

Olga Feliú Segovia

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 19 de diciembre de 2005

ROL 515

MATERIALES: Contrato de auspicio publicitario – cumplimiento parcial –restitución de una parte del precio – excepción de contrato no cumplido – cláusula penal – tachas de testigos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX dedujo demanda en contra del señor ZZ, alega múltiples incumplimientos del contrato de auspicio publicitario. Solicita al Tribunal Arbitral que declare resuelto el contrato y condene al demandado a restituir una parte del precio ya pagado y a pagar la indemnización por concepto de cláusula penal. ZZ niega la magnitud de los incumplimientos que se le imputan y aduce la excepción del contrato no cumplido. En el evento de que el Tribunal considerara que ha existido un incumplimiento parcial del contrato, solicita se rebaje considerablemente el monto demandado. ZZ deduce una demanda reconvenzional, en la cual solicita el pago de un monto adeudado por XX en virtud del contrato.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 144, 160, 358 números 4 y 5, 636, 637, 640.

Código Civil: Artículos 1.489, 1.535, 1.539, 1.545, 1.546, 1.698.

DOCTRINA:

Habiéndose pactado por las partes que la obligación de XX era pagar la suma única y total de \$ 25.000.000, por el total del contrato, y, habiéndose cumplido de manera parcial el contrato por la parte del señor ZZ en lo que dice relación con la obligación de efectuar eventos para niños, se concluye que a XX le corresponde pagar el 50% del precio pactado en el contrato, esto es, \$ 12.500.000, por la parte relativa a los rally (Considerando N° 8).

En la cláusula séptima del contrato, las partes pactaron una cláusula penal que asciende a la suma de \$ 20.000.000, para el evento que el señor ZZ no diera cumplimiento a las obligaciones pactadas en el mismo. Que, habiéndose cumplido el contrato por el señor ZZ sólo en forma parcial, se hace aplicable en la especie el Artículo 1.539 del Código Civil, correspondiendo rebajar la cláusula penal a la suma de \$ 9.530.000. (Considerando N° 10).

DECISIÓN: Se acoge en forma parcial la demanda principal, se rechaza la demanda reconvenzional. No se condena en costas a la parte demandada por tener motivo plausible para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS:

A fs. 1, los señores C.N. y B.L., en su calidad de representantes de la sociedad XX, todos domiciliados para estos efectos en Santiago, en DML, exponen que se encuentran interesados en someter la siguiente diferencia al mecanismo de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, siendo su contraparte don ZZ, comerciante, domiciliado en Santiago, en DML.

Señalan que el arbitraje recae en un contrato de auspicio publicitario celebrado por las partes en virtud del cual el señor ZZ se obligó a participar con su equipo de rally en las carreras de la Federación de Automovilismo de Chile, y a organizar y realizar la promoción S.R.H.W. Que se pactaron en el mismo instrumento, la forma y las condiciones en que el señor ZZ debía cumplir sus obligaciones.

Agregan que han surgido dificultades entre las partes con motivo del incumplimiento del contrato por parte del señor ZZ, por lo que solicitan la designación de un Árbitro que dirima la controversia. Añaden que la cuantía del asunto que se somete a arbitraje es, hasta esa fecha, de aproximadamente 2.602 Unidades de Fomento.

A fs. 29, el 14 de marzo de 2005, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, resolvió designar Árbitro Arbitrador a la señora Olga Feliú Segovia, para que se aboque a conocer y resolver la controversia existente respecto de la aplicación del contrato de 6 de septiembre de 2004.

A fs. 32, el 30 de marzo de 2005, se notificó personalmente a la señora Olga Feliú Segovia, la designación precedente, quien aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

A fs. 35, se tuvo por constituido el compromiso y se llamó a las partes a comparendo con el objeto de acordar normas sobre procedimiento y otras particulares del compromiso.

A fs. 38, se realizó el comparendo con asistencia de ambas partes, fijándose las normas de procedimiento, designando actuario al abogado señor AC1 y, en su reemplazo, al abogado señor AC2. A fs. 64, los señores B.L., de profesión ingeniero y C.N., de profesión economista, en representación de XX, empresa distribuidora de juguetes domiciliada en Santiago, en DML, deducen demanda de resolución de contrato por incumplimiento, cobro de cláusula penal y otros, contra el señor ZZ, empresario, domiciliado en Santiago, en DML, con el fin de que, en definitiva, se declare resuelto el contrato, condenando al demandado a pagar a XX, la suma de \$ 39.040.000 que se desglosa del siguiente modo:

- a) \$ 19.040.000 correspondientes a la restitución de la parte del precio ya pagada por XX ascendente a \$ 16.000.000 más IVA; y
- b) \$ 20.000.000, correspondientes a la cláusula penal pactada, más intereses y costas.

Fundan su demanda en que, por instrumento privado de 6 de septiembre de 2004, firmado ante el Notario de Santiago señor NT1 y Addendum de 7 de septiembre de 2004, la empresa XX y el señor ZZ, convinieron en un contrato en el que ambas partes contrajeron obligaciones recíprocas.

Que el señor ZZ contrajo, entre otras obligaciones, la de organizar y realizar promociones dirigidas a niños entre cinco y doce años de edad, denominadas S.R.H.W. consistentes en competencias con productos H.W. (autos, pistas de carrera, etc.), que debían realizarse desde la fecha de celebración de dicho contrato y hasta el 31 de diciembre de 2005, en diferentes colegios o en otros lugares autorizados por XX.

Señalan que se estipuló que en la totalidad del período señalado, el señor ZZ debería realizar a lo menos 20 eventos o promociones para niños, debiendo completar durante el año 2004, a lo menos dos.

Agregan que en la cláusula segunda, número II), letras b.1) a b.15), las partes pactaron la forma y condiciones en que el demandado debía realizar los eventos o promociones para niños.

Que se acordó la duración máxima de cada promoción o evento que debía exhibir el automóvil que participaría en el rally con los logos de la marca H.W., así como el material publicitario de la marca H.W. que debía ocuparse.

Señalan que dicho material –costeado por XX como se verá a continuación– consistía en instalar al menos una carpa de cinco puntas con una superficie no menor a 30 metros cuadrados; instalar al menos 10 lienzos de 3 metros por un metro; y, 10 pendones, todos con la imagen publicitaria de H.W.

Que, para acreditar el número de eventos o promociones realizados conforme con lo convenido, se estipuló que al final de cada evento, un encargado de marketing de XX, firmaría un recibo al señor ZZ en señal de conformidad.

Que en la oportunidad convenida en el contrato y en el Addendum, XX entregó al señor ZZ \$ 3.000.000 más IVA para que cumpliera con la obligación de proveer todo el material publicitario, tanto para los automóviles, como para sus pilotos y eventos infantiles.

Agregan que en cuanto a las obligaciones de su representada, en la cláusula cuarta del contrato, XX se obligó a pagar al señor ZZ la suma única y total de \$ 25.000.000 más IVA, de los cuales \$ 16.000.000 más IVA fueron pagados.

Que, de acuerdo con lo convenido en la cláusula sexta, por cada evento o promoción que el señor ZZ no efectuara o no realizara en los términos acordados, cualquiera fuera la razón, se rebajaría un millón de pesos del precio convenido (\$ 25.000.000 más IVA) y que el señor ZZ debería restituir a XX, el excedente del precio que hubiere percibido, con el interés máximo convencional.

Agregan que el demandado no realizó ningún evento o promoción con niños de acuerdo con lo convenido, y que la única actividad que hizo con niños tuvo lugar el 19 de diciembre de 2004, en el autódromo de L.V., la que no cumplió con los requisitos mínimos establecidos en el contrato. Que, prueba de lo que señalan, es que al señor ZZ no se le entregó el recibo firmado por XX, que es el medio establecido en el contrato para probar la conformidad de las partes y, especialmente, de XX, con el evento.

