales, para operaciones de venta de moneda a futuro, suscrito el 10 de diciembre de 2007. Que en el Artículo 1º de dicho texto, las partes manifestaron su interés recíproco de celebrar uno o más contratos de derivados, en los términos y condiciones estipulados en aquellas condiciones generales y conforme a las estipulaciones que se convinieran en cada uno de los contratos específicos. En las condiciones generales quedó convenido que sus modificaciones, y los contratos acordados conforme a ellas, constituirían una misma relación jurídica y un mismo contrato, que las obligaciones derivadas de cualquiera de ellos tendrían el carácter de conexas, por derivar del mismo contrato y de una misma negociación y que, en caso de conflicto o discrepancias entre las condiciones generales y los contratos específicos, prevalecerían estos últimos.

10. Agrega que en las Condiciones Generales las partes declararon conocer y aceptar: (a) que los contratos de derivados están sujetos al riesgo propio de la variación de los activos subyacentes, durante el período comprendido entre la celebración y el pago; (b) que conocen las complejidades y riesgos de este tipo de transacciones, que antes de suscribirlos los estudiaron debidamente y que, por ello, prescindirían de cualquier información recibida de la contraparte o de sus personas relacionadas; (c) que están conscientes que sus predicciones respecto de las variaciones de los índices económicos pueden resultar erróneas y que sus consecuencias serán de su exclusiva responsabilidad; (d) que cualquier contrato que convinieran verbalmente las partes se regirá por las Condiciones Generales aunque no se suscriba de inmediato el correspondiente instrumento y que las comunicaciones por vía de facsímil, télex o por cualquier otro medio entre la fecha del acuerdo verbal y la suscripción del contrato definitivo, confirmando la operación acordada, constituirá plena prueba respecto de la existencia de la misma y a sus términos y condiciones; (e) que definen convencionalmente que las expresiones “cierre de la operación” significa el instante en que las partes manifiestan su consentimiento en forma verbal y cierran a firme un contrato con arreglo a las Condiciones Generales, aunque no hayan suscrito, de inmediato, el correspondiente instrumento.

11. Continuando con la reseña del contrato, señala que con respecto a las obligaciones de las partes, las Condiciones Generales, en su numeral 4.1, disponen que aquéllas se obligan a efectuar los pagos a que resulten obligados en las fechas establecidas en el respectivo contrato, y en los términos indicados en las Condiciones Generales. La forma de pago convenida es la entrega física.

12. Continúa indicando que conforme al N° 5 de las Condiciones Generales también convinieron que se aceptarían los términos de la oferta de la otra parte, verbalmente, y desde ese instante, se consideraría que se ha producido el cierre de la operación. Conjuntamente con ello, las partes deberán

acordar quién quedará obligado a confirmar la operación, la que se debería prestar a través del sistema electrónico que hubieran acordado. Serán contenido obligado de la confirmación los que sean esenciales al contrato.

**13.** Agrega que sin perjuicio de lo anterior, las partes quedaron igualmente obligadas a celebrar el contrato dentro del plazo que se establece en el Anexo A de las Condiciones Generales ya que, conforme ellas, cualquier anexo firmado que hiciera referencia a esas condiciones se entiende incorporado al contrato, para todos los efectos legales.

**14.** En cuanto a la liquidación de las operaciones, conforme a las Condiciones Generales, ella debe realizarse en la fecha de pago pactada en cada contrato, oportunidad en que se determina la cuantía de las obligaciones de cada una de las partes. En caso de incumplimiento, la cantidad adeudada, comienza a devengar, desde la fecha del pago o de la liquidación anticipada, intereses a razón de la tasa de interés penal que corresponda, para la moneda en que esté expresado el activo subyacente de la obligación de la parte morosa. Todo ello sin perjuicio de los otros derechos que le correspondan a la parte cumplidora conforme a la ley y a las Condiciones Generales.

**15.** Las partes acordaron también –dice el representante del Banco– que las condiciones generales regirán a partir de la suscripción del contrato y que se aplicarían a todos los contratos que, en lo sucesivo, suscribieren. Con todo, las partes quedaron autorizadas para poner término a las condiciones generales, dando aviso a la otra con treinta días corridos de anticipación, contados desde la fecha de terminación señalada por el notificante en el aviso respectivo. La terminación del Contrato de Condiciones Generales no afecta a los contratos en vigencia y pendientes de cumplimiento, los que se regirán por las condiciones generales, hasta su cumplimiento íntegro.

