

Antonio Bascuñán Valdés

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 24 de septiembre de 2008

ROL 715

MATERIAS: Contrato de gestión de carga aérea – mandato comercial, naturaleza jurídica – convenio de colaboración empresarial – servicio de transporte aéreo – tarifas adecuadas al mercado chileno, cálculo – obligación de comunicar las tarifas – revisión y auditoría – cobros de flete aéreo y de servicios complementarios – confianza y buena fe, infracción de deberes fiduciarios – información confidencial, secretos empresariales – objeción del informe pericial – objeción de copias de mensajes electrónicos – tachas de testigos – cálculo de intereses.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX solicita en su demanda que el Tribunal Arbitral ordene a la sociedad ZZ cumplir con las obligaciones del contrato de gestión de carga aérea y se la condene a pagar el costo efectivo de los fletes aéreos que gestionó en su representación, junto con la indemnización de los perjuicios causados. En su demanda reconvenzional, ZZ solicita que el Tribunal Arbitral declare que la contraria habría incurrido en un incumplimiento contractual y que se la condene al pago de una indemnización.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 160, 170, 173, números 6 y 7 del Artículo 358, 628 y siguientes, párrafo 6° del título XI.

Código Civil: Artículos 1.545, 1.546, 1.551, 1.557, 1.559, 2.116, 2.117, 2.147, 2.231.

Código de Comercio: Artículos 233, 235 y siguientes, 250, 275, 278, 281, 302 y siguientes, 305, 306, 404 N° 4.

Ley 18.010: Artículo 19.

DOCTRINA:

En efecto, la existencia de una capacidad de flete aéreo en los vuelos es el elemento determinante en el contrato, a partir del cual dicha demandante, en lugar de actuar directamente como lo hace con los pasajeros, contrata a un tercero, ZZ, para que gestione la venta de los espacios de carga disponibles en sus aeronaves y realice la operación de la carga, a cambio del pago de una retribución establecida en el contrato, sin perjuicio de lo cual dicho servicio de carga aérea es secundario frente al negocio de transporte de pasajeros, ya que XX no contaba con aviones de carga, por lo que el flete de la carga aérea servía para completar el espacio remanente de las bodegas no ocupadas por la carga de los pasajeros.

Se confirma la característica de una comisión o mandato comercial del contrato, por el hecho que ZZ debía rendir cuenta mensualmente del transporte de carga efectuado y hacer la liquidación y pago de lo adeudado a XX producto de las ventas del transporte de carga aérea, reteniendo para sí un porcentaje de lo cobrado a los clientes, en forma tal que este tipo de retribución y la rendición de cuentas conforman elementos propios de la definición del mandato comercial, según lo dispuesto en el Artículo 233 del Código de Comercio y el hecho de que ZZ, frente al cliente que necesitaba transportar mercadería por vía aérea actuara a nombre propio no alteraba la naturaleza del contrato, ya que la actuación del mandatario puede ser tanto a nombre del mandante como a su propio nombre, conforme lo disponen el Artículo 2.151 del Código Civil y el Artículo 254 del Código de Comercio.

Asimismo, la exigencia de mantener oficinas, un almacén especial para carga, equipos, personal y la infraestructura suficiente a fin de realizar la venta y operación de la carga y otras obligaciones

establecidas en el contrato, no altera tampoco su naturaleza jurídica, sino que constituían condiciones favorables que ya tenía ZZ para ser contratado como agente comisionista por XX, o bien exigencias acordadas entre las partes para que el mandatario pudiera cumplir a cabalidad su cometido y, por otra parte, la autorización para fijar las tarifas, dentro de los valores de mercado y con los otros resguardos de información, entregada a ZZ en el contrato obedecía más bien a las características propias del flete aéreo, en la dificultad comercial de prefijarlas por el comitente, que al reconocimiento de una igualdad jurídica asociativa o de colaboración como lo pretende la demandada (Considerando N° 4).

Que conforme a lo expuesto en los considerandos anteriores, durante la vigencia del contrato de 1 de junio de 2005 ZZ incurrió en dos incumplimientos graves a las normas del contrato y a la legislación vigente: Primero, disminuyó injustificadamente la tarifa del flete aéreo al descontar y retener para sí, bajo un ítem que denominó “otros”, una parte importante de lo que pagaba TR1, sin que se haya acreditado la prestación de algún servicio que pudiese ser considerado tal, y segundo, no aumentó el valor del flete aéreo en igual cantidad en pesos al incremento que tuvo la tarifa de TR1 a contar de noviembre de 2005, guardando para sí bajo los rubros “no rendibles” la mayor parte de dicho aumento. Ambos incumplimientos se encuentran acreditados con la documentación acompañada y con las cifras entregadas en el informe pericial, no objetado por las partes, por lo que para restablecer el equilibrio económico del contrato y darle cabal cumplimiento, procede ordenar que las sumas cobradas bajo el rubro “otros” a contar de la liquidación del mes de julio de 2005 y hasta enero de 2007 inclusive, respecto a TR1, se consideren formar parte de la tarifa del flete aéreo para los efectos de las liquidaciones mensuales previstas en el Anexo B del contrato y que a contar del mes de noviembre de 2005 y hasta enero de 2007 inclusive, la cantidad en pesos en que aumentó la tarifa cobrada a TR1, pase a incrementar el valor del flete aéreo, para los mismos efectos de las liquidaciones mensuales, en lugar de distribuirse en los rubros handling y terrestre que cobraba ZZ, manteniendo por lo tanto estos últimos en los mismos valores que tenían antes de la aplicación del aumento de la tarifa a TR1 (Considerando N° 29).

Una primera infracción contractual imputada a XX en la demanda, es la desleal actuación que consistiría en haber participado en la creación de una empresa del mismo giro de ZZ. En efecto, está acreditado en la causa que XX participó en la creación de la sociedad TR2, cuyo giro es, en parte, equivalente al que desarrolla ZZ, según lo señala la copia de inscripción de su extracto social en el Registro de Comercio, que se acompañó por la demandante reconvenicional como documento número 4.1.2. con su escrito de fojas 242, sociedad de la que la demandada reconvenicional posee un porcentaje significativo, pero no mayoritario, del interés social.

Respecto a esta primera infracción, cabe señalar que no existe en el contrato de Gestión de Carga Aérea ninguna cláusula de exclusividad a favor de ZZ, ni limitación alguna a XX para iniciar por sí o por intermedio de una sociedad filial o coligada el transporte de carga aérea. Por el contrario, la cláusula II.2 del contrato señala: “Trato Preferencial. Ambas partes se comprometen a otorgarse trato preferencial, no menor del nivel ofrecido a otros clientes o proveedores con contratos similares” de la que se desprende que ambas empresas tenían libertad para contratar con terceros, incluso en negocios similares a aquellos contemplados en el aludido contrato, por lo que corresponderá descartar el incumplimiento contractual imputado (Considerando N° 36).

DECISIÓN: Se acoge la demanda de XX en forma parcial, ordenando a ZZ modificar la estructura de cobros por concepto de flete aéreo, y aumentar parcialmente la tarifa y a reliquidar las comisiones o valores mensuales que corresponden a cada parte. Se rechaza en todas sus partes la demanda reconvenicional.

SENTENCIA DEFINITIVA

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil ocho.

VISTOS:**I. Solicitud de arbitraje, designación del Árbitro, aceptación del cargo, constitución del tribunal y reglas de procedimiento**

1. A fojas 1, mediante presentación de 7 de diciembre de 2006, comparecen don J. P., por la sociedad XX, ambos con domicilio en DML, Providencia y su abogado don AB1, con domicilio en DML, Santiago, quienes solicitan someter al mecanismo de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, las diferencias surgidas con la sociedad ZZ, representada por don P.F., ambos con domicilio en DML, Providencia, en relación con el contrato de gestión de carga aérea suscrito por las partes con fecha 01 de junio de 2005. A fojas 66, por resolución de 11 de diciembre de 2006, el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. designa al suscrito en calidad de Árbitro de Derecho para resolver la controversia, y a fojas 69 consta la notificación del nombramiento arbitral, la aceptación del cargo y el juramento de rigor, realizados con fecha 2 de enero de 2007, ante doña NT1, notario público suplente de la titular doña NT2, Notaría de Santiago.