Que, por consiguiente y teniendo en consideración que su representado ya ha pagado \$ 16.000.000 más IVA al señor ZZ, corresponde que éste restituya la totalidad del precio del contrato que hasta ahora ha percibido, vale decir, los \$ 16.000.000 más IVA, más el interés pactado.

Que en la cláusula séptima del contrato, las partes convinieron que para el improbable evento que el señor ZZ no diera cabal, oportuno e íntegro cumplimiento a las obligaciones que asumió, aún por caso fortuito, aceptó en forma expresa pagar a XX la cantidad única y total de \$ 20.000.000, monto que corresponde a los perjuicios evaluados de común acuerdo, por las partes.

Agregan que, de conformidad con lo prescrito en el Artículo 1.545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Que, según el Artículo 1.489 del Código Civil, en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria que, de no cumplirse –por uno de los contratantes– lo pactado, el otro puede pedir a su arbitrio, el cumplimiento o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.

Que, el Artículo 1.535 del mismo Código, señala que la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal, situación que en la especie ha ocurrido. Que, por su parte el Artículo 1.542 del mismo cuerpo legal, señala que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor, que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

Señalan que el demandado no cumplió con su obligación de efectuar los eventos para los niños. Que realizó sólo un evento durante el año 2004, el que no fue hecho conforme con lo convenido por las partes, de modo que se ha devengado en favor de su representado, la cláusula penal pactada y, asimismo, corresponde que el señor ZZ restituya los montos percibidos, atendido el incumplimiento de sus obligaciones.

A fs. 73, el demandado señor ZZ, contestando la demanda, expuso que es dueño de la “Escudería ZZ”, que participa en las competencias nacionales de rally con vehículos de competición, que son automóviles reacondicionados y potenciados para tales competencias.

Agrega que como esta actividad deportiva lleva un gran número de adeptos a presenciarla, así como también concurre gran cantidad de prensa escrita, canales de televisión, etc., cada vehículo se transforma en una ventana de publicidad para diversos productos y marcas comerciales, apetecida por los avisadores y departamentos de marketing de diversas empresas. En este contexto de la actividad, el año pasado XX, en un afán de promover la marca y los productos H.W. celebró con él un contrato y un Addendum, con fecha 6 y 7 de septiembre de 2004, respectivamente, que se han acompañado a los autos, en los que se establecen diversas obligaciones para los contratantes, entre las cuales se puede señalar: a) Las obligaciones de ZZ en relación con participar en competencias, vehículos, pilotos y otros.

Señala que, sobre este punto en particular, se obligó a:

- a) Participar con su equipo de carreras, pilotos y automóviles en todas las fechas de competencia de rally de los años 2004 y 2005, a partir del 6 de septiembre de 2004, con un automóvil marca N., modelo P., en la categoría N3.
- b) Exhibir y tener ploteado el exterior del automóvil N. de su escudería con la marca H.W., en los espacios que se detallan en la letra d) de la cláusula segunda.
- c) Que el piloto y copiloto del mencionado automóvil, usaran cascos y buzos con la publicidad de la marca H.W., en los espacios que se detallan en la letra e) cláusula segunda.
- d) Para el final del torneo o promoción S.R.H.W. se obligó a instalar en el estacionamiento del P.A., en los pits del equipo de rally, y en el automóvil N. los logos de H.W. con implementos publicitarios de dicha marca.

Señala que respecto de las obligaciones en relación con los eventos o promociones, conforme con el contrato respectivo, se obligó a:

- a) Organizar y realizar la promoción S.R.H.W., con productos H.W. de XX.
- b) Realizar, a lo menos, 20 eventos entre la fecha del contrato y el día 31 de diciembre de 2005, dos de los cuales se realizarían durante el año 2004, eventos que se debían realizar en colegios o en otros lugares, previa autorización de XX.
- c) Exhibir en el automóvil que participara en el rally, los logos de la marca H.W.
- d) Instalar, a lo menos, una carpa de 5 puntas, de una superficie no menor a 30 metros cuadrados, más 10 lienzos y 10 pendones con la marca H.W.
- e) Efectuar, a su exclusivo costo, todos los trámites legales y/o administrativos, autorizaciones, instalaciones, etc., para realizar las promociones, así como ser responsable ante terceros de eventuales daños que se causen cada evento.

Agrega que las promociones correspondían a actividades dirigidas a niños entre 5 y 12 años y consistían en competencias con productos H.W. (autos, pistas de carrera, etc.), estas promociones durarían máximo dos días, la final se realizaría en un lugar que contara con la anuencia de XX, quien también determinaría el tipo de competencia, sus reglas y premios.

Que, si bien en la cláusula cuarta del contrato de autos se señalan las obligaciones de XX, no es menos cierto que en otras cláusulas se señalan otras obligaciones para esa empresa, las que en esencia son:

- a) Entregar a ZZ la maqueta o el diseño original que deberá exhibir el automóvil de la escudería y sus pilotos.
- b) Autorizar el lugar en que se efectuarían los eventos, y el lugar en que se efectuaría la final; el tipo de competencia que se realizaría y los premios que se entregarían. (Cláusula segunda, II, letra b2, b6, b7 y b8).
- c) Determinar, comunicar y entregar los productos XX que se ocuparían en cada evento, 15 días antes de cada evento o promoción. (Cláusula segunda, II, letra b4 del contrato y cláusula segunda N° 1 del Addendum).
- d) Firmar un recibo al final de cada evento para los efectos de su acreditación.
- e) En la cláusula cuarta se establecen obligaciones monetarias, las cuales son en esencia pagar a ZZ \$ 25.000.000 más IVA, suma que se debía enterar de la siguiente forma:
 - i) \$ 13.000.000 más IVA, que se pagarían a la firma del contrato.
 - ii) \$ 1.500.000 más IVA, que se pagaría dentro de los 10 días siguientes al final de la competencia de rally del mes de octubre de 2004.
 - iii) \$ 1.500.000 más IVA, que se pagaría dentro de los 10 días siguientes al final de las competencias de rally del mes de noviembre de 2004.
 - iv) \$ 3.000.000 más IVA, que se pagaría dentro de los 10 días siguientes al final de la competencia de rally del mes de febrero de 2005.
 - v) \$ 3.000.000 más IVA, que se pagaría dentro de los 10 días siguientes al final de la competencia de rally del mes de marzo de 2005.
 - vi) \$ 3.000.000 más IVA, que se pagaría dentro de los 10 días siguientes al final de la competencia de rally del mes de abril de 2005.

Agrega que respecto de las sanciones para el evento de incumplimiento, en el contrato se previeron dos tipos de incumplimiento:

Uno que dice relación con el no cumplimiento de las promociones o eventos, para cuya eventualidad se estableció que del precio acordado de \$ 25.000.000 se rebajaría un millón de pesos por cada evento no realizado, debiendo restituirse el excedente el 10 de enero del 2006 (Cláusula Sexta).

En segundo lugar, se estableció que para el caso que este compareciente no diese cabal, oportuno e íntegro cumplimiento a las obligaciones del contrato, aún por caso fortuito, pagaría a XX, la suma de \$ 20.000.000 imputándose como abono la suma de \$ 1.000.000 por cada evento realizado. (Cláusula Séptima).

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones, señala que respecto de la que dice relación con participar en las competencias de rally con un automóvil N. con los logos H.W., en dos fechas del

campeonato del año 2004 y todas las fechas del año 2005, ha cumplido a cabalidad con dicha obligación, sin perjuicio de los inconvenientes que le causó el retraso de XX en aprobar el diseño respectivo, obligación que ha cumplido más allá de lo contratado conforme señalo.