**16.** En la especie –indica la demandante– la demandada suscribió un contrato de Condiciones Generales el 10 de diciembre de 2007 y convino con el Banco dos operaciones sucesivas de compra de monedas a futuro una por US\$ 83.760 y otra por US\$ 94.000 los días 12 y 19 de diciembre de 2007, respectivamente, confirmándolas por fax los días 13 y 20 del mismo mes y año. No obstante, rehusó firmar los contratos respectivos y sólo manifestó su intención de no perseverar en las operaciones con fecha 12 de marzo de 2008, esto es, ocho días antes del vencimiento de las obligaciones y tres meses después de haber acordado ambos forward.

**17.** En consecuencia, dice la demandante, la demandada se retractó extemporáneamente ya que manifestó su voluntad apenas ocho días antes del vencimiento del plazo de la operación, incumpliendo con lo dispuesto en el numeral 18 de las Condiciones Generales, esto es, con treinta días de anticipación, sin perjuicio, además, de la disposición contractual de que las operaciones pendientes, a la fecha de la terminación, deben cumplirse íntegramente.

**18.** En este caso, dice, XX compró las sumas encomendadas por la demandada obligándose ésta a pagarlas el 20 de marzo de 2008 en su equivalente al dólar norteamericano a la fecha de vencimiento de las operaciones.

**19.** Haciéndose cargo de lo dicho por la sociedad, en el sentido de que ella entendía que las operaciones habrían perdido su validez, por haber transcurrido el plazo para suscribir los contratos, indica que es erróneo, ya que el único efecto que puede provocar esa negativa es dar lugar al nacimiento de la facultad exclusiva del Banco para efectuar una liquidación anticipada de la operación, según dispone la letra g del Anexo A de las Condiciones Generales. Reitera que, en ningún caso, tal actitud de la demandada se podría haber entendido como una renuncia o menoscabo a los derechos del Banco.

**20.** Insiste en que la demandada acordó y aceptó las dos operaciones y que no se retractó sino que simplemente se rehusó a firmar los contratos respectivos y no dio el aviso de treinta días aludido más arriba, por ello ha incumplido culpablemente las obligaciones impuestas por el contrato, razón por la cual no puede traspasar al Banco las consecuencias de su incumplimiento. Por el contrario, alega, el Banco trató infructuosamente que cumpliera con sus obligaciones y de cobrar su dinero por todos los medios. En consecuencia la demandada además del capital adeudado por las diferencias producidas con la compensación operada al vencimiento de las operaciones, debe los intereses pactados y los intereses moratorios desde el vencimiento de las operaciones, esto es, desde el 20 de marzo de 2008 o desde el requerimiento judicial, en su caso.

**21.** Concluye solicitando que se tenga por interpuesta la demanda de indemnización de los perjuicios que se traducen en el pago de la suma de \$ 11.635.744, más los intereses penales pactados, más las costas de la causa.

**22.** También conforme a las reglas de procedimiento a fs. 76, comparece don H.M., en representación de la demandada y expresa que contesta la demanda solicitando su rechazo en todas sus partes en razón de las consideraciones que pasa a efectuar.

**23.** Indica que la demandante discurre sobre dos aseveraciones fácticas: La primera de ellas es que el actor sostiene que la demandada decidió comprar dólares a futuro con fecha 12 de diciembre de 2007, obligándose el Banco a vender US\$ 83.700 el 20 de marzo de 2008 al tipo de cambio de \$ 500, y que igual decisión habría tomado su representada el día 19 de diciembre de 2007, obligándose el Banco a venderle US\$ 94.000 a 92 días plazo, es decir, el 20 de marzo de 2008 al tipo de cambio de \$ 502 por dólar.

**24.** Indica que ambos hechos no son efectivos, ya que don V.H., personero de la demandada, jamás acordó con el Banco realizar las operaciones reseñadas. En efecto, dice, que en ambas fechas una ejecutiva del Banco llamó telefónicamente al señor V.H. ofreciéndole los forwards. Añade que si bien el señor V.H. mostró interés, manifestó también cierta reticencia. La ejecutiva insistió y le manifestó que no se preocupara ya que disponía de diez días para firmar los papeles y que si no lo hacía, todo quedaba en nada y la operación no se concretaría.

**25.** Por ello el representante de la demandada nunca convino las operaciones que fundan la demanda, pues según señaló la ejecutiva, de nombre C.L., para que la operación se perfeccionara era necesario que, en el plazo de diez días, firmara los contratos respectivos. Hubo una oferta, dice, pero no fue aceptada y no se llegó a formar el consentimiento.

**26.** Agrega que la demandante ha acompañado un contrato de Condiciones Generales de fecha 10 de diciembre de 2007. Basándose en él la demandante pretende que la demandada prestó su consentimiento verbal para realizar las operaciones en cuestión. Se asila en el texto de la letra f del punto N° 2; en la letra b del punto N° 3 y el punto N° 5 del Contrato de Condiciones Generales.