2. A fojas 70, por resolución de fecha 10 de enero de 2007, el Árbitro tiene por constituido el compromiso y por instalado el tribunal arbitral y cita a las partes a un comparendo de conciliación, y para el caso de no producirse ésta, para dar inicio a las actuaciones del proceso.

3. A fojas 82 consta la realización de la audiencia de fecha 31 de enero de 2007, en la que no se produjo conciliación por lo que, de común acuerdo, los apoderados de las partes establecieron las reglas de procedimiento para el juicio arbitral, dejando expresa constancia que, con ello, modificaban la cláusula compromisoria en cuanto al procedimiento arbitral, reglas que fueron expresamente aprobadas por el Árbitro.

II. Partes y objeto del Juicio

En la audiencia de 31 de enero de 2007 aludida, se dejó expresa constancia que las partes del juicio eran XX S.A., (en adelante también denominada XX) representada por su abogado don AB1, con domicilio en DML y ZZ S.A., (en adelante también denominada ZZ) representada por su abogado don AB2, con domicilio en DML, y que el objeto del juicio sería la resolución de los problemas surgidos entre las partes con ocasión del contrato suscrito entre ambas de fecha 1° de junio de 2001 y sus modificaciones.

III. Demanda principal

De fojas 124 a fojas 139 rola la demanda principal que, en síntesis, expresa:

1. XX, demandante principal, solicita: 1) Se ordene a ZZ cumplir forzosamente la obligación que le imponía el contrato y se condene a esta última a pagar a la actora el costo efectivo de los fletes aéreos que gestionó en su representación, por la cantidad de \$ 793.140.349 o la suma que determine el Tribunal; 2) Se condene a ZZ a indemnizar los perjuicios que ha ocasionado a la demandante, evaluados en \$ 185.564.623, en los términos del Artículo 1.559 del Código Civil, o la suma que determine el Árbitro y c) Se condene a ZZ a pagar las costas de este juicio arbitral.

2. Fundamenta su demanda en la existencia del contrato de “Mandato de Gestión de Carga Aérea” de 1 de junio de 2002, el que fue renovado el 1 de junio de 2005, por un nuevo “Contrato de Gestión de Carga Aérea”, contrato vigente a la fecha de la demanda, que tendría, al igual que el anterior, el carácter jurídico de mandato comercial.

3. Afirma que, conforme a dichos contratos, XX externalizó su negocio de carga aérea entregándose a ZZ la que se haría cargo de comercializarlo y gestionarlo, a cambio de un porcentaje de las ventas de carga aérea que transportaría la primera. Señala que XX contrató a ZZ a objeto que ésta vendiera los servicios de transporte de carga aérea nacional, incluyendo la comercialización, manejo y logística de dicha carga en los terminales aéreos y en todas las fases de manejo, almacenamiento y transporte terrestre en el punto de origen y destino. A cambio de dichos servicios, ZZ tendría derecho a retener una parte del valor pagado por el flete aéreo según la tabla contenida en el anexo B del contrato.

4. Explica que el transporte de carga aérea se integra con distintas etapas, a saber: 1) Venta del servicio de transporte aéreo, etapa a cargo de ZZ; 2) Gestión operativa de la carga antes del transporte aéreo, también a cargo de ZZ; 3) El transporte aéreo, realizado por XX, y 4) Gestión operativa de la carga en la fase posterior al transporte aéreo, de responsabilidad de ZZ.

5. Afirma que en el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes a las etapas del servicio que asumió, ZZ debía realizar la gestión comercial de la carga aérea cobrando a los clientes tarifas que estuvieren en armonía con el mercado chileno para los productos que se transportaren y que, si bien correspondía a ZZ definir la tarifa final a cobrar a cada cliente y el valor de cada uno de los ítems que componen el servicio completo del transporte aéreo, tanto la primera como los segundos debían tener asignados precios acordes con su valor de mercado, conforme a la buena fe con que se deben cumplir las obligaciones contractuales. Señala que todos los servicios que debía realizar ZZ vinculados a la gestión de la carga antes y después de su transporte aéreo, cuyos valores individuales la demandada retenía a su favor según el contrato, estaban incluidos en la parte del precio total del servicio que se cobraba a los clientes, de modo que por estos ítems no tenía derecho a realizar ningún cobro adicional, puesto que así lo establecía la cláusula II. 1.- del contrato.

6. Agrega que, a propósito de una auditoría realizada en junio de 2006, se comprobó que ZZ rendía y pagaba a XX por el flete aéreo que gestionaba por cuenta de la demandante, un valor muy inferior al que debía conforme al contrato. Explica que el servicio de transporte aéreo se compone de diversos ítems, los cuales se detallan en la guía de transporte aéreo y son los siguientes: a) Flete aéreo; b) Manejo; c) Terrestre y d) Otros; que respecto al ítem flete aéreo, ZZ estaba obligado a rendir y pagar a XX una parte del precio que recibía de los clientes (ítem rendible), y que en cuanto a los demás ítems, éstos iban en directo beneficio de la primera (ítems no rendibles). Señala que conforme al contrato, ZZ debía pagar a XX un porcentaje del ítem flete aéreo que variaba en función al total vendido en el respectivo mes calendario, según los tramos establecidos en una tabla contenida en el anexo B del contrato, por lo que debía comunicar mensualmente a XX el monto de las ventas totales del flete aéreo correspondiente al mes anterior y aplicar sobre el mismo la tabla aludida para determinar los valores que correspondía percibir a cada parte.

Indica que, a partir del 15 de octubre de 2003, ZZ estableció para TR1 una tarifa que fluctuaba entre \$ 80 y \$ 110 por kilo, la que distribuyó arbitrariamente entre el ítem rendible y los ítems no rendibles del transporte aéreo, disminuyendo artificialmente el valor del flete aéreo que debía rendir y pagar a XX y distraendo a su favor una parte muy importante del precio total; además, en ocasiones igualó el costo del flete aéreo al costo del flete terrestre, lo que se aleja de los valores de mercado.

Menciona que, según el informe de la auditoría, se constató que en el caso de TR1, ZZ disminuyó el ítem flete aéreo (rendible) y aumentó artificialmente los otros ítems (no rendibles) con lo cual redujo

la proporción de la tarifa cobrada a los clientes que correspondía percibir a XX, por un monto total de \$ 755.327.770 entre octubre de 2003 y enero de 2007.

En cuanto a los otros clientes, a saber: TR3, TR4 y TR5, afirma la demandante que, mediante la misma auditoría, se pudo establecer que la demandada, aplicando el mismo procedimiento, dejaba de declarar a XX una alta proporción de la tarifa que cobraba a aquellos, apropiándose de dicho monto, por lo que adeuda a XX la suma de \$ 37.812.579.

7. En consecuencia, señala la demandante, ZZ adeuda a XX un total a \$ 793.140.349 por concepto de valores de los fletes aéreos no rendidos en su oportunidad, ya que la actuación de la demandada constituye un incumplimiento del contrato en cuanto quebrantó el régimen económico pactado, de modo que debe ser condenada a pagar dichos valores, esto es, al cumplimiento forzado de sus obligaciones.

Asimismo, reclama el pago de una indemnización de perjuicios moratoria que, en este caso, por tratarse de una obligación de dinero, corresponde a los intereses devengados por dicha deuda, los que estima en la cantidad de \$ 185.564.623, aplicando una tasa de interés mensual del 1,06% sobre la cifra demandada.

8. Se fundamenta la demanda en el Artículo 1.546 del Código Civil, respecto a la buena fe con que deben ejecutarse los contratos y en el Artículo 278 del Código de Comercio que dispone: "Fuera de su salario el comisionista no puede percibir lucro alguno de la negociación que se le hubiere encomendado. En consecuencia, deberá abonar a su comitente cualquier provecho directo o indirecto que obtuviere en el desempeño de su mandato".