Agrega, que consta de los documentos que acompaña en un otrosí, que la Escudería ZZ, de la que es dueño, ha participado en la competencia de rally no solamente con un automóvil N. con los logos H.W., sino que también lo ha hecho con un automóvil S.I., según consta en la fotografía de este vehículo con los logos H.W. y que se encuentra impresa en la Revista T., que acompaña en un otrosí.

Que el vehículo N. de su escudería ha participado con los logos H.W. en las dos competencias de rally del año 2004, convenidas en el contrato de autos y en todas las realizadas durante el año 2005, y que incluso participaría en la competencia de R.M. de P.M. entre los días 21 y 22 de mayo de 2005.

Que, respecto del cumplimiento de la obligación de realizar promociones o eventos de productos H.W., hace presente al Tribunal que al momento de la celebración del contrato con la demandante, el automóvil N. de su escudería se encontraba en Argentina, donde lo estaban armando y arreglando para transformarlo en un auto de competición. Estos arreglos consistían, entre otras cosas, en instalarle jaula anti vuelcos, soportes especiales, desarrollo y preparación del motor, etc., reingresando a Chile a mediados del mes de octubre, situación que era conocida de XX.

Señala que al llegar el automóvil a Chile se procedió a plotearlo (pegarle los logos y etiquetas de las marcas auspiciadoras) con los logos de H.W. y de los demás auspiciadores de la Escudería ZZ, para participar en la competencia del rally M. de S., que se realizaría en el recinto de E.R., lo que acredita con el ejemplar de la Revista T., donde se encuentra una fotografía del vehículo señalado, con los logos de la demandante, en plena competición.

Agrega que para poder realizar los eventos o promociones con productos H.W., su automóvil debía estar plotado con los logos y etiquetas de la demandante, con el objeto de exhibirlo mientras se realizaban los citados eventos, obligación establecida en la cláusula segunda, II, b9.

Que, para realizar los eventos o promociones en colegios, se debían cumplir algunos requisitos o condiciones tales como: efectuarse en jornada extraescolar, es decir, solamente los días sábado y/o domingos; los fines de semana en que no hubiera competencia de carreras, para poder exhibir el automóvil de su escudería; quince días antes XX debía entregar los productos a usar en los eventos o promociones (Addendum, cláusula segunda N° 1) y, no debía de haber eventos o actividades de carácter nacional que impidieran efectuar las promociones.

Que este último punto es de vital importancia para el cumplimiento de la exigencia contractual en análisis. Durante los meses de octubre (septiembre no se cuenta para estos efectos toda vez que el automóvil de la escudería no se encontraba en el país) noviembre y diciembre hubo una serie de actividades de carácter nacional, durante los fines de semana, que impidieron efectuar eventos.

Los días 16 y 17 de octubre de 2004, el automóvil N. participó en el R.M. de L.S.

El 23 y 24 de octubre, participó en la exhibición que el R.M. ofreció en el centro de eventos E.R., como parte del cierre del Salón del Automóvil.

Los días 30 y 31 de octubre no era permitido efectuar actividades masivas por ser semana de elecciones municipales.

En los días 6 y 7 de noviembre el automóvil participa en el R.M. S.P. de la ciudad de O.

Los fines de semana 13-14 y 27-28 del mes de noviembre, habiéndose solicitado productos a XX para efectuar un evento no los envía, razón por la cual se pierden estos dos fines de semana.

Los días 27 y 28 de noviembre, se realiza el Campeonato de P.C.M., en el autódromo de L.V.

Como las actividades escolares terminaban a principios de diciembre y, teniendo en consideración que, el primer fin de semana de dicho mes se efectuaría la Teletón, le señaló a la demandante que se podría aprovechar la gran concurrencia de público al autódromo de L.V., para realizar un evento o promoción, a lo que XX accedió, pero solamente el día anterior al evento entregó los productos H.W. que se debían ocupar en la promoción y, en desmedro de la actividad a realizar, solamente entregó cuatro audífonos y dos pistas, con tal informalidad, que hubo que retirarlos de la casa de don M.C., funcionario de marketing de XX, en donde fueron entregados por la empleada de la casa.

Que, obviamente el evento o promoción no resultó como lo esperaba XX, toda vez que con los escasos productos entregados y por la tardanza en la entrega, no se pudo realizar una adecuada promoción ni programar adecuadamente este evento, razón por la cual el funcionario de marketing de XX se negó a firmar un recibo dando cuenta de la realización del evento, toda vez que consideró que habían participado pocos niños.

Señala que, respecto de esta última apreciación subjetiva del funcionario de marketing de XX, en parte alguna del contrato se establece una exigencia para el demandado de efectuar eventos o promociones con un mínimo de niños y/o público asistente, y tampoco se establecen requisitos mínimos, como se señala en el N° 9 de la demanda de autos, razón por la cual y, conforme se acreditará, este evento se realizó conforme a lo pactado y así deberá ser reconocido y establecido en el fallo que se pronuncie en autos.

Recuerda que el primer fin de semana de diciembre se efectuó la Teletón, razón por la cual ningún evento pudo realizarse.

Que la segunda semana de diciembre se realizó la P.S.U. y después de esta semana no hubo clases, razón por la que ya no se podían efectuar eventos o promociones en colegios.

Agrega que, respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de XX recién en el mes de noviembre de 2004 y con la intervención telefónica del Director de Marketing para XX América Latina, se aprobó el diseño de los logos H.W. para plotear el automóvil de su escudería. Asimismo, habiéndose solicitado productos a la demandante para realizar eventos en el mes de noviembre de 2004, XX no los remitió con la antelación de quince días pactados en el contrato de autos.

Que, tampoco la demandante cumplió con su obligación contractual de firmar un recibo por el evento realizado en el autódromo de L.V., aduciendo que éste no cumplió con los requisitos mínimos exigidos, requisitos no señalados en el contrato celebrado con ese compareciente.

Señala que respecto del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de XX para con él, tampoco han sido cumplidas a cabalidad. Que XX solamente pagó \$ 13.000.000 en días posteriores a la firma del contrato de autos y las dos primeras cuotas señaladas en la cláusula cuarta del mismo, ascendentes a \$ 1.500.000 cada una, adeudándosele una cuota de \$ 3.000.000 por la primera fecha de R.M. 2005, corrida en la ciudad de C.

Que, conforme con lo estipulado en el contrato de autos, XX pagaría tres cuotas de \$ 3.000.000 cada una, diez días después de corridas las tres primeras fechas de R.M. del año 2005, a saber: febrero en la ciudad de V.M.; marzo, en la ciudad de C. y abril en la ciudad de P.M. y, sin perjuicio de las fechas que en definitiva fije la Federación de Automovilismo de Chile, entidad que cambió las fechas señaladas en el contrato por las siguientes tres primeras fechas para el año 2005: Primera fecha: ciudad de C. 15, 16, y 17 abril de 2005; Segunda fecha: ciudad de P.M. 20, 21 y 22 de mayo de 2005. Tercera fecha: ciudad de L.S. 17, 18 y 19 de junio de 2005.

Que, el automóvil N. de su escudería corrió con los logos de H.W. en la primera fecha de R.M. 2005, que se llevó a efecto en la ciudad de C. los días 15, 16 y 17 de abril de 2005, razón por la cual y, a más tardar, el día 27 de abril, la demandante debió pagarle la cuota establecida en la cláusula cuarta, letra “d” del contrato de autos, suma que a la fecha no ha pagado, razón por la cual la demandante se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, con anterioridad a la interposición de la demanda de autos.