**27.** Comenta que un contrato suscrito con fecha 10 de diciembre de 2007 difícilmente puede servir para acreditar dos hechos futuros, cuales son que en los días 12 y 19 de diciembre de 2007, las partes convendrían verbalmente la suscripción de las dos operaciones forward. El referido contrato simplemente permite que tales operaciones se acuerden verbalmente, pero no indica que sea el único procedimiento, ni permite acreditar que las partes hayan acordado tales operaciones.

**28.** Agrega que en el propio contrato de Condiciones Generales, en su punto 1 sobre antecedentes e interpretación, letra a, se indica que las operaciones forward se registrarán por los términos convenidos

por las partes en cada uno de los contratos particulares y que en caso de conflicto con las Condiciones Generales prevalecerán las disposiciones del contrato particular. De lo anterior se sigue que si la demandante, luego de la suscripción de las Condiciones Generales, ofreció un plazo de diez días para suscribir el contrato y que si no hacía así, la operación no se concretaba, estas últimas estipulaciones prevalecen sobre las generales.

**29.** Continúa indicando que la demandante se vale de dos fax que señalarían que la demandada convino con el Banco en las operaciones. Hace presente que tales documentos son simples copias fotostáticas, esto es, ni siquiera son instrumentos privados firmados por la demandada, como sí lo es el contrato de Condiciones Generales. La demandante tenía conciencia de tal circunstancia pues, en el hecho, los acompañó sólo con citación y no bajo el apercibimiento del N° 3 del Artículo 346 del CPC.

**30.** Hace presente que para el caso que la firma puesta en las fotocopias fuera del señor V.H. –quien no se encuentra en condiciones de afirmar ni negar que las firmas sean suyas– hay que tener en cuenta que los fax sólo dan noticia de las condiciones contenidas en la oferta del vendedor pero no que el señor V.H. haya prestado su consentimiento a las operaciones.

**31.** El relato del propio demandante, dice, permite presumir la veracidad de sus propias afirmaciones. En efecto, desde el punto 3 al 16 de los acápites de la demanda, relativos a los hechos, que abarcan lo ocurrido entre el 22 de diciembre de 2007 y el 20 de marzo de 2008, se deja constancia que, a lo único que se dedicó el demandado, fue a dejar en claro que no deseaba suscribir los contratos específicos, de lo que se puede inducir que no puede ser efectivo que tres días antes, los días del 19 de diciembre y el 12 del mismo mes, haya prestado su consentimiento a su celebración.

**32.** Existe un hecho revelador al respecto, dice. Dentro de las condiciones ofrecidas por la ejecutiva del Banco estaba la posibilidad de prorrogar por tres veces, dentro del transcurso de un año, las fechas de vencimiento de los forwards. Tan es así que en una reunión sostenida con el Banco, el día 18 de marzo de 2008, la demandada, informada por el Banco que las operaciones vencerían el 20 de aquel mes, una vez más manifestó su negativa a concretar la operación, argumentando, según indica el propio actor, que no estaba en condiciones de soportar el costo adicional de la diferencia de cambio. Esta negativa la reiteró telefónicamente el día siguiente y la repitió el propio 20 de marzo. La demandada se pregunta, si hubiera sido efectivo que esa parte hubiera consentido en la operación, ¿por qué simplemente no prorrogó la operación a la espera de una mejor tasa de cambio? De ser efectiva la versión del Banco y teniendo en cuenta que ello no le significaba costo, no hay explicación lógica para la negativa de la demandada de no prorrogar las operaciones. La sociedad hace presente, además, que este tipo de operaciones es de reciente introducción en nuestro mercado y que el demandado hasta el momento que se la ofrecieron no tenía conocimiento de ellas.

**33.** Indica que en tal circunstancia fue la demandante quien ofreció la operación, que ella fue quien fijó las condiciones y que era obligación suya entregar la información necesaria para que su contraparte no incurriera en error. Nada de eso hizo.

**34.** Concluye solicitando que se tenga por contestada la demanda y que sea rechazada en todas sus partes, declarando que no existió consentimiento por parte de su representada.