La indemnización de perjuicios se funda en el Artículo 1.559 del Código Civil, en cuanto dispone que el acreedor ésta liberado de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, de modo que basta acreditar el hecho del retardo en el cumplimiento de la obligación para exigir su pago.

Finalmente, precisa que los montos demandados comprenden hasta el 31 de enero de 2007, de modo que hace reserva de acciones para cobrar otros valores correspondientes al período 1 de febrero al 1 de junio de 2007, fecha en que expirará el contrato.

IV. Contestación a la demanda

De fojas 145 a fojas 165 rola el escrito de fecha 03 de abril de 2007, mediante el cual ZZ, en lo principal, contesta a la demanda, en el primer otrosí deduce demanda reconvenzional y en el segundo otrosí ratifica la designación de abogado patrocinante y apoderado judicial.

9. En su contestación, ZZ señala que es una sociedad anónima constituida en el año 2001 cuyo giro consiste en la administración, manejo, operación y venta de espacios de transporte de carga en líneas aéreas, en el territorio nacional. Cuenta para ello con 11 oficinas en distintas ciudades del país y personal especializado, lo que le permite desarrollar sus actividades por diversos medios, otorgando un servicio de transporte de carácter integral que comprende el retiro de la mercadería en el domicilio del cliente, el transporte terrestre a los terminales aéreos, la manipulación de la carga en el aeropuerto, su embarque aéreo, su recepción en el aeropuerto de destino y su transporte terrestre al lugar de destino, labores que realiza por sí o por empresas subcontratadas. Señala que para el transporte aéreo, no contando ZZ con aviones propios, debe recurrir a las líneas aéreas autorizadas para volar en el territorio nacional con el objeto que ellas sean las que transporten la carga en sus naves.

10. Menciona que con fecha 1 de junio de 2001, ZZ suscribió con XX un contrato denominado de “Mandato de Gestión de Carga Aérea”, al que se le puso término a petición de XX, y que el 1 de junio de 2005 se suscribió un nuevo contrato, denominado “Contrato de Gestión de Carga Aérea” conforme al cual XX contrató los servicios de ZZ a fin de que “...esta última venda servicios de transporte de carga aérea nacional...” otorgándole mandato comercial para que “...gestione y realice por cuenta de la primera (XX) la comercialización y manipulación de carga en las rutas nacionales que vuela XX...”.

11. Describe ZZ las principales cláusulas del contrato y en particular, señala que la cláusula VI del mismo denominada “Condiciones Económicas”, por remisión al anexo B de dicho instrumento, estipula que XX percibiría por concepto de comisión, un porcentaje variable de las ventas, que dependía del volumen de las mismas, y que dentro de los 10 primeros días de cada mes ZZ debía informar a XX la venta del mes anterior y esta última tenía un plazo de 3 días para aceptarla o impugnarla. Se estableció también que ZZ tenía la responsabilidad de fijar las tarifas a cobrar a los clientes, las que debían adecuarse al mercado chileno y ser comunicadas previamente a XX, la que podía objetarlas, y que los costos de manejo de la carga y handling serían asumidos por ZZ y realizados por XX.

Agrega que si bien al inicio de la relación contractual original (junio 2001) ZZ remitió las tarifas que se cobrarían según las condiciones del mercado a esa fecha, posteriormente, según la ejecución práctica del contrato, se generó un sistema más simple aunque igualmente eficiente, que consistía en que ZZ mensualmente comunicaba a XX la liquidación de la participación que a ésta le correspondía en los transportes aéreos realizados en el mes inmediatamente anterior. Dicha liquidación se acompañaba con las guías respectivas emitidas a nombre del cliente correspondiente por parte de ZZ en las que se indicaba no sólo la tarifa del transporte aéreo sino, en forma desglosada, las tarifas cobradas por todos los demás servicios que ZZ le había prestado a dicho cliente, tales como bodegaje, manipulación de carga, transporte terrestre, handling y en general, aquellos servicios sobre cuya tarifa no correspondía participación a XX, ya que se habían establecido expresamente como tareas de responsabilidad, cargo y costo de ZZ, según lo acordado en el contrato.

12. La demandada señala que durante la ejecución del contrato, no obstante entregar mensualmente los resultados del negocio, no recibió de parte de XX sino que observaciones menores y que la auditoría y cuestionamiento de la demandante sólo se produjeron después que XX participó, en mayo de 2006, en la creación de una nueva sociedad competidora de ZZ, denominada TR2, fecha a partir de la cual solicitó el envío de copia del contrato suscrito entre ZZ y TR1, requirió liquidaciones y facturas de TR1 y TR6, anunció una auditoría y remitió el 30 de junio de 2006 una carta reclamando la suma de \$ 569.847.735 más IVA por una “desviación parcial de valores transportados”. Señala que a contar de entonces, se imputaron a ZZ falsos incumplimientos a objeto de terminar anticipadamente el contrato; hubo diversos inconvenientes en la embarcación de la carga y el día 20 de octubre de 2006, XX remitió una carta estableciendo unilateralmente y sin cumplir con los acuerdos del contrato, tarifas mínimas que ZZ debía pagar dependiendo del cliente y del destino de la carga, tarifas que ZZ aceptó a partir del mes de noviembre, con excepción de la aplicable a TR1, por cuanto con esta empresa existía un contrato vigente suscrito el 21 de junio de 2004; lo anterior culminó con la carta del 7 de marzo de 2007 mediante la cual XX dio aviso de término del contrato al 31 de mayo de 2007.

13. Agrega la demandada principal que, en relación al contrato, a ZZ le correspondía vender por cuenta y riesgo propio y no de XX, los servicios de transporte de carga aérea, y que la responsabilidad y costos de las etapas anteriores y posteriores al referido transporte aéreo correspondían exclusivamente a ZZ, por lo que era justo que sólo esta última tuviese derecho a los beneficios que dichas actividades podían producir, lo cual fue así entendido y aceptado por XX, desde el momento que, en conocimiento de las tarifas y los cobros efectuados a los clientes por tales servicios y la forma como se distribuían los

distintos servicios en las liquidaciones mensuales entregadas, entre los que se encontraba el transporte aéreo, jamás efectuó reclamo alguno.

14. En relación a la naturaleza jurídica del contrato, sostiene la demandada principal que, no obstante su denominación, no se trata de un mandato comercial como lo pretende la demandante. Fundándose en diversas cláusulas del contrato que estima incompatibles con la figura del mandato, y en la norma del inciso segundo del Artículo 1.564 del Código Civil, afirma que la verdadera intención de las partes fue la de celebrar un contrato innominado de colaboración empresarial, por el cual dos empresas independientes formaron una alianza estratégica para desarrollar un negocio común referido al transporte de carga aérea dentro del país, de tal forma que XX, por una parte, aportaba sus medios de transporte aéreo, y por la otra, ZZ ponía a disposición su estructura logística y comercial para llevar a efecto esta clase de servicio.

Agrega que ZZ informó mensualmente a XX los cobros realizados, las tarifas aplicadas y su correspondiente desglose en diversos ítems, de modo que, tanto la norma de interpretación de los contratos antes citada, que alude a la verdadera intención de los contratantes reflejada en su aplicación práctica, como la doctrina de los actos propios, que impone a las partes el deber de respeto y sometimiento a las situaciones jurídicas generadas por la conducta anterior de las mismas, conducen a desestimar las pretensiones de la actora, desde el momento que XX durante toda la vigencia del contrato, hasta que decidió participar en la creación de TR2, aceptó en forma indubitada la forma de cobro de los servicios por parte de ZZ y recibía a satisfacción el pago de las facturas que la demandante emitía a esta última por los fletes aéreos realizados, con conocimiento de la conformación de cada uno de los ítems de la tarifa cobrada a los clientes.

15. Según la demandada, la determinación correcta de la contraprestación que ZZ debía pagar a XX surge de la distinción que se hace en el contrato entre el flete aéreo propiamente tal y las tareas de transporte terrestre, custodia, bodegaje y embarque que son de cargo de ZZ. Por ello la cláusula VI.4. se denomina "Tarifas de carga nacional" que comprende todos los ítems del servicio de transporte de carga, que incluye el flete aéreo, en oposición al vocablo "flete aéreo" utilizado en el anexo B del contrato, que no incluye todas las tareas que eran desarrolladas por ZZ. Ello es concordante con la intención de las partes ya que cada una asume los costos por su operatoria y recibe los beneficios por tal actividad.