En relación con la demanda de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones, señala que es improcedente al tenor de lo pactado y no se dan los presupuestos necesarios para que se declare la resolución del contrato de autos.

Que se pactó en el contrato de autos, en la cláusula sexta, lo siguiente: “Las partes convienen que por cada promoción o evento que don ZZ no efectúe, o bien, no realice en los términos antes acordados, cualquiera sea la razón, se rebajará \$ 1.000.000 del precio antes convenido \$ 25.000.000 más IVA y don ZZ deberá, en tal caso, restituir a XX el excedente del precio que hubiese percibido, a más tardar el día 10 de enero de 2006 con el interés máximo convencional calculado desde esta fecha”.

Señala que la cláusula transcrita prevé en forma expresa, la no realización de eventos o promociones y también en forma expresa prevé, una sanción pecuniaria para dicho incumplimiento.

Que, si la demandante considera que él no ha cumplido con la realización de uno o dos eventos o promociones, ello no es causal de resolución de contrato, y que solamente estaría facultado para descontar \$ 1.000.000 por los eventos o promociones no realizados, pero dicho descuento debe efectuarse a su vez una vez que haya concluido la temporada de R.M. 2005, toda vez que conforme con la cláusula en comento, debe restituir el excedente a más tardar el 10 de enero de 2006, así se redactó el contrato y esta cláusula se pactó de dicha forma, porque no solamente tenía la obligación de realizar eventos o promociones, sino que también era obligación contractual participar en las carreras de rally con su equipo de carreras, pilotos y automóvil, todos con los logos H.W., obligación que ha cumplido a cabalidad.

Agrega, que si bien en la cláusula séptima se señala que si no diese cabal, oportuno e íntegro cumplimiento a las obligaciones que se asumen por el contrato de autos, asume la obligación de pagar a XX la suma única y total de \$ 20.000.000 por concepto de indemnización de perjuicios.

Que una interpretación armónica de las cláusulas séptima y sexta lleva a concluir que la cláusula penal se pactó para los incumplimientos que sean la no realización de eventos o promociones porque, como ya ha señalado, estas no realizaciones tienen establecidas, expresamente, una sanción equivalente a \$ 1.000.000 por evento o promoción no realizado.

Que, lo que ha manifestado precedentemente, tiene su justificación legal en los Artículos 1.560 y siguientes del Código Civil, que versan sobre la interpretación de los contratos, especialmente el Artículo 1.562, que señala que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Por otra parte el Artículo 1.564 señala que “Las cláusulas

de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

Que ambas normas avalan y dan sustento legal a lo señalado precedentemente, es decir, que la cláusula sexta establece una sanción pecuniaria para el caso que no se efectúen los eventos o promociones y la cláusula séptima establece una indemnización de perjuicios para todo otro incumplimiento.

Que, habiendo sido dictadas y redactadas por XX, a través de su abogado, las cláusulas ambiguas deben interpretarse en contra de dicha sociedad, ello de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 1.566 del Código Civil.

Por último, solicita el rechazo, con costas, de la demanda de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones, devolución de los dineros entregados, cobro de cláusula penal y otros, por carecer de fundamentos para haberla solicitado.

También, en subsidio y si el Tribunal considera que ha existido incumplimiento contractual de su parte, solicita el rechazo de la demanda de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones, devolución de los montos entregados, cobro de cláusula penal y otros, por aplicación del Artículo 1.552 del Código Civil, el cual señala en lo pertinente que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. En otras palabras la mora purga la mora, situación que se da por los antecedentes señalados precedentemente y que son los siguientes:

- i) XX, no hizo llegar al demandado con la debida antelación, los materiales para realizar los eventos o promociones que se le señalaron;
- ii) XX no ha pagado a la fecha, la cuota de \$ 3.000.000 establecida en la cláusula cuarta, letra “d” del contrato de autos, habiendo cumplido el demandado con la obligación exigida, cual fue participar en el R.M de la ciudad de C. Si el Tribunal considera que ha existido incumplimiento contractual por la parte demandada y acoge la demanda, solicita se rebaje considerablemente el monto demandado, toda vez que dio cabal cumplimiento a las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula segunda, letras a, b, c, d y e del referido contrato.

A fs. 117, la parte demandante evacuó el trámite de la réplica señalando que, de acuerdo con el contrato, las obligaciones relacionadas con la participación del señor ZZ en las temporadas del R.M. 2004 y 2005, las fechas de R.M. 2004 y 2005 eran las siguientes:

- a) Año 2004, desde el 10 al 12 de septiembre y desde el 15 al 17 de octubre.
- b) Año 2005, desde el 15 al 17 de abril; desde el 20 al 22 de mayo; desde el 17 al 19 de junio; desde el 22 al 24 de julio; desde el 19 al 21 de agosto; desde el 30 de septiembre al 2 de octubre; desde el 28 al 30 de octubre, y una última fecha que estaba por definirse.

Que, según los términos del contrato, la participación en dichas fechas debía realizarse en un automóvil N.P., con los logos H.W. según lo convenido por las partes, portando el piloto y el copiloto en sus trajes y cascos, los mencionados logos.

Añade que todas las alegaciones de la contraria relacionadas con su participación en diversas carreras en las fechas señaladas, con un automóvil diferente y/o con logos diferentes a los convenidos, deben ser rechazadas absolutamente, pues son impertinentes a los términos del contrato y a este pleito.

Señala que, respecto de las obligaciones relacionadas con la organización y realización de eventos para niños, el contrato no se limitó a los fines de semana, de modo que para realizar los dos eventos del 2004, la contraria tuvo todos los días corridos a partir de la celebración del contrato de auspicio o a lo menos a partir de octubre del mencionado año, fecha en la que se reconoce contar con el automóvil planteado correctamente.

Que las excusas planteadas por la contraria para no haber efectuado los eventos en algunos fines de semana, no la liberan del incumplimiento. Que, además, el contrato tampoco limita exclusivamente a los colegios los lugares para efectuar los eventos, sino que deja abierta la posibilidad de realizarlos en otros lugares, de modo que si la contraria tuvo algún inconveniente para realizar eventos en los colegios, pudo y debió efectuarlos en otros lugares.

Agrega que el demandado tomó a su cargo, en forma exclusiva, todo lo relacionado con los trámites legales y administrativos, autorizaciones, coordinación y organización, etc., que fueran necesarios para la realización de los eventos, de modo que no puede ahora, excepcionarse del cumplimiento de sus obligaciones basándose en haber efectuado los mencionados trámites. Que las situaciones que plantea y que le habrían impedido realizar los eventos, son todos acontecimientos de público conocimiento cuyas fechas ya estaban fijadas en la época en que el señor ZZ suscribió el contrato, y que, por ende, no son válidas como excusa.

Que tampoco es admisible que pretenda eximirse de la realización de los eventos basándose en que el automóvil planteado habría participado en carreras adicionales a las convenidas, como son el R.M de la ciudad de L.S., la exhibición en el recinto de E.R., el R.M. S.P. de la ciudad de O., el Campeonato de P.C.M., etc., pues si el señor ZZ corrió en más carreras que las pactadas lo hizo voluntariamente y por cuenta y riesgo propio.

Que no es efectivo que su representada tuviese que entregar con quince días de anticipación al evento, los juguetes que se ocuparían en el evento, pues como claramente se estableció en el Addendum, dicho plazo se aplica sólo respecto de la determinación de los juguetes H.W. que se ocuparían en los eventos, pero no a su entrega.