**35.** Por resolución de fecha 31 de julio de 2008, escrita a fs. 84, el Tribunal recibió la causa a prueba fijando los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

**36.** Las partes acompañaron los siguientes documentos, todos los cuales se agregaron al cuerpo del expediente:

a fs. 5: Contrato de Condiciones Generales y anexos, Banco XX y Sociedad ZZ, de 10 de septiembre de 2007;  
a fs. 25: Resumen Situación Incumplimientos forward;  
a fs. 26: Banco XX: Confirmación de operación a futuro de moneda extranjera de 19.12.07, copia fotostática;  
a fs. 27: Banco XX: Confirmación de operación a futuro de moneda extranjera de 12.12.07, copia fotostática;  
a fs. 28: Copia de carta de don V.H. al Banco XX de fecha 12.03.08;  
a fs. 36: Copia de la escritura pública de fecha 27 de marzo de 2007, personería de don D.C. y otros por XX;  
a fs. 46: Fotocopia de la escritura pública de fecha 17 de enero de 2005, constitución de la sociedad ZZ;  
a fs. 50: Fotocopia de la protocolización del extracto de la sociedad ZZ;  
a fs. 72: Banco XX: Confirmación de operación a futuro de moneda extranjera de 19.12.07, copia fotostática;  
a fs. 73: Banco XX: Confirmación de operación a futuro de moneda extranjera de 12.12.07, copia fotostática;  
a fs. 104: Copia autorizada de operación forward nominal US\$-Pesos de 12.12.2007;  
a fs. 105: Copia autorizada de operación forward nominal US\$-Pesos de 19.12.2007;  
a fs. 106: Copia autorizada del Diario Oficial de 12 de diciembre de 2007;  
a fs. 107: Copia autorizada del Diario Oficial de 19 de diciembre de 2007;  
a fs. 108: Copia autorizada del Diario Oficial de 20 de diciembre de 2007;  
a fs. 120 y siguientes: Certificación notarial correspondiente el contenido de la comunicación de 19 de diciembre de 2007 entre C. y V.

**37.** Las partes rindieron prueba testimonial. Por la demandante prestaron declaración doña C.L., a fs. 126 y don R.Q. a fs. 131. Por la demandada, don L.B. a fs.144 y don S.M.

**38.** Se rindió la prueba de posiciones a requerimiento del Banco, por el representante legal de la sociedad, don V.H. a fs. 141, de acuerdo al pliego que rola a fs. 139.

**39.** El día 30 de diciembre de 2008, en presencia del Notario de Santiago don NT3 y del representante de la parte demanda, el Árbitro cotejó el texto de la transcripción de la conversación atribuida por el Banco a don V.H. y doña C.L., que habría tenido lugar el día 19 de diciembre del año 2007, que rola a fs. 111 y siguientes, con la versión grabada de dicha conversación en el soporte computacional que se encuentra en custodia del referido Notario. El acta de la audiencia rola a fs.150.

**40.** Con fecha 8 de abril, el Tribunal, a fs.151 citó a las partes para oír sentencia.

## **CONSIDERANDO:**

### **EN CUANTO A LAS TACHAS**

**Primero.** Que la demandada tachó a los dos testigos presentados por el demandante, doña C.L. y don R.Q. por las causales 5ª y 6ª del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en razón de ser dependientes del Banco XX y carecer de la necesaria imparcialidad para deponer como testigos.

**Segundo.** Que la dependencia resulta obvia y fue reconocida por ambos testigos, sin que se haya podido establecer su parcialidad a favor de la parte demandante que los presenta.

**Tercero.** Que en razón de lo dicho, este Árbitro declarará, en lo resolutivo de la sentencia, la existencia de la causal quinta del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, no desconocerá totalmente el mérito probatorio de las deposiciones de estos testigos, sino que le atribuirá el valor base de presunción judicial, fundado en lo dispuesto en la regla segunda del Artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, interpretada a contrario sensu.

#### EN CUANTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL

**Cuarto.** Que atendida la naturaleza y variedad de los documentos acompañados por las partes en esta litis y la distinta significación que tienen para la resolución del juicio, en el análisis que se efectuará de la prueba, sólo se hará referencia a aquellos documentos que resultaren relevantes y se considerará, en cada caso, el mérito probatorio que se les atribuya.

#### EN CUANTO AL FONDO

**Quinto.** Que el Tribunal estima conveniente, antes de iniciar su análisis de los hechos y del derecho aplicable, aclarar que, en su condición de Árbitro Mixto, tiene las facultades de Arbitrador para tramitar la causa, pero debe ajustarse a Derecho para la apreciación de la prueba y para decidir sobre el fondo de la disputa. Así surge del texto del inciso primero del Artículo 628 del Código de Procedimiento Civil, que en lo pertinente dice: “Los Árbitros de Derecho (y este sentenciador tiene tal carácter, para decidir sobre el fondo de esta litis, como se ha dicho) se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida”.