16. Expone que, aun en el evento que se estimara la relación jurídica celebrada entre las partes como un mandato mercantil, tampoco habría incumplimiento imputable a ZZ, dado que, tanto el Artículo 2.117 del Código Civil como el Artículo 275 del Código de Comercio, remiten a la convención de las partes como primera fuente para determinar los honorarios del mandatario y, conforme a la cláusula VI.4. del contrato, dicha remuneración correspondía a la tarifa cobrada a los clientes por el transporte de la carga, menos la comisión que debía pagar a XX, la que se calculaba sobre el porcentaje del flete aéreo, como lo establece el anexo B del mismo instrumento; de este modo, agrega, según los antecedentes expuestos, no es posible imputar a ZZ una infracción al Artículo 278 del Código de Comercio, debido a que esta última sólo percibió como remuneración aquello que en virtud del contrato legítimamente le pertenecía.

17. Menciona XX que la pretensión de la actora incluye períodos de los años 2002, 2003, 2004 y hasta mayo de 2005, comprendidos bajo el contrato de 1 de junio de 2001, en circunstancias que a éste se le puso término por voluntad de XX el año 2005, dejando las partes pendiente únicamente la liquidación final de dicho contrato, la cual se realizó del mismo modo que se realizaron las liquidaciones anteriores, celebrándose un nuevo contrato el 1 de junio de 2005, de modo que este nuevo pacto sustituyó al anterior, lo que permite afirmar la extinción de todos los efectos derivados del primero y de lo cual concluye la inadmisibilidad de toda pretensión fundada en aquel instrumento.

18. Concluye que el único contrato vigente entre las partes es aquel del 1 de junio de 2005, que éste posee la naturaleza jurídica de un convenio de colaboración empresarial, que ZZ ha cumplido a cabalidad sus obligaciones mediante la entrega de las liquidaciones mensuales a la demandante con el detalle de sus ítems, incluido el flete aéreo, único sobre el cual XX tenía derecho a participar, que tales liquidaciones no fueron objetadas por XX quien percibió sus participaciones, que la pretensión de la actora de participar en los servicios prestados por ZZ es absurda y que la razón de la demanda es el hecho de haber constituido la actora una sociedad competidora de ZZ, por lo que solicita el rechazo de la demanda de XX en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

V. Demanda reconvenzional

19. En su demanda reconvenzional ZZ solicita resolver: 1) Que se acoge la demanda interpuesta, declarando que XX ha incumplido las obligaciones derivadas para ella del “Contrato de Gestión de Carga Aérea” de fecha 1 de junio de 2005, de conformidad a lo denunciado en el cuerpo de la demanda reconvenzional. 2) Que, en mérito de lo anterior, se condene a XX al pago de los perjuicios provocados a ZZ 3) Que ZZ se reserva el derecho a litigar sobre la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo, y 4) Que se condene en costas a la demandada XX.

20. Para fundar su acción reconvenzional de incumplimiento contractual con indemnización de perjuicios, ZZ sostiene que XX infringió el contrato denominado de “Gestión de Carga Aérea” de 1 de junio de 2005, da por reproducido lo dicho en la contestación a la demanda principal e insiste en que dicha convención configuró un acuerdo de colaboración empresarial, en el que la confianza y la buena fe fueron siempre elementos esenciales de la relación contractual, los que XX defraudó, causando perjuicios a ZZ que dicha demandada reconvenzional deberá indemnizar.

21. Entre las actuaciones de XX que ZZ estima escapan a la conducta honorable que cada contratante espera de su contraparte, menciona que la primera constituyó la sociedad TR2, cuyo giro es equivalente al que desarrolla ZZ y que, desde entonces, tuvo actuaciones reñidas con las prácticas comerciales como fueron la de tomar contacto con empleados calificados de esta última a objeto de contratarlos para que le prestaran servicios; solicitar en mayo de 2006 el envío de información relacionada con los principales clientes, la que fue entregada confidencialmente por ZZ, no obstante lo cual XX la transmitió a su empresa relacionada TR2, permitiendo que esta última se comunicara con varios de dichos clientes para ofrecerles sus servicios, incurriendo en competencia desleal y produciendo la pérdida de importantes ingresos.

22. Agrega que a partir del mismo mes de mayo de 2006, XX imputó falsos incumplimientos del contrato y realizó otros actos de hostigamiento, y el 20 de octubre de 2006 envió una carta en la que, en forma unilateral, estableció tarifas mínimas que ZZ debía pagar a XX dependiendo del cliente y destino de la carga y que no obstante la arbitrariedad de la medida, ZZ la aceptó a partir del mes de noviembre con excepción del caso de TR1, cliente con el cual ya tenía fijada su tarifa por contrato de 21 de junio de 2004.

23. ZZ califica estas actuaciones como flagrantes incumplimientos contractuales, los que ocasionaron cuantiosos perjuicios a ZZ, puesto que XX intentó destruir la reputación de ZZ y facilitó que TR2 ingresara al mercado sin mayores dificultades, aprovechándose de la información confidencial solicitada y del conocimiento generado por la actora reconvenzional después de años de trabajo, culminando con el aviso de término de contrato al 31 de mayo de 2007, conforme a dicho convenio, ya que no pudo acreditar incumplimientos de ZZ para hacerlo antes de esa fecha.

24. ZZ invoca como fundamento jurídico de su demanda reconvenzional, especialmente, el Artículo 1.546 del Código Civil que obliga a los contratantes a actuar de buena fe y a cumplir no sólo lo expresado

en los contratos sino que también las cosas que emanan de su naturaleza, de modo que, en este caso, los contratantes debían realizar todos los comportamientos conducentes al logro del resultado buscado en el contrato, lo que era especialmente importante desde que las partes se asociaron estratégicamente para desarrollar un negocio común referido al transporte de carga en el país de manera que cada uno de los contratantes aportaba sus medios para ello.

25. En este orden de ideas, ZZ sostiene haber cumplido a cabalidad las obligaciones asumidas y, por el contrario, afirma que la demandada reconvenzional incurrió en diversas infracciones a los deberes fiduciarios que había asumido, pues ha defraudado la confianza y buena fe propia del contrato de múltiples formas, la primera de ellas, por haber divulgado información confidencial facilitando la utilización de secretos empresariales a su empresa asociada TR2, para efectuar una competencia por medios impúdicos.

26. Sostiene la actora reconvenzional que XX también incurrió en conducta desleal al participar en la creación de TR2, empresa del mismo giro de ZZ, aprovechando la ventaja que le daba conocer con exactitud los servicios que proporcionaba y las tarifas que cobraba ZZ a sus clientes., puesto que tal tipo de conducta está prohibida en el Artículo 404 N° 4 del Código de Comercio, que si bien se refiere específicamente al contrato de sociedad, no cabe duda alguna que tal prohibición también debe ser aplicada en este contrato atípico, muy similar al de sociedad. Menciona que, además de haber constituido la empresa competidora aludida, XX realizó un conjunto de actividades desleales como inducir a trabajadores de ZZ a terminar su relación de trabajo, captar clientela utilizando los conocimientos reservados sobre servicios y tarifas que había adquirido, obstaculizar el normal desenvolvimiento de las actividades de ZZ con actos tales como no despachar la carga gestionada por esta última, aduciendo pretextos que implicaban un abuso de un derecho excepcional previsto en el contrato e incumpliendo también la obligación de trato preferente contemplada en la convención.

27. Finaliza ZZ sosteniendo que, como consecuencia de todas las intencionales infracciones contractuales en las que incurrió XX, dicha demandante reconvenzional ha sufrido, sufre y sufrirá daños, los que serán acreditados en cuanto a su especie y monto al momento de la ejecución de la sentencia, conforme a lo establecido en el Artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, por lo que solicita se haga lugar a su demanda, según los términos reseñados en considerandos anteriores.