Que el encargado de XX, señor J.M. hizo entrega de los juguetes H.W. a la parte contraria, a través de don R.J., la primera semana de noviembre de 2004, a comienzos de diciembre de 2004 y el día anterior a la realización del penoso evento del 19 de diciembre de 2004. Que todas las excusas planteadas por la contraria por no haber cumplido con la organización y realización de los eventos, deben ser desestimadas completamente.

Que, en lo que sí están contestes con la demandada, es en reconocer que durante el 2004 solamente realizó un evento para niños, que no cumplió con los términos pactados en el contrato, razón por la cual no le fue entregado el recibo por parte del encargado de XX.

Que el demandado, para excepcionarse del cumplimiento del contrato, plantea que XX no cumplió con sus obligaciones, pues, en su opinión, a la fecha de presentación de la demanda de autos no había pagado los \$ 3.000.000 que debía pagar al señor ZZ dentro de los diez días siguientes al término de la primera competencia del año 2005, realizada en la ciudad de C. entre los días 15 y 17 de abril de 2005.

Señala que la contraria estaría equivocada al señalar que a la fecha de inicio de este procedimiento arbitral, iniciado el 2 de febrero de 2005, XX no habría cumplido cabalmente sus obligaciones. Que la demanda de terminación de contrato fue presentada en autos el día 27 de abril de 2005, esto es al décimo día de terminada la primera fecha del año 2005, época en la que XX no estaba en mora en el pago de la suma mencionada por el demandado, pues el plazo pactado para dicho pago no había vencido.

Que, no se ha acreditado que el señor ZZ hubiese participado en dicha competencia en la forma y términos convenidos, y que el valor asignado por las partes a la participación en las carreras se encuentra completamente pagado.

Que, la excepción de contrato no cumplido, opuesta por el demandado, debe ser completamente rechazada.

Agrega que, en la cláusula segunda (ítem I) del contrato de auspicio, se estableció como obligación del señor ZZ participar en los R.M. 2004 y 2005. Luego, en la misma cláusula (ítem II), el señor ZZ se obligó a realizar 20 eventos para niños. Más adelante, en la cláusula cuarta se fijó como precio total del contrato la suma de \$ 25.000.000 más IVA. Y, finalmente, en la cláusula sexta del contrato de auspicio se pactó que el precio se rebajaría \$ 1.000.000 por cada evento para niños que el señor ZZ no realizara, conforme con lo pactado.

Que, interpretando armónicamente el contrato, en la mencionada cláusula sexta las partes establecieron qué parte del precio estimaban que correspondía a la organización y realización de los eventos realizados por el señor ZZ, (\$ 20.000.000, esto es \$ 1.000.000 por cada uno de los 20 eventos) y cuál parte del precio correspondía a la participación del señor ZZ en las fechas de R.M. (\$ 5.000.000). Que lo anterior fue debido a que las partes previeron, al celebrar el contrato, que pudiera presentarse cumplimiento total o parcial de un tipo de obligaciones e incumplimiento en el otro tipo de obligaciones asumidas por el señor ZZ, y que los términos de la cláusula sexta serían y son útiles para determinar, de acuerdo con la evaluación hecha por las mismas partes, qué parte del precio corresponde que sea devuelto a XX.

Expresa que no corresponde, como plantea la contraria, interpretar la mencionada cláusula como una renuncia a la acción resolutoria por parte de XX ante determinados incumplimientos.

Que la condición resolutoria tácita va envuelta en todo contrato bilateral, como el que nos ocupa.

Que corresponde a un elemento de la naturaleza del contrato, por tanto, se entiende incorporada al contrato a menos que, expresamente, las partes establezcan lo contrario, cosa que no acontece en el presente caso.

Señala que la interpretación hecha por la contraria de la mencionada cláusula sexta es absolutamente absurda, pues según su criterio, cada vez que en un contrato bilateral se pacten, por ejemplo, intereses o una cláusula penal, sin que nada se diga respecto a la acción resolutoria, se tendría que entender que las partes han establecido una sanción al incumplimiento distinta de la resolución del contrato y que la parte cumplidora podría demandar los intereses y/o la cláusula penal, pero no la resolución de contrato, lo que no tiene asidero alguno.

Que, respecto a la cláusula séptima del contrato de auspicio, que establece una cláusula penal, no es efectivo que no se aplique ante el incumplimiento de las obligaciones de realizar los eventos para los niños, pues las partes establecieron dicha indemnización de perjuicios anticipadamente evaluada, para el evento de incumplimiento de obligaciones del señor ZZ, sin ninguna excepción, incluyendo hasta los incumplimientos por caso fortuito.

Agrega que las partes establecieron que se imputará como abono a dicha indemnización de perjuicios la suma de \$ 1.000.000 por cada evento para niños que el señor ZZ realice, conforme con el contrato, lo que confirma que el incumplimiento de dicha obligación está cubierto por la mencionada cláusula penal. Que de acuerdo con los términos pactados, si el señor ZZ hubiera realizado todos los eventos para los niños, se habrían imputado \$ 20.000.000 a la cláusula penal y ésta habría desaparecido, debido a que

la publicidad relevante para XX es la que se realizaría a través de los eventos para los niños y por tal razón las partes establecieron la cláusula penal, y la imputación a dicha cláusula en los términos antes expuestos, como una manera de garantizar que los eventos para los niños se realicen conforme fue convenido en el contrato. Corresponde que el demandado sea condenado a restituir a XX la parte del precio que ha percibido y a pagar la cláusula penal convenida.

A fs. 127, la demandada evacuó el trámite de la dúplica, señalando que su parte cumplió con un evento realizado en el autódromo de L.V. en el año 2004, en la fecha reconocida por la propia demandante, haciendo presente que la demandante solamente accedió el día anterior al evento y entregó un mínimo de elementos, cuatro audífonos y dos pistas y que a pesar de ello, su representado realizó el evento pactado y que el encargado de XX de otorgar un recibo dando cuenta de dicha realización, se negó a ello, por considerar que habían participado pocos niños, apreciación subjetiva y fuera de lo pactado, toda vez que en parte alguna del contrato se establece una exigencia para efectuar eventos o promociones con un mínimo de menores y/o público asistente.

Que tampoco se establecen requisitos mínimos, como se señala en la demanda de autos, razón por la cual este evento se realizó conforme con lo pactado y así deberá ser reconocido y establecido en el fallo que se pronuncie en estos autos.

Agrega que es sabido que los niños, durante los días de semana, se encuentran en clases y, como los eventos debían de realizarse con ellos, es imposible hacerlo durante esos días, razón por la cual solamente podían efectuarse eventos durante los fines de semana. Que su representado debió enfrentar diversas dificultades, señaladas en la contestación de la demanda, y que hicieron imposible realizar más eventos durante el año 2004.

Que XX debía entregar los productos que se debían ocupar en cada promoción con 15 días de anticipación y, si lo que tenía que entregar en dicho plazo era una comunicación informando los productos H.W. que se utilizarían, pero que nunca lo hizo en los plazos pactados, como se señala en la cláusula segunda ítem II, letra b4, del contrato y en la cláusula segunda N° 1 del Addendum, razón por la cual, estando en mora la demandante de tal cumplimiento, su mora purga la de su representado.

Respecto de la interpretación de las cláusulas sexta y séptima del contrato de autos, reitera los conceptos expuestos en la contestación de la demanda, reiterando que respecto de lo pactado en la cláusula sexta, que establece una multa por cada evento no realizado y un plazo para restituir lo percibido en exceso.