**Sexto.** Que así lo estima don Patricio Aylwin en su tratado sobre el arbitraje<sup>1</sup> y lo fundamenta con una sentencia de la Corte Suprema que expresa, con respecto a este punto: “*el Árbitro Mixto en la dictación de la sentencia debe someterse estrictamente a la ley, pues las características y facultades de tal naturaleza están determinadas en la ley a través del Artículo 223 del Código de Orgánico de Tribunales Civil, dicha aplicación debe entenderse referida tanto a los preceptos de fondo como a las reglas de apreciación de la prueba. Tratándose del Árbitro Mixto, no es lícito para las partes, como sería en el caso del Árbitro Arbitrador, sustraerse al imperio legal y otorgarle al Árbitro facultades distintas a las que establece la ley, de lo que se sigue que es contrario a derecho convenir que un Árbitro Mixto apruebe la prueba en conciencia*”.

**Séptimo.** Que este juicio tiene por objeto determinar si acaso la demandada, la sociedad ZZ, adeuda al Banco XX la suma de \$ 11.635.744 que correspondería al Banco como resultado de dos operaciones forward de dólares norteamericanos, que habría convenido aquélla con el Banco, los días 12 y 19 de diciembre de 2007, dentro del contrato marco de Condiciones Generales suscrito por las partes, el día 10 de diciembre del mismo mes y año. Todo ello con más intereses y costas.

**Octavo.** Que la suma referida en el motivo anterior surge, según expresa el Banco en su demanda, de la diferencia que se produce entre el valor que la demandada había convenido pagar, de \$ 502 y \$ 503 respectivamente, en cada una de las operaciones referidas en el motivo anterior, por cada dólar, al momento de vencimiento del contrato, esto es, al 20 de marzo de 2008, en circunstancias que, para entonces, el valor de la divisa ascendía solamente a \$ 435,60.

<sup>1</sup> Aylwin, Azócar Patricio, El Juicio Arbitral, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, página 116. La sentencia citada corresponde a la Corte Suprema, R. de Derecho y Jurisprudencia tomo 97, 2000, sec. 1ª p 1.

**Noveno.** Que la diferencia antes indicada se ocasiona en razón de que el Banco –según el mismo explica– debió adquirir dólares, los días 12 y 19 de diciembre de 2007, a su valor de mercado, para respaldar su obligación de venderlos a ZZ, al precio de \$ 502 y \$ 503, al momento del vencimiento del contrato. En razón de que ZZ no cumplió con su obligación de comprar los dólares prometidos, el Banco debió liquidar esas divisas al precio de mercado vigente entonces de \$ 435,60, por dólar experimentando la pérdida indicada en el motivo precedente.

**Décimo.** Que las partes están de acuerdo con respecto a la existencia del Contrato de Condiciones Generales, suscrito por ellas con fecha 10 de diciembre de 2007, y no se ha planteado controversia acerca de su contenido. Sí existen, en cambio, opiniones encontradas en cuanto a que se hayan perfeccionado los dos contratos específicos o particulares, por medio de los cuales se perfeccionarían los contratos forward que se contraerían al amparo del contrato marco.

**Undécimo.** Que este es el núcleo de la cuestión planteada ya que si se logra establecer que las partes convinieron en los contratos particulares, nace la responsabilidad para ZZ, en razón de no cumplir con las obligaciones contraídas por medio de ellos, abarcando no sólo lo que se estipula en dichos contratos, sino también todo lo que, en esta situación, resultara aplicable del contrato marco.

**Duodécimo.** Que corresponde, en consecuencia, examinar la prueba producida para determinar si, en la realidad, llegaron o no a existir dichos contratos y si ellos lograron crear la obligación de la demandada de comprar, en su momento, las divisas objeto del contrato.

**Decimotercero.** Que en definitiva, de lo que se trata es que el demandante debe probar la existencia de las obligaciones que gravarían a ZZ para con XX. El peso de la prueba corresponde a la demandante, ya que, como dispone el Artículo 1.698 del Código Civil: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". En lo que sigue se examina en particular la prueba producida por la demandante. Sólo si se dieran por establecidas dichas obligaciones, correspondería al demandado cumplir con ellas o probar su extinción.

**Decimocuarto.** Que, como se dijo, la existencia del contrato marco, su contenido y las posibles obligaciones que emanan de su texto están fuera de discusión y no constituyen hechos controvertidos. Su texto se encuentra acompañado a fs. 5 y siguientes y no ha sido objeto de objeción alguna. Tiene el valor de escritura pública según dispone el Artículo 1.702 del Código Civil ya que se trata de un documento reconocido por ZZ dado que se ha hecho valer en su contra y no ha sido objetado. La controversia, en este aspecto, se reduce, en consecuencia, a determinar si, al amparo del contrato marco, se generaron las obligaciones cuyo cumplimiento demanda el Banco. A ello se limitará este sentenciador, procediendo según las reglas legales de apreciación de la prueba, en razón de ser en este aspecto, un Árbitro de Derecho, según determinaron las partes.