VI. Contestación a la demanda reconvenzional

28. En su escrito que rola de fojas 170 a fojas 191, la demandada reconvenzional XX discute, en primer término, la naturaleza jurídica de contrato innominado de colaboración empresarial que la demandante reconvenzional ZZ atribuye a la convención celebrada entre las partes, para lo cual describe las características de este tipo de contratos, expone los elementos que la doctrina les atribuye y compara tal descripción con diversas cláusulas del contrato de gestión de carga aérea suscrito por las partes el 1 de junio de 2005, concluyendo que la estructura y obligaciones previstas en este último son incompatibles con aquellas que conforman un pacto de colaboración empresarial, de modo que la convención celebrada entre XX y ZZ debe ser calificada como mandato comercial, conforme a lo previsto en los Artículos 2.116 del Código Civil y 233 del Código de Comercio, salvo modificaciones de elementos accidentales pactadas para adecuarlo a la industria del transporte aéreo.

29. En esta línea de argumentación, señala que en el contrato de colaboración empresarial dos o más partes ponen en común o combinan en una asociación organizativa de carácter no societario, sus recursos financieros, conocimientos, medios, experiencias y otros, en pos de un objetivo o beneficio común, lo que se opone a los contratos que denomina de cambio, en los que cada parte se propone y busca alcanzar un objetivo propio. Señala que el contrato de gestión de carga aérea celebrado es de estos últimos, en cuanto existe una clara relación de subordinación de ZZ a XX, ya que la segunda

contrata los servicios de la primera y le confiere mandato comercial para que gestione y realice por cuenta de la mandante la comercialización y la manipulación de la carga, según lo expresa la cláusula I. “Generalidades” del respectivo instrumento.

Cita también otras cláusulas en el mismo sentido y en cuanto a la estipulación número II.2. sobre “Trato Preferencial”, aclara que ella demuestra la ausencia de una ánimo asociativo, pues da cuenta de la independencia y libertad de los contratantes para celebrar actos jurídicos similares con terceros, sujeto a la limitación de que cualquier condición más favorable que se otorgue a dichos terceros, deberá ser replicada a favor de la contraparte del contrato de gestión de carga aérea aludido. Agrega que no existe exclusividad comprometida entre las partes, cláusula propia de los contratos asociativos, sino sólo la cláusula de trato preferencial, de modo que no resulta aplicable la norma del Artículo 404 N° 4 del Código de Comercio, como pretende ZZ.

Asimismo, alude a que en el contrato suscrito por las partes no existe un mecanismo de distribución de ganancias y pérdidas, propio de los convenios asociativos o de colaboración empresarial, puesto que el régimen económico pactado contempló sólo el pago de una comisión que percibiría ZZ por las ventas de los servicios de transporte de carga aérea que realizare, conforme a lo previsto en los Artículos 235 y siguientes y 302 y siguientes, del Código de Comercio.

Finalmente, en este punto, XX señala que en el contrato suscrito por las partes, no existe la relación de horizontalidad propia de los convenios asociativos, ya que XX tenía múltiples facultades de control, revisión y auditoría sobre ZZ, puesto que esta última sólo se encargaba de la gestión de venta de los servicios de transporte aéreo de carga por cuenta de XX.

Concluye, por ello, que no existe el contrato de colaboración empresarial que argumenta ZZ.

30. A continuación, XX se refiere a los incumplimientos contractuales que se le imputan. Reconoce, en primer término, la constitución de la sociedad TR2, pero indica que no existe en el contrato disposición alguna que prohíba a XX la constitución de sociedades filiales o coligadas para realizar un giro similar al de ZZ y que, por el contrario, según se desprende de la cláusula II.2. sobre “Trato Preferencial”, se autoriza a las partes celebrar con terceros contratos similares, sin distinguir si estos terceros pueden o no ser empresas relacionadas con las partes, por lo que XX sólo ha ejercido un derecho que la Constitución le garantiza en varias disposiciones.

31. En cuanto a la imputación de acciones reñidas con las prácticas comerciales relacionadas con la contratación de personal de ZZ por parte de TR2, señala que esta última es una empresa coligada en la que XX sólo tiene el 30% de los derechos sociales, sin participación en el gerenciamiento de la misma, que no es efectivo que XX haya realizado acciones para levantar a trabajadores de ZZ y que simplemente operó la ley del mercado de trabajo. Agrega que no existe perjuicio y que de existir, éste sería de naturaleza extracontractual, cuyo conocimiento escapa a la competencia del Tribunal Arbitral.

32. Respecto a la imputación de que habría facilitado a TR2 información confidencial obtenida de ZZ, expresa XX que tal afirmación constituye una acusación grave e infundada, puesto que no ha existido ningún tipo de intercambio de información confidencial propia de ZZ con dicha sociedad, ya que toda la información sobre clientes, tarifas y condiciones del transporte es de su propiedad como empresa mandante y a cargo del transporte de las mercaderías cuya venta gestionaba la demandante reconventional, citando al efecto las cláusulas contractuales por las que ZZ estaba obligada a darle tal información, sin que ésta tuviere carácter confidencial. Señala que la desviación de clientes es consecuencia del ingreso de un competidor que ofreció mejores servicios, condiciones y precios, dentro de un mercado limitado, y no al supuesto manejo de información confidencial; eventualmente, indica que

la competencia desleal imputada constituye un asunto vinculado a la responsabilidad extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia conforme a lo previsto en la ley 20.169, sin que el Árbitro tenga competencia al respecto.

33. Menciona que no es efectivo haber privilegiado, con infracción al contrato, los embarques de TR2 en Arica en perjuicio de ZZ, ya que se informó a esta última que la tarifa que ofrecía pagar por los fletes embarcados en dicha ciudad era inferior al costo de operación y que aquella pagaba un mejor precio, sin que ZZ adoptara una medida para mejorarla, no obstante haber sido requerida para ello. Señala también que en el contrato no existe exclusividad para ZZ y el trato preferencial obliga a dar un tratamiento “no menor del nivel ofrecido por las dos partes a otros clientes o proveedores con contratos similares”.

34. Referente a las tarifas mínimas aplicadas a partir de noviembre de 2006, destaca que el contrato prevé la facultad de XX de objetar las tarifas de ZZ cuando éstas consideran precios inferiores al mercado o son menores a los costos de operación del transporte aéreo, lo cual es lógico ya que ZZ es una intermediaria que vende los fletes de carga de XX, y es esta última la que asume el riesgo de la venta y de los precios que cobra ZZ en su nombre, por lo cual, conforme a la naturaleza propia del contrato de mandato, resulta aplicable la norma del Artículo 2.131 del Código Civil en cuanto establece que “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato..”, de modo que no habría existido infracción contractual alguna en este punto.

35. Expone que las imputaciones de ZZ en contra de XX en orden a que ésta habría infringido el contrato de colaboración empresarial que supuestamente involucraba un compromiso de exclusividad entre las partes, contrastan con su propio actuar posterior a la demanda, ya que el 30 de marzo de 2007, XX se informó por un aviso de prensa de la celebración de un contrato entre ZZ y TR7, similar al que mantenía con XX para la gestión de carga aérea, por lo que debería colegirse que, desde la perspectiva de la actora reconvenional, los deberes fiduciarios y de buena fe que menciona en su demanda obligarían sólo a XX y no a ZZ, puesto que esta última ha incurrido en los mismos incumplimientos por los cuales deduce su demanda, de donde puede inferirse que no existe contrato asociativo ni hay exclusividad en el contrato que vincula a ZZ con XX o, eventualmente, que correspondería aplicar, respecto de tal acción reconvenional, la excepción del contrato no cumplido.

36. En razón de los antecedentes y argumentos expuestos, se solicita el rechazo de la demanda reconvenional en todas sus partes, con costas.

VII. Gestiones de conciliación

1. A fojas 195 rola la resolución de 28 de mayo de 2007, por la cual el Tribunal citó a una audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo con fecha 8 de junio de 2007, según consta a fojas 199, acordándose que las partes mantuvieran reuniones separadas con el Árbitro para este efecto.