Que en esta cláusula se prevé la eventualidad de que no se realicen uno o más eventos, al señalar que: “por cada promoción o evento que ZZ no efectúe o bien no realice en los términos antes acordados...”, de este texto se desprende que se previeron dos situaciones:

- a) Que ZZ no efectuara o no realizara más de un evento, afirmación que se corrobora cuando se señala “por cada promoción o evento” y,
- b) Se pone en la eventualidad de que los eventos no se realizaran en los términos acordados, cuando señala “que no se realice en los términos acordados”.

Que, en segundo lugar, aplica una multa o sanción para dicha eventualidad que es de \$ 1.000.000 a rebajar del precio acordado y, en tercer lugar, establece un plazo para que ZZ restituya el excedente del precio percibido, cual es un día enero de 2006 (sic).

Que, como a la fecha de interposición de la demanda de autos no se cumplía el plazo para proceder a la restitución acordada, el Tribunal deberá rechazar, con costas, la demanda de autos.

Respecto de la cláusula séptima, reitera lo señalado en la contestación de la demanda de autos, en el sentido que para que esta cláusula pueda ser interpretada armónicamente con la cláusula sexta, debe tenerse por pactada para la eventualidad de que su representado incumpliera obligaciones del contrato diferentes o distintas a la no realización de los eventos acordados.

A fs. 73, don ZZ dedujo demanda reconvenional en contra de XX, empresa distribuidora de juguetes representada por los señores B.L. y C.N., expresando que, conforme con lo señalado en la contestación de la demanda, XX le adeuda la suma de \$ 3.000.000 como se establece en la cláusula cuarta letra "d" del contrato de autos, toda vez que dicha suma se pagaría diez días después de corrida la primera etapa del R.M. 2005, la que se efectuó durante los días 15, 16 y 17 de abril de 2005.

Que, transcurrido el plazo de 10 días, XX no ha pagado la suma señalada, razón por la cual reconvenionalmente demanda su pago.

Solicita se condene a XX a pagarle la suma de \$ 3.000.000, más intereses y costas.

A fs. 99, XX procedió a contestar la demanda reconvenional solicitando su rechazo con costas, señalando que el señor ZZ en su demanda reconvenional expresa que XX le adeuda la suma de \$ 3.000.000, suma que está establecida en la cláusula cuarta letra d) del contrato suscrito entre ambos y que se pagaría 10 días después de corrida la Primera Etapa de R.M. 2005, que se efectuó los días 15, 16 y 17 de abril de 2005 y que correspondía que le fuera pagada porque hasta entonces no se había presentado la demanda de terminación de contrato por incumplimiento de las obligaciones del señor ZZ.

Señala que la contraria olvida que están en un juicio arbitral, que se inició con la presentación de una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, según se pactó en la cláusula octava del contrato suscrito.

Que, ante el incumplimiento del señor ZZ de las obligaciones que emanaban del contrato, se presentó dicha solicitud ante la Cámara de Comercio de Santiago, el 2 de febrero de 2005.

Que el 2 de marzo de 2005, las partes asistieron a un comparendo ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y el 13 de abril de 2005, al comparendo celebrado ante el Tribunal Arbitral para fijar las reglas de procedimiento. Todas estas gestiones son anteriores a la primera fecha de la temporada de R.M. 2005, por lo tanto la contraria no está en condiciones de demandar reconvenionalmente el pago de dicha suma, porque XX ya había iniciado y se estaba desarrollando el procedimiento contemplado en el contrato, para que se declarara la terminación de él, en virtud de los incumplimientos en que habría incurrido el señor ZZ.

Agrega que la contraria mal puede pretender el pago de \$ 3.000.000 cuando, a pesar de haber participado en la fecha del R.M., no cumplió con los requisitos establecidos en el contrato, ya que los logos que portaba el automóvil N.P. que corrió en esa fecha, eran distintos a los que habían acordado las partes, situación que se puede apreciar en la Revista T., que acompañó XX.

Que tampoco se ha acreditado que en los trajes del piloto y copiloto del automóvil estén insertos los logos de H.W., de acuerdo con lo convenido.

Que las obligaciones asumidas por el demandado en el contrato, pueden ser divididas en dos grandes grupos. El primero, relativo a la participación del señor ZZ con su equipo de carreras en las últimas dos fechas de la temporada 2004 del R.M. y en toda la temporada 2005. El segundo, es la organización y realización de eventos para niños, eventos que debían ser al menos dos veces en el año 2004.

Agrega que el demandado parece olvidar esto último, ya que demanda un pago establecido en el contrato sin haber cumplido en nada la obligación de organización y realización de eventos para niños, de manera que no está en condiciones de exigir ese pago, pues la mora purga la mora.

Que a la fecha de inicio de este procedimiento arbitral (2/02/2005) el señor ZZ estaba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y su representada había cumplido fielmente sus obligaciones. Que, incluso no se ha acreditado la participación del equipo del señor ZZ, en la penúltima fecha de la temporada 2004, ya que nada aparece respecto de dicha competencia en las Revistas T. acompañadas, y de todos modos, su representado pagó todo lo que correspondía al año 2004.

Que, en la cláusula sexta del contrato las partes acordaron que por cada promoción o evento que don ZZ no efectuara, o no realizara en los términos acordados, cualquiera fuera la razón, se rebajaría \$ 1.000.000 del precio convenido (\$ 25.000.000). En la cláusula segunda, número II, letra b2 el señor ZZ se obliga a realizar a lo menos 20 eventos o promociones.

Que, interpretando ambas cláusulas se puede concluir que, de los \$ 25.000.000, que corresponden al precio total del contrato, \$ 20.000.000 eran por concepto de realización de eventos o promociones con niños, y \$ 5.000.000 estaban destinados a pagar la participación del señor ZZ en el R.M.

Agrega que su representada ha pagado al señor ZZ \$ 16.000.000 por el contrato cuya resolución se demanda, a pesar de que a esa fecha no se había realizado ningún evento para niños como se había pactado en el contrato, como tampoco se ha acreditado la participación del demandado en la penúltima fecha de R.M. del año 2004.

Señala que según lo anterior, la parte del precio que corresponde a la participación en las carreras, se encontraría completamente pagada, incluso en exceso.

A fs. 113, la parte demandante reconvenzional evacuó el trámite de la réplica reconvenzional señalando que, mientras no se interpusiera la demanda de autos y no se notificara, la litis no se encontraba trabada, razón por la cual su parte no sabía los fundamentos de hecho y de derecho que la demandante esgrimiría para solicitar la resolución del contrato y que, como la interposición de ella fue el 27 de abril de 2005, las obligaciones devengadas con anterioridad a dicha fecha debían cumplirse, entre ellas el pago de \$ 3.000.000 demandado reconvenzionalmente.

Señala que, de no haber corrido con los logos acordados, de no haberse acreditado el uso en los trajes de piloto y copiloto de los distintivos H.W. y de no participar, según XX, en la última fecha de R.M. 2004, ello es materia de prueba y que su parte acreditará el cumplimiento de dichas obligaciones.

Agrega, que su representado es el gerente general y representante legal de la Revista T., por lo que en cada número de dicha revista se inserta una fotografía de los vehículos de su escudería y algún artículo sobre sus pilotos, razón por la cual la demandante XX tiene una publicidad extra cada vez que se inserta una fotografía de los vehículos de la escudería de ZZ que llevan los logos destacado de H.W., incluso hasta esta fecha.

Que las fotografías que se incluyen pueden ser las que corresponden a la fecha corrida o a fotografías anteriores, pero que en revistas recientes pueden aparecer fotografías de los primeros logos de la demandante, logos que se mantuvieron mientras llegaban los aprobados por la matriz de XX.

A fs. 126 se evacuó la dúplica reconvenzional, ratificando lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda reconvenzional.

Que no hubo conciliación.

A fs. 156, se recibió la causa a prueba.