**Decimoquinto.** Que en cuanto a los documentos, el Banco acompañó, a fs. 5, como se ha dicho, en primer lugar, el texto del llamado Contrato de Condiciones Generales, instrumento privado de fecha 10 de diciembre de 2007, cuya fuerza probatoria es la de una escritura pública. Este instrumento regula detalladamente las obligaciones de las partes y crea convencionalmente ciertos mecanismos, de voluntad tácita, que buscan formalizar sus acuerdos, de un modo más eficiente que la específica escrituración. Este último procedimiento, hay que reconocerlo, no es muy compatible con las dinámicas de los negocios de nuestro tiempo.

**Decimosexto.** Que la demandante acompaña también dos textos, a fs. 72 y 73, que corresponden a algún procedimiento de reproducción fotográfica, emanados del Banco, titulados "Confirmación de operación a futuro en moneda extranjera", de fechas 12 y 19 de diciembre de 2007, que corresponderían a las dos

operaciones que la demandante alega que realizó con la sociedad demandada. Ambos contienen dos firmas ilegibles que se atribuyen, por el Banco, a su propio representante y al de la sociedad ZZ. Estos documentos sólo se acompañaron con citación, y la firma que aparece en ellos no fue ni reconocida ni objetada por la demandada.

**Decimoséptimo.** Que a fs. 104 y 105, el Banco acompaña fotocopias autorizadas notarialmente de dos documentos titulados “Operación forward nominal US\$-Pesos”, emitidos por el mismo Banco, que corresponden a procedimientos internos, que bajo la firma de la operadora de la mesa de dinero C.L. y del jefe de la mesa de dinero, dan cuenta de la operación convenida en las mismas fechas, con la sociedad demandada. Este documento no recibe objeción por parte de la demandada.

**Decimoctavo.** Que a juicio de este Árbitro, ninguno de los documentos reseñados en los dos motivos anteriores tiene fuerza probatoria autónoma. Con todo hay que reconocer que, aunque no emanan de la demandada, son graves, por su contenido, precisos y guardan estrecha concordancia entre sí de modo que constituyen base de una presunción judicial acerca de la efectiva celebración de los contratos específicos.

**Decimonoveno.** Que a fs.109 y siguientes rola un certificado emitido con fecha 23 de septiembre de 2008, por el Notario de Santiago don NT3, quien expresa que en la fecha indicada... “a solicitud de doña C.L., funcionaria de la Subgerencia Legal Corporativa de XX, procedo a escuchar “Comunicación telefónica, gravada en un pendrive que se me envió, entre dos personas que se identifican como C. y V., con fecha 19 de diciembre del año 2007, conversación que se llevó a efecto en el número telefónico 0000, según se me informó. El tenor de la grabación consta en cinco hojas escritas que se acompañan a esta Acta, formando parte de ella. Se deja constancia que el pendrive se guarda en un sobre cerrado y sellado en la bóveda de este oficio. Doy Fe”.

**Vigésimo.** Que la grabación referida en el considerando precedente se realizó, según el Banco, dentro del sistema previsto en el Contrato de Condiciones Generales, para dar por establecida la formación del consentimiento, –o cierre, como lo denomina el Banco– de las operaciones que la institución realiza por vía telefónica, o por alguno de los otros medios que se indican, todo ello de conformidad a lo estipulado en la letra f de la sección A del número 2 de su texto ya referido.

**Vigésimo primero.** Que la prueba aludida en los dos motivos precedentes, tampoco permite establecer ningún hecho por sí sola. A juicio de este sentenciador, en la especie, no se dan las condiciones mínimas para atribuir al señor V.H. la autoría de tales declaraciones. Con todo, ella informa sobre circunstancias concordantes con hechos ya reseñados y, en algún grado, acrecienta el convencimiento sobre la existencia de las operaciones y, especialmente, de sus singulares características.

**Vigésimo segundo.** Que el aporte de los testigos de la demandante se ve disminuido por la causal de tacha que los afecta, cual es su condición de dependientes del Banco. Hay que reconocer, con todo, que sus testimonios son concordantes con la prueba documental, que declaran con conocimiento de causa y que su testimonio parece verídico en los términos de la regla 1ª del Artículo 384 del Código de Procedimiento Civil. No puede dejar de mencionarse, por lo demás, que siempre que hay hechos relevantes en un juicio que se han desarrollado al interior de una entidad, empresa o establecimiento, no es fácil encontrar testigos a quienes no les afecte la causal de tacha de la dependencia o interés en el pleito y, sin embargo, su testimonio, a la luz de las circunstancias del hecho, puede ser esencial y, además, veraz. A juicio de este Árbitro, este es el caso.