2. A fojas 203 rola la resolución de 4 de octubre de 2007, por la cual se citó a una audiencia de conciliación que se llevó a efecto el día 10 del mismo mes, según consta a fojas 208, en la que el Árbitro propuso bases de conciliación a los apoderados de las partes, quienes después de consultar a sus mandantes, expusieron que no se había logrado acuerdo, según consta del acta de fojas 209, correspondiente a la audiencia celebrada el día 19 de octubre de 2007, por lo que se dio por concluida la gestión de conciliación.

VIII. Plazo del arbitraje

1. A fojas 195, atendido lo previsto en el Artículo 33 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, mediante resolución de fecha 28 de mayo de 2007, el

Árbitro prorrogó el plazo para tramitar la causa por el término de seis meses, a contar de la expiración del plazo original.

2. A fojas 208, consta que en la audiencia de 10 de octubre 2007 las partes de común acuerdo prorrogaron el plazo del arbitraje hasta el 31 de junio de 2008, y finalmente, mediante escrito de fojas 346, proveído mediante resolución de 21 de abril de 2008, escrita a fojas 347, ambas partes prorrogaron la jurisdicción del Árbitro para conocer y fallar la causa, hasta el 30 de septiembre de 2008.

IX. Prueba

1. Interlocutoria de prueba

A fojas 210 rola la resolución fechada el 30 de octubre de 2007, mediante la cual se recibió la causa a prueba, contra la cual ZZ dedujo reposición, en razón de haberse reservado el derecho a litigar sobre la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo, por lo que no correspondía incorporar dicha materia en el auto de prueba, recurso que fue acogido parcialmente en la resolución de 12 de diciembre de 2007, escrita a fojas 235, fijándose en definitiva, como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

- “Efectividad de que la demandada principal ZZ incurrió en hechos constitutivos de incumplimiento a sus obligaciones establecidas en los contratos denominados “Mandato de gestión de carga aérea” de 1 de junio de 2001 y “Gestión de carga aérea” de 1 de junio de 2005.
- En la afirmativa, efectividad de que tales hechos ocasionaron perjuicios a la demandante principal; en la afirmativa, naturaleza, especie y monto de los perjuicios.
- Efectividad de que la demandada reconvenional XX incurrió en hechos constitutivos de incumplimiento a sus obligaciones establecidas en los contratos denominados de “Mandato de gestión de carga aérea de 1 de junio de 2001 y “Gestión de carga aérea de 1 de junio de 2005.
- En la afirmativa, efectividad de que tales hechos ocasionaron perjuicios a la demandante reconvenional; en la afirmativa, naturaleza de tales perjuicios”.

2. Documental

XX, demandante principal y demandada reconvenional acompañó los siguientes documentos rolantes en las fojas que se indican:

- 2.1. A fojas 5 y a fojas 102 fotocopias del “Contrato de Gestión de carga Aérea” de 1 de junio de 2005, y a fojas 23 y a fojas 87 fotocopias del “Mandato de Gestión de Carga Aérea”, datado el 1 de junio de 2001.
- 2.2. A fojas 39 copia de escritura pública Mandato Judicial XX a AB1, y a fojas 120 ampliación del mandato judicial XX al mismo apoderado.
- 2.3. A fojas 41 copia de escritura pública de Inserción de acta Nominación de Presidente y Gerente XX.
- 2.4. De fojas 44 a 65 fotocopias de correspondencia intercambiada entre XX y ZZ.
- 2.5. A fojas 169 fotocopia de un recorte de página del diario El Mercurio de 30 de marzo de 2007, acompañado con escrito de fojas 170.
- 2.6. Con escrito de fojas 219 se acompañan: Memorando interno elaborado por el Departamento de Auditoría de XX de 15 de junio de 2006 (fojas 214); carta y borrador de Addendum de contrato

firmado por el representante legal de ZZ (fojas 216 y 217) y fotocopia de una página de prensa de mayo 2007.

2.7. A fojas 268 copia de la orden de servicio o comprobante de vuelo N° 0107764.

La parte demandada no objetó los documentos acompañados.

ZZ, demandada principal y demandante reconventional acompañó los siguientes documentos:

2.9. A fojas 76, copia de la escritura pública a la que se reduce la sesión extraordinaria de directorio de ZZ con designación de Presidente, Gerente General y poderes, otorgada el 20 de marzo de 2002 ante el Notario don NT3.

2.10. Con escrito de fojas 240 se acompañan 37 cajas conteniendo las órdenes de servicio o guías relativas a las cargas voladas entre enero de 2003 y mayo de 2007 y 53 listas, una por cada mes, que dan cuenta del número de cada guía, ordenadas correlativamente según cada aeropuerto de origen.

2.11. Con escrito de fojas 242 se acompañan en dos archivadores los siguientes grupos de documentos:

1. Contratos, documentos 1.1 a 1.4.
2. Liquidaciones, documentos 2.1.1, 2.1.2 y 2.2.1 a 2.2.2. en los que se agrupan por meses y años las cartas y correos electrónicos con liquidaciones de 2003 a 2007.
3. Órdenes de servicio. Copia de las cartas enviadas por ZZ relativas al envío de las carpetas con las copias de las órdenes de servicio mensuales.
4. Incumplimientos de XX. Copia de los siguientes documentos: 4.1. Documentos sobre la constitución de la sociedad TR2. 4.2. Copias de 18 cartas. 4.3. Copias de numerosos correos electrónicos. 4.4. Dos antecedentes sobre trabajadores. 4.5. Correo electrónico referente a la creación de TR2.
5. Actividad de ZZ por prestación de servicios de carga terrestre: Nueve documentos.
6. Antecedentes sobre la naturaleza del contrato: Ocho correos electrónicos.
7. Antecedentes sobre la independencia de actuación de ZZ: Seis documentos
8. Contrato de Handling: Cuatro documentos.
9. Pagos efectuados a XX por ZZ: Copias de numerosas facturas de diversos períodos.
10. Balances de los años 2002 a 2007.
11. Publicaciones, tres en diversos medios
12. Peritaje. Documento con este nombre, suscrito por don PE1 y don PE2.

Objeciones a los documentos

En relación a los documentos acompañados con el escrito de fojas 242, XX, por escrito de fojas 268, objeta el documento N° 12 denominado peritaje, y sostiene que no es un informe de peritos, puesto que fue elaborado por encargo de ZZ y corresponde a la opinión no imparcial de dos profesionales emitida cuando el juicio ya se había iniciado. Respecto a los documentos citados en el punto 4.3., correspondientes a diversos correos electrónicos, los objeta por emanar de la parte que los presenta, sin constar de haber sido recibidos por los destinatarios. Respecto a algunos otros documentos sólo se formulan observaciones en cuanto a su contenido.

3. Absolución de posiciones

Por resolución de 20 de diciembre de 2007, escrita a fojas 255, se citó a absolver posiciones a don A.I., representante legal de ZZ, realizándose dicha diligencia con fecha 27 de diciembre de 2007, al tenor de las preguntas acompañadas en sobre cerrado agregadas a fojas 260, según da cuenta el acta de fojas 263.

4. Testimonial

La prueba testimonial se rindió entre el tres y el ocho de enero de 2007, según consta de fojas 281 a 334, en diversas audiencias. Declararon, previa su identificación, debidamente juramentados, preguntados en su caso para tachas y a continuación legalmente interrogados, los siguientes testigos:

4.1. Testigos de XX:

A.C., audiencia de 3 de enero de 2008, a fojas 281;
G.F., audiencia de 3 de enero de 2008, a fojas 288;
F.R., audiencia de 4 de enero de 2008, a fojas 294;
A.D., audiencia de 4 de enero de 2008, a fojas 300;

4.2. Testigos de ZZ:

R.B., audiencia de 7 de enero de 2008, a fojas 310;
J.P., audiencia de 7 de enero de 2008, a fojas 318;
S.C., audiencia de 8 de enero de 2008, a fojas 322;
S.S., audiencia de 8 de enero de 2008, a fojas 328.

4.3. Tachas

Se opusieron tachas contra algunos testigos por diversas causales, las que se resolverán más adelante.