Que, se rindió la prueba que consta en autos.

A fs. 231, se citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A TACHAS:

Primero: Que procede rechazar las tachas deducidas por la parte demandante contra el testigo del demandado señor F.M., fundadas en los N°s. 4 y 5 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, ya que de las deposiciones de este testigo fluye que existe una relación netamente comercial entre él y el demandado pues hace trabajos de impresión digital o ploteo de vehículos al señor ZZ, sin que exista una relación laboral entre ambos, no existiendo elementos de subordinación y dependencia propios de un contrato de trabajo.

Segundo: Que, igualmente procede rechazar la tacha deducida por la parte demandante contra el testigo del demandado señor S.V., fundada en el N° 4 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el testigo ha sido claro al afirmar que no es empleado del señor ZZ y sólo le presta servicios externos con factura, no teniendo la calidad de dependiente respecto del demandado.

EN CUANTO AL FONDO:

Tercero: Que, es un hecho no controvertido de esta causa que las partes suscribieron el 6 de septiembre de 2004, el contrato que rola a fs. 18 y siguientes de autos y el Addendum de fs. 25, de 7 de septiembre de 2004, en cuya cláusula primera el señor ZZ declaró ser dueño de la Escudería ZZ, que participa en una competencia automovilística denominada R.M. que se extendía hasta fines del año 2005.

Por su parte, XX, a través de su marca H.W., se obligó a auspiciar a partir de la fecha del contrato, al equipo de rally del señor ZZ en los términos y condiciones que en el contrato se establecen.

Cuarto: Que XX ha solicitado que se declare la resolución del contrato indicado precedentemente, señalando que el demandado ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo, entre las cuales el demandado se obligó a organizar y realizar promociones dirigidas a niños entre cinco y doce años, denominadas S.R.H.W. que consistían en competencias con productos H.W. , como autos, pistas de carrera, etc., las que debían realizarse desde la fecha de la celebración del contrato y hasta el 31 de diciembre de 2005, en diferentes colegios o en otros lugares autorizados por XX.

También se estipuló que debían realizarse a lo menos 20 eventos o promociones, debiendo completar, durante el año 2004, a lo menos dos.

En la cláusula segunda, número II), letras b.1) a b.15), las partes pactaron la forma y condiciones en que el demandado debía realizar los eventos o promociones para niños. Entre otros, se acordó la duración máxima de cada promoción o evento, en que el automóvil que participara en el rally debía exhibir los logos de la marca H.W. También se acordó que el material publicitario de la marca H.W. que debía ocuparse consistiría en instalar, a lo menos, una carpa de cinco puntas con una superficie no menor a 30 metros cuadrados, instalar a lo menos, 10 lienzos de 3 metros por un metro, e instalar 10 pendones, todos con la imagen publicitaria de H.W.

Para acreditar el número de eventos o promociones realizados conforme con lo convenido, se estipuló que al final de cada evento, un encargado de marketing de XX, firmaría un recibo al señor ZZ en señal de conformidad.

Quinto: Que, la parte demandada, en su contestación ha afirmado que en relación con la obligación de realizar promociones o eventos para niños con los productos H.W., sólo pudo realizar una sola promoción en el autódromo de L.V., que no resultó como lo esperaba por XX porque le entregaron muy pocos productos, sumado con la demora en la entrega de los mismos.

Que el funcionario de marketing de XX se negó a firmar un recibo que diera cuenta de la realización del evento.

Cabe señalar al respecto que ambas partes coinciden en que sólo se realizó una promoción durante el año 2004 y ninguna en el año 2005 y, en consecuencia, existió incumplimiento parcial del contrato por parte del demandado en lo que se refiere a organizar y llevar adelante dos eventos o promociones dirigidas a niños durante el año 2004.

Al respecto, el demandado se ha excusado afirmando que el primer fin de semana de diciembre de 2004, se realizó la Teletón y la segunda semana de diciembre se rindió la P.S.U. y que después de esta semana no hubo clases por lo que no se pudieron hacer los eventos, razones todas que no justifican el incumplimiento indicado.

Además, el testigo de la parte demandante, señor J.M., confirma que existió incumplimiento en lo relativo a que sólo se efectuó un evento con niños en el circuito de L.V., que no reunió, íntegramente, los requisitos pactadas en el contrato.

Sexto: Que, en relación con la obligación de participar en las competencias de rally con los logos H.W., el demandado ha señalado que cumplió a cabalidad las obligaciones pactadas en el contrato, afirmando que participó con un automóvil N. en las dos fechas del campeonato de R.M. 2004 y todas las fechas del año 2005 con los logos de H.W.

Agrega que la Escudería ZZ, de la cual es dueño el demandado, ha participado en las competencias de rally no solamente con un automóvil N. con los logos H.W., sino que también con el automóvil S.I. que también tenía los logos mencionados.

Respecto del cumplimiento de la obligación de participar en el rally con los logos H.W., el demandado rindió la prueba testimonial consistente en las declaraciones de los testigos señores F.M., que rola de fs. 171 a fs. 176, S.V., que rola de fs. 177 a fs. 181 y M.Y., que rola de fs. 182 a fs. 184, quienes se encuentran contestes en que el demandado participó en el R.M. 2004, en dos oportunidades y también en las fechas correspondientes del año 2005.

En efecto, el testigo señor F.M. ha afirmado que en los primeros días de octubre de 2004, se le hizo entrega de un CD de propiedad de la empresa XX que contenía material gráfico para plotear un vehículo. Agrega que el ploteo duró dos meses. Que en enero de 2005, XX le hizo entrega de un segundo CD para hacer un nuevo ploteo por lo que tuvo que sacar el anterior y volver a plotear, esto se debió a que había habido un cambio en el color corporativo del ploteo. Señala que ambos ploteos los hizo él.

Preguntado para que diga qué vehículo o vehículos ploteó, respondió que había ploteado primero un automóvil N.P. y después un automóvil S.I.

Agrega que el automóvil N. fue plateado dos veces. Que el automóvil S.I. fue plateado una sola vez. Más adelante señala que el automóvil N.P. es un vehículo netamente de rally, porque posee una jaula antivuelco y porque no tiene asiento trasero. Que el automóvil S.I. es el único que vio competir en una sola oportunidad en el autódromo de L.V. en el año 2004, y que el automóvil N. lo vio competir en el año 2005, en las ciudades de C., P.M., L.S. y C.

Preguntado el testigo para que diga si todas las veces que vio los referidos autos estaban con el ploteo H.W., respondió que sí.

Preguntado para que diga si puede describir el logo que declara haber plateado en el automóvil N., el testigo, previo acuerdo de las partes, dibuja el logo de H.W. que es agregado a los autos a fs. 170.

Preguntado para que diga si recuerda cómo eran los trajes y los cascos que ocupaban el piloto y el copiloto de los automóviles que mencionó haber visto en las carreras que declaró haber presenciado, respondió que los cascos generalmente son blancos y que él los plateó con logotipos de H.W. Que el traje de los pilotos era azul con rayitas, marca S.

Preguntado el testigo sobre si la Escudería ZZ participó en las competencias de rally en las fechas y en las formas convenidas por las partes, respondió que los vio participar en las fechas que ya señaló anteriormente y en todas las del año 2005.

Preguntado si en las fechas del año 2005 los vio con los logos H.W., respondió que sí.

Preguntado si en esa fecha vio al automóvil S.I. o al N. o a ambos, respondió que él siempre vio correr al N., y que además, las últimas dos carreras había otro N. de la misma escudería, que también tenía el logo H.W. Las dos últimas carreras fueron en las ciudades de T. y en C. a fines de agosto y fines de septiembre de 2005, respectivamente.