**Vigésimo tercero.** Que los testigos de la demandada, señores L.B. y S.M. son demasiado imprecisos en lo tocante a los hechos que dicen haber presenciado, por lo que se prescindirá de sus dichos.

**Vigésimo cuarto.** Que en la absolución de posiciones del representante legal de ZZ, el señor V.H., niega la celebración del contrato de futuro que fundamenta la demanda del Banco. Siendo consistente con todos sus dichos en orden a que se resistió a suscribir los contratos específicos que habría formalizado su relación con el Banco conforme a los términos de la letra f de la sección A del número dos del contrato marco. Con todo, en las respuestas dadas a las preguntas 4, 6, 7 permiten inducir que hubo consentimiento de su parte a lo que denomina la reserva de divisas que haría el banco, como consecuencia de la negociación que había hecho con aquél.

**Vigésimo quinto.** Que, en efecto, frente a la pregunta número 4 del pliego que solicita al confesante: “Diga cómo es efectivo que usted acordó dos operaciones de forward con el Banco XX los días 12 y 19 de diciembre de 2007”, su respuesta es: “No es afectivo. Motivo por el que no se concretó la operación, sólo hubo una reserva de forward. Se reservaron unos dólares”. La misma contestación da a las preguntas 6 y 7 que inquietan acerca de las dos operaciones que habría hecho el demandado, los días 12 y 19 de diciembre de 2007. Su respuesta es que no realizó tales operaciones y que se trató de... “una reserva que se hizo”.

**Vigésimo sexto.** Que en términos no técnicos o corrientes, no es muy diversa una operación forward a la reserva de una suma de moneda extranjera para poder disponer de ella en una fecha futura, por cierto que a un precio que se pacta. De modo que miradas las cosas con esta perspectiva, las respuestas del personero de la demandada, en definitiva, no puede interpretarse como una negativa absoluta y, aunque precaria, crean una cierta relación entre esta declaración y el diálogo desarrollado entre los supuestos V. y C. del certificado notarial de fs. 109 a que se ha aludido más arriba.

**Vigésimo séptimo.** Que es importante tener en cuenta que, conforme a las normas del contrato marco, que sí fue suscrito por la demandada, ...“El cierre de una operación significa el instante en el cual las Partes manifiestan su consentimiento en forma verbal y cierran a firme un Contrato con arreglo a estas Condiciones Generales, aunque no se haya suscrito de inmediato el correspondiente instrumento.”, de modo que el contrato puede encontrarse perfeccionado aunque la contraparte no haya firmado los contratos específicos correspondientes a cada una de las operaciones (letra b del capítulo 3 de definiciones del contrato marco).

**Vigésimo octavo.** Que consistentes con lo anterior son las reglas relativas a la celebración de los contratos del capítulo quinto del contrato marco, consignadas bajo el título de “Celebración del Contrato” y, particularmente aquellas se titulan de “Aceptación tácita; el deber de confirmar”. Conforme a ellas ...“Las partes declaran conocer y aceptar que por la rapidez con que deben convenirse los términos de los Contratos que se acuerden, se aceptarán los términos de la oferta de la otra parte verbalmente y se considerará desde ese instante que se ha producido el Cierre de la Operación. Conjuntamente con el Cierre de la Operación, las partes deberán acordar la parte que tendrá el deber de confirmar la operación (parte confirmante). La parte que asuma dicho deber enviará por facsímil a la contraparte, y en la misma fecha de Cierre de la Operación respectiva, una confirmación con los términos del contrato celebrado”.

**Vigésimo noveno.** Que no obstante el escaso valor probatorio que se ha atribuido aisladamente a los documentos que rola a fs. 72 y 73, denominados de Confirmación de Operación a Futuro en Moneda Extranjera, ellos corresponden a los descritos en los motivos anteriores, lo que contribuye a fortalecer la versión del demandante en torno a que los contratos específicos sí tuvieron lugar entre las partes, no obstante el desconocimiento que de ellos, hace la demandada. El mismo sentido declaran los testigos del Banco señora C.L. a fs. 129 y señor R.Q. a fs. 133. Estos documentos constituyen así, otra de las bases de una presunción judicial acerca de la celebración del contrato marco y del cierre de las dos operaciones efectuadas a su amparo.

**Trigésimo.** Que todos los antecedentes reseñados en los motivos anteriores constituyen, a juicio de este Árbitro, un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, como exige el Artículo 1.712 del Código Civil, suficientes para dar por establecida la existencia de los dos contratos de futuro celebrados entre el Banco XX y la sociedad ZZ, así como también sus elementos de la esencia, y accidentales, sin perjuicio de aquellos que, dependiendo de su naturaleza, se incorporan sin su necesaria mención, como indica el Artículo 1.444 del mismo Código.