5. Informe de perito

En el tercer otrosí del escrito de fojas 219, XX pidió la designación de un perito y lo propio hizo ZZ en el otrosí de su escrito de fojas 242; citadas las partes a la audiencia de rigor que se realizó el 27 de diciembre de 2007, según acta de fojas 266, acordaron los puntos del peritaje y la calidad profesional del perito, como también convinieron en designarlo de común acuerdo y a falta de éste, que lo designara el Tribunal. Por escrito de fojas 304, ambas partes acuerdan designar perito a don PE3, quien en definitiva fue nombrado por el Tribunal, según la resolución de 7 de enero de 2008, escrita a fojas 310. El perito aceptó la designación y juró desempeñar el encargo ante el notario suplente de la Notaría de Santiago, don NT4, con fecha 31 de enero 2008, según consta a fojas 345.

El informe pericial se tuvo por evacuado el 8 de mayo de 2008, según consta de la resolución de fojas 354, y se puso en conocimiento de las partes para sus observaciones, recibándose sólo la de la parte de XX dentro de plazo. Éstas fueron puestas en conocimiento del perito por resolución de 28 de mayo de 2008, de fojas 377, quien las respondió por carta de 24 de junio de 2008, acompañada a fojas 399.

X. Término del período de prueba y observaciones la prueba

A fojas 406, con fecha 17 de julio de 2008, se certificó el vencimiento del período probatorio. A fojas 416 XX presentó sus observaciones a la prueba y lo propio hizo ZZ a fojas 427.

XI. Citación para sentencia

A fojas 463, por resolución de 16 de septiembre de 2008, se cita a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

A. En cuanto a las objeciones a los documentos

Primero: Que en el N° 1.- de lo principal del escrito de fojas 268, XX objetó el denominado “informe pericial” acompañado por ZZ bajo N° 12. de lo principal del escrito de fojas 242, en razón de no corresponder sino a un informe elaborado por dos profesionales por encargo de la demandada principal que no cumple los requisitos propios de un peritaje, según la regulación de las normas del párrafo 6° de Título XI del Código de Procedimiento Civil, y pide que se le prive de todo mérito legal, objeción que deberá ser rechazada por cuanto, independiente del nombre que se le asigne, dicho informe fue ratificado por sus autores, los señores R.B. y J.P., quienes declararon en calidad de testigos, a fojas 310 y 318, respectivamente, de modo que la ponderación de su mérito corresponderá hacerla desde esta última perspectiva y no como prueba documental o pericial.

Segundo: Que en los N° 1 y N° 2 de lo principal del escrito de fojas 268, XX objetó las copias de mensajes de correo electrónico acompañadas por ZZ en los puntos 4.3.1. y 4.3.2. de lo principal del escrito de fojas 242, objeciones que corresponderá acoger a su respecto, por cuanto efectivamente se trata de documentos emanados de la propia parte que los presenta e invoca a su favor y no existe constancia en autos de que hubieren sido recibidos por sus destinatarios, de modo que no corresponderá asignarles mérito probatorio.

B. En cuanto a las tachas a los testigos

Primero: Que a fojas 281 se tacha al testigo de la demandante señor A.C., por las causales de los números 6 y 7 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en razón de ser trabajador de la empresa TR8 del grupo de empresas de don J.P., al cual pertenece la demandante XX, tacha que deberá ser rechazada por cuanto no se han acreditado las causales invocadas en razón de que no se ha demostrado que el testigo pudiere tener un interés pecuniario en los resultados del juicio, como lo exige la jurisprudencia reiterada sobre la materia, como tampoco que existiere algún grado de amistad o de enemistad con alguna de las partes de la causa, manifestadas por hechos graves, como lo exige la norma, de modo que no existen antecedentes para afirmar la concurrencia de situaciones que pudieren restar imparcialidad a su testimonio, en la forma prevista en la citada disposición legal.

Segundo: Que el testigo don G.F., quien depone a fojas 288, fue tachado por las causales de los números 4 y 5 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que reconoció ser trabajador dependiente de la demandada XX, causal que deberá ser acogida por el Tribunal por cuanto la citada norma consagra expresamente la inhabilidad para declarar de los trabajadores dependientes de una de las partes, causal objetiva que no puede ser desconocida por el Juez.

Tercero: Que a fojas 294 presta testimonio don F.R., quien fue tachado por la causal del número 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, tacha que deberá ser rechazada por cuanto el solo hecho de que el testigo sea socio de una sociedad que, a su vez, es socia de una sociedad competidora de la demandada ZZ, no acredita en modo alguno un interés pecuniario en las resultas del presente juicio, ya que cualquiera que sea dicho resultado, en nada afectará éste económicamente a su empresa TR9, socia de TR2, ninguna de las cuales es parte en la causa.

Cuarto: Que el testigo señor A.D., quien declara a fojas 300, fue tachado por las causales de los números 6 y 7 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, no obstante lo cual, según consta a fojas 307, el apoderado de la demandada ZZ se desistió de la causal de tacha del número 7 de la citada disposición, por lo que sólo cabe pronunciarse por la causal del número 6 del aludido artículo, tacha que deberá ser rechazada en razón de que no se ha acreditado en modo alguno que el testigo pudiera tener algún interés económico en el resultado del presente juicio, cual lo exige la norma y lo ha declarado la jurisprudencia.

Quinto: Que los testigos señores R.B., de fojas 310 y J.P., de fojas 318, fueron tachados por la causal del número 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, tacha que deberá ser rechazada ya que el sólo hecho de haber sido contratados por la demandada ZZ para prestar un servicio profesional consistente en la emisión de un informe técnico, en modo alguno constituye un hecho que configure un interés pecuniario en los resultados del juicio, puesto que el interés al que alude el señor J.P. en su testimonio en orden a que la demandada gane el juicio, no se ha acreditado que pudiera tener influencia en la percepción de algún beneficio económico consecuente, sino que más bien lo vincula a una satisfacción profesional de entenderse validado su trabajo, lo cual no permite afirmar que tal interés pudiera llevarlo a distorsionar la verdad de las conclusiones técnicas de su informe que ratificó en calidad de testigo.

Sexto: Que el testigo señor S.S., quien declara a fojas 328, fue tachado por la causal del número 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, tacha que deberá ser acogida por cuanto ha reconocido tener la calidad de accionista de la demandada ZZ, por medio de su sociedad de inversiones TR10, de modo que resulta evidente que el resultado del presente juicio podría causar un impacto financiero negativo o positivo a ZZ, lo que afectará en definitiva los resultados económicos de su sociedad de inversiones.

C. En cuanto al fondo

Demanda principal

Primero: Que, según lo expresado por las partes, XX es una línea aérea que opera diversas rutas en el país, cuyo principal objeto es el transporte de pasajeros y, adicionalmente, el de la carga aérea y que ZZ es una sociedad anónima, constituida el año 2001, cuyo giro consiste en la administración, manejo, operación y venta de espacios de transporte de carga en líneas aéreas en el territorio nacional.

Que ambas partes reconocen haber celebrado por instrumento privado un contrato denominado “Mandato de Gestión de Carga Aérea” datado el 1 de junio de 2001, pero suscrito el 1 de junio de 2002, autorizadas las firmas por el notario de Santiago don NT5 el 28 de agosto de 2002, contrato que, conforme a la cláusula I.3, tenía una duración de 24 meses corridos, contados a partir de la fecha de suscripción, renovables por períodos de un año en forma automática salvo que alguna de las partes decidiera no prorrogarlo, para lo cual bastaba la comunicación por escrito en tal sentido dada a la otra con a lo menos 60 días de anticipación, y que, con fecha 1 de junio de 2005, celebraron, por instrumento privado, un contrato denominado “Contrato de Gestión de Carga Aérea”, el que estaba vigente a la fecha de interposición de la demanda, documentos que fueron acompañados a fojas 87 y siguientes, el primero, y fojas 102 y siguientes, el segundo, por la demandante, y como documentos 1.1 y 1.2 con el escrito de fojas 242, por la demandada, instrumentos que no han sido objetados. Cuando en estos considerandos se haga mención al “contrato” se entenderá referido al Contrato de Gestión de Carga Aérea de 1 de junio de 2005, salvo que expresamente se indique lo contrario.