Por su parte el testigo señor S.V., al ser preguntado respecto si el demandado dio cumplimiento a las obligaciones pactadas en el contrato, respondió que hasta donde él sabía, sí, que él ha visto los autos con la publicidad. Que él es asesor técnico en la preparación de los autos, controlando que el mecánico haya hecho la inyección y la electrónica del auto, la alineación del tren delantero y trasero.

Preguntado el testigo en cuantas carreras de rally participó el automóvil N., respondió que en dos carreras en el campeonato nacional y una en el campeonato A.S. en el año 2004.

Al preguntársele si en esas carreras el automóvil N. estaba plateado con los logos H.W., respondió que sí.

Y al preguntársele si el auto N. participó en carreras de rally en el año 2005, respondió que sí, que ha participado en cinco carreras, en las ciudades de C., P.M., L.S., V.M., T. y C. Que él lo sabía porque los acompañó a todos los rallies.

Más adelante al ser preguntado para que diga desde qué carrera el automóvil N. estaba ocupando el logo H.W., respondió que el logo ha estado en el automóvil N. desde septiembre de 2004, y que lo ha usado en todas las carreras de rally en que participó y en todos los eventos en el autódromo de L.V., y también en la exhibición del auto.

El testigo señor M.Y., al ser preguntado en cuántas fechas del rally 2004 participó el automóvil N., respondió que participó en dos fechas. Una a fines de octubre y la otra a mediados de noviembre de 2004. Que en ambas fechas el automóvil N. estaba plateado con los logos H.W.

Al ser preguntado acerca de si el automóvil N. participó en las carreras del R.M. 2005 y cuáles serían, respondió que sí participó. Que la primera fecha fue en la ciudad de C., la segunda en P.M., la tercera en L.S., la cuarta en V.M., luego T. y, finalmente, en la ciudad de C. Que en todas las fechas del año 2005 el automóvil estaba ploteado con los logos H.W.

Que, también la parte demandada rindió la prueba documental consistente en siete Revistas T., correspondiente a las ediciones de 2004 2005.

Que, en dichas revistas figuran fotografías de automóviles con el logo H.W., en diferentes carreras, las cuales acreditan que el demandado dio cumplimiento al contrato materia de este juicio, en lo relativo a exhibir la marca señalada, cumpliéndose de este modo con el objetivo del contrato que es auspiciar la marca de XX.

Cabe señalar que la parte demandante rindió la testimonial consistente en la declaración del testigo señor J.M., rolante de fs. 212 a fs. 215, quien ha manifestado que el contrato estaba dividido en dos partes y una de ellas era las carreras de rally, afirmando que en ese rubro no podría decir si se dio cumplimiento al contrato, ya que esto no le constaba.

Que, en consecuencia, este testigo no desvirtúa la testimonial de la demandada antes analizada, en lo que dice relación a las carreras de rally.

Séptimo: Que, analizadas las pruebas rendidas de acuerdo con la equidad, es posible concluir que el contrato materia de este Juicio Arbitral, fue cumplido por el señor ZZ en lo que dice relación con la obligación de participar en las carreras de rally, señaladas en la cláusula segunda N° I del mismo.

Que, en relación con los eventos para niños, señalados en la cláusula segunda N° II) del contrato, el demandado dio cumplimiento parcial a lo pactado. En efecto, hay acuerdo en que hubo un solo evento para niños, sin embargo, el desarrollo de éste ha sido cuestionado. Atendido que tal cuestionamiento no es absoluto pues sólo se discute el universo de los niños asistentes, se deberá considerar este evento, pero de manera parcial.

Octavo: Que, en consecuencia, y habiéndose pactado por las partes que la obligación de XX era pagar la suma única y total de \$ 25.000.000, por el total del contrato, y, habiéndose cumplido de manera parcial el contrato por la parte del señor ZZ en lo que dice relación con la obligación de efectuar eventos para niños, se concluye que a XX le corresponde pagar el 50% del precio pactado en el contrato, esto es, \$ 12.500.000, por la parte relativa a los rally.

Noveno: Que las partes están de acuerdo en que XX pagó a don ZZ la suma de \$ 16.000.000, es decir, la demandante pagó en exceso la suma de \$ 3.500.000, suma que deberá ser restituida por el demandado señor ZZ, deduciéndole la suma de \$ 470.000 correspondientes al único evento realizado con niños.

Décimo: Que, en la cláusula séptima del contrato, las partes pactaron una cláusula penal que asciende a la suma de \$ 20.000.000, para el evento que el señor ZZ no diera cumplimiento a las obligaciones pactadas en el mismo.

Que, habiéndose cumplido el contrato por el señor ZZ sólo en forma parcial, se hace aplicable en la especie el Artículo 1.539 del Código Civil, correspondiendo rebajar la cláusula penal a la suma de \$ 9.530.000.

EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL:

Undécimo: Que procede rechazar la demanda reconvenicional deducida por don ZZ en contra de XX por medio de la cual se pide se condene a esta última sociedad al pago contemplado en la cláusula cuarta letra d) del contrato de autos, esto es, la suma de \$ 3.000.000, en virtud de lo resuelto precedentemente en los considerandos octavo y noveno de esta sentencia y por encontrarse cumplida dicha obligación.

Duodécimo: Que las demás pruebas aportadas a los autos en nada alteran las conclusiones precedentes.

Decimotercero: Que, conforme con lo dispuesto en el Artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales que señala que “el Arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”, y en el Artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, que al fijar los requisitos de la sentencia del Arbitrador expresa que ella debe contener “las razones de prudencia o equidad que sirven de fundamento a la sentencia”.

Para finalizar, es acertado citar la siguiente frase del distinguido jurisconsulto nacional don Julio Philippi Izquierdo, quien en su artículo denominado “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”, afirma lo que *“de gran utilidad será para el Arbitrador el empleo de ciertos principios morales básicos de la vida jurídica, como el no enriquecerse sin causa, no abusar de su derecho, no aprovecharse de su propia mala fe ni de la debilidad o ignorancia ajena, ni celebrar contratos leoninos, aceptar la revisión de estipulaciones que han llegado a transformarse en excesivamente onerosas por causas no previsibles. Si bien estos conceptos también juegan dentro de los sistemas de derecho estricto, en ellos no siempre es fácil su aplicación. El Arbitrador, en cambio, podrá emplearlos con amplia libertad. Por lo general, ellos serán una de las guías más seguras para establecer lo equitativo”*.

Y VISTO, además, lo dispuesto en los Artículos 1.489, 1.535, 1.539, 1.545, 1.546, 1.698 del Código Civil, 144, 160, 636, 637, 640 del Código de Procedimiento Civil se declara:

- 1°. Que se rechazan las tachas deducidas por XX contra los testigos de la parte demandada.
- 2°. Que ha lugar a la demanda sólo en cuanto se declara resuelto el contrato y Addendum suscritos por las partes el 6 y 7 de septiembre de 2004, debiendo el demandado señor ZZ pagar a XX las siguientes cantidades:
 - a) \$ 3.030.000 por concepto de restitución parcial del precio pactado en el contrato, sin intereses, y
 - b) \$ 9.530.000 por concepto del 50% de la cláusula penal pactada en el contrato, descontando la suma por concepto de un evento para niños, cuya idoneidad fue cuestionada, sin intereses.
- 3°. Que se rechaza la demanda reconvenicional deducida por don ZZ.
- 4°. Que, cada parte pagará sus costas. No se condena en costas a la parte demandada por estimarse que ha tenido motivo plausible para litigar.

Dictada por la señora Olga Feliú Segovia, Árbitro Arbitrador.