**Trigésimo primero.** Que establecido lo anterior, y no habiendo probado la demandada el cumplimiento de las obligaciones originadas en tales contratos, debe estimársela en mora desde el día en que debió pagar el precio de la moneda comprada, de acuerdo al número 1 del Artículo 1.551 del Código Civil.

**Trigésimo segundo.** Que la demandante ha reclamado, como perjuicios, la suma de dinero que resulta de comparar el precio a que ella debió vender, a terceros, los dólares adquiridos en razón de los contratos que originan este juicio y el precio vigente en el mercado al momento que los adquirió. De haber cumplido con su obligación de pagar el precio convenido, la demandante no habría experimentado perjuicio alguno.

**Trigésimo tercero.** Que en razón de que las sumas adeudadas se expresaron en dólares norteamericanos y que el valor de esta moneda se establece por un sistema de cálculo y publicidad, regido por el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile, resulta perfectamente posible determinar el monto de los perjuicios. Ellos surgen de comparar los valores correspondientes a los días 12 y 19 de diciembre de 2007 y 20 de marzo de 2008 publicados en los números del Diario Oficial correspondientes a las mismas fechas y multiplicar la diferencia así determinada por el número de dólares correspondiente a cada una de las dos operaciones.

**Trigésimo cuarto.** Que, en efecto, el valor publicado para el dólar norteamericano, el día 12 de diciembre ascendió a \$ 497,50 y el día 19, a \$ 499,02. Por su parte, el valor de la misma moneda para el día 20 de marzo, día del vencimiento de las operaciones, fue de \$ 435,40. El monto de la primera operación alcanzó a US\$ 83.760 y el de la segunda a US\$ 94.000. Todo lo anterior determina, como adeudado, a la fecha de la mora, la suma total de \$ 11.181.776. Así consta de los documentos de confirmación de fs. 73 y 74 que son enteramente consistentes con los que dejan constancia de la operación, de fs. 104 y 105, a los cuales ya se ha hecho referencia en este fallo. Por todas estas razones, en lo resolutive de esta sentencia se condenará a la sociedad ZZ pagar la suma de \$ 11.181.776.

**Trigésimo quinto.** Que por haberse solicitado así en la demanda, a la suma referida deberán agregarse los intereses por la mora, desde el día del vencimiento, esto es, del 20 de marzo de 2008, y hasta el día del pago efectivo. Dicha tasa se calculará aplicando la tasa de interés penal, definida bajo la letra q del punto 3 del contrato marco, que corresponde a “La tasa de interés máxima permitida en Chile por la ley estipular para operaciones de crédito de dinero expresadas y/o reajustables en la misma moneda o unidad reajutable en que se encuentre expresado el activo subyacente de la parte obligada a pagar dicha Tasa de Interés Penal”. Se condenará, en consecuencia, a la demandada pagar los intereses referidos, a título de interés moratorio.

**Trigésimo sexto.** Que en lo que toca a las costas, por estimar este Árbitro que la parte demandada tuvo motivo plausible para litigar se resolverá que cada parte deberá cargar con las suyas. Así se dispondrá en lo resolutive.

Y teniendo presente lo dispuesto en los Artículos 1.444, 1.545, 1.547, 1.551 N°1, 1.559, 1.560 a 1.566, 1.698 y 1.712 del Código Civil; 223, 346 N°3, 348, 358, 426 y 628 del Código de Procedimiento Civil; y 222 y 223 del Código Orgánico de Tribunales,

**RESUELVO:**

**EN CUANTO A LAS TACHAS**

Que se acogen las tachas interpuestas en contra de los testigos de la demandante, señores R.Q. y C.L.

**EN CUANTO A LAS PETICIONES DE LA DEMANDA**

- 1°. Que se acoge la demanda de cobro de pesos por la suma de \$ 11.181.776 que corresponde a la suma adeudada por la demandada en razón de no haber concurrido al pago del precio del contrato.
- 2°. Que se acoge la demanda en cuanto ella solicita el pago del interés moratorio por lo que se condena a la demandada a pagarlo, según la tasa convenida en el contrato y por el período comprendido entre el 20 de marzo de 2008 y el día del pago efectivo.
- 3°. Que no se acoge la petición de condenar en costas a la demandada, por haber tenido, a juicio de este Árbitro, motivo para litigar.
- 4°. Que se designa al notario NT4 de Santiago para autorizar la presente sentencia y para otorgar copias autorizadas de la misma.

Resolvió don Andrés Cúneo Macchiavello, Juez Árbitro.