Segundo: Que el Artículo I.- del contrato, bajo la denominación de “Generalidades”, señala el objeto del mismo en los siguientes términos: “Por el presente acto XX contrata los servicios de ZZ a fin de que esta última venda servicios de transporte de carga aérea nacional. Para tal efecto, por este acto XX

confiere mandato comercial a ZZ para quien acepta su representante compareciente, para que esta última gestione y realice por cuenta de la primera la comercialización y manipulación de carga en las rutas nacionales que vuela XX, en la forma y con las limitaciones y atribuciones que da cuenta este contrato”.

Que conforme a la cláusula 1.5.- del contrato, “ZZ es responsable de la gestión comercial y operativa de su carga en los espacios aéreos disponibles, lo que incluye la recepción de su carga en los terminales, el almacenaje hasta la entrega, el despacho desde las bodegas hasta el avión y su estiba dentro del avión y suministro del certificado de peso de cada partida y el total, la descarga, recepción, manejo y almacenamiento de la carga transportada, la notificación y entrega de la misma a los consignatarios”.

Que se desprende de las dos cláusulas transcritas, inequívocamente, la voluntad de las partes en el sentido que XX se encargaba de realizar el flete aéreo de la carga y que encomendaba a ZZ, la que aceptaba, realizar la gestión comercial y operativa del proceso desde la recepción de la carga en los terminales, su adecuado embarque, hasta la total descarga y entrega de la misma a los consignatarios.

Que la cláusula I.1.- del contrato, bajo la denominación de “Ejecución”, confirma lo antes señalado y precisa que: “La gestión de los servicios que ZZ ha acordado realizar por cuenta de XX consta en las cláusulas de este Convenio y sus anexos, los que forman parte integral del presente convenio, en adelante “el contrato.”

Que la cláusula I.2.- del contrato, “Cobertura”, señala que: “Los servicios que ZZ prestará se limitarán a los espacios de carga aérea disponibles en los vuelos de la “línea aérea”. En las rutas en que XX opere ZZ no despachará carga por otros transportadores aéreos, salvo que la capacidad de carga de XX esté agotada o ésta rechace alguna carga específica”, de donde se desprende que ZZ estaba obligada a operar con XX y que sólo podía hacer fletes con otras compañías aéreas a destinos donde XX no volaba o cuando estaba agotada su capacidad o para transportar cargas específicas que XX rechazare, casos en que, como empresa independiente, podía hacer fletes aéreos con otras compañías.

Tercero: Que en relación a las condiciones económicas del contrato debe tenerse presente, en primer término, la cláusula VI.4 “Tarifas de carga nacional” que dispone: “Las tarifas que aplique ZZ en su gestión comercial son de su entera responsabilidad y se adecuarán al mercado chileno, para los productos que se transporten.

“Las tarifas serán comunicadas previamente a XX la que podrá objetar aquellas tarifas que parezcan alejadas de la situación imperante en el mercado.

“ZZ se obliga a entregar una matriz mensual de precios Origen-Destino con 30 días de antelación y explicar las diferentes variaciones mensuales que se produzcan.

“También se obliga a enviar todos los acuerdos tarifarios que actualmente rigen y tenga a futuro con sus clientes.”

Que, adicionalmente, en relación a las condiciones económicas del contrato, se expresa: “VI.1 Las condiciones económicas por las que ZZ pagará por los distintos productos que embarque en las rutas nacionales están consignadas en el Anexo B del presente contrato”.

El mencionado Anexo B “Condiciones comerciales”, bajo el nombre “1.-Comisión a pagar por ZZ a XX”, contiene una Tabla de Pagos a XX en pesos chilenos que comprende las rutas dentro del territorio nacional, y que se desarrolla por tramos ascendentes según los fletes aéreos netos del mes, la que va de 1 a \$ 60.000.000, montos sobre los cuales la comisión equivale al 60%, hasta \$ 100.500.001 a

\$ 105.000.000, sobre los cuales se aplica un 70% y el excedente sobre \$ 105.000.000, que contempla un 60%. Agrega que la comisión indicada y el saldo que cede en favor de ZZ se aplica exclusivamente a la diferencia sobre el último tramo indicado y, por su parte, el punto II “Declaración de Venta y Pago” del mismo Anexo señala que: “La declaración de venta del mes uno deberá ser presentada por ZZ el día diez del mes dos, en las oficinas de la línea aérea, quien tendrá tres días hábiles para aceptarla o imputarla (sic). En caso de que la declaración de ventas sea imputada (sic), ZZ deberá rectificar los errores en un plazo no mayor a dos días y volver a presentarla. ZZ pagará a 45 días del mes siguiente al de los fletes realizados. El informe deberá contener como respaldo: a) Las órdenes de flete voladas en el mes, en originales. b) Un detalle de lo anterior en algún medio magnético, debidamente totalizado”.

Cuarto: Que el contrato datado el 1 de junio de 2001, se denomina expresamente “Mandato de Gestión de Carga Aérea”, lo que se confirma en su cláusula I “Generalidades” al expresar: “Mandato: XX en este acto confiere mandato comercial a ZZ para quien acepta su representante compareciente, de manera que esta última gestionará por cuenta de la primera la movilización y comercialización de carga aérea dentro de las rutas que vuela XX en la forma y con las limitaciones y atribuciones de que da cuenta este contrato”, instrumento cuyas cláusulas son sustancialmente iguales a las del contrato de 1 de junio de 2005, referidas en los considerandos anteriores y que contaba, también, con una tabla análoga a la señalada, pero con tramos y montos diferentes, estipulaciones que permiten concluir que ambos tienen la naturaleza de un mandato comercial.

En efecto, la existencia de una capacidad de flete aéreo en los vuelos de XX es el elemento determinante en el contrato, a partir del cual dicha demandante, en lugar de actuar directamente como lo hace con los pasajeros, contrata a un tercero, ZZ, para que gestione la venta de los espacios de carga disponibles en sus aeronaves y realice la operación de la carga, a cambio del pago de una retribución establecida en el contrato, sin perjuicio de lo cual dicho servicio de carga aérea es secundario frente al negocio de transporte de pasajeros, ya que XX no contaba con aviones de carga, por lo que el flete de la carga aérea servía para completar el espacio remanente de las bodegas no ocupadas por la carga de los pasajeros.

Se confirma la característica de una comisión o mandato comercial del contrato, por el hecho que ZZ debía rendir cuenta mensualmente del transporte de carga efectuado y hacer la liquidación y pago de lo adeudado a XX producto de las ventas del transporte de carga aérea, reteniendo para sí un porcentaje de lo cobrado a los clientes, en forma tal que este tipo de retribución y la rendición de cuentas conforman elementos propios de la definición del mandato comercial, según lo dispuesto en el Artículo 233 del Código de Comercio y el hecho de que ZZ, frente al cliente que necesitaba transportar mercadería por vía aérea actuara a nombre propio no alteraba la naturaleza del contrato, ya que la actuación del mandatario puede ser tanto a nombre del mandante como a su propio nombre, conforme lo disponen el Artículo 2.151 del Código Civil y el Artículo 254 del Código de Comercio.

Asimismo, la exigencia de mantener oficinas, un almacén especial para carga, equipos, personal y la infraestructura suficiente a fin de realizar la venta y operación de la carga y otras obligaciones establecidas en el contrato, no altera tampoco su naturaleza jurídica, sino que constituían condiciones favorables que ya tenía ZZ para ser contratado como agente comisionista por XX, o bien exigencias acordadas entre las partes para que el mandatario pudiera cumplir a cabalidad su cometido y, por otra parte, la autorización para fijar las tarifas, dentro de los valores de mercado y con los otros resguardos de información, entregada a ZZ en el contrato obedecía más bien a las características propias del flete aéreo, en la dificultad comercial de prefijarlas por el comitente, que al reconocimiento de una igualdad jurídica asociativa o de colaboración como lo pretende la demandada.

La aceptación de que el contrato entre las partes no sería un mandato sino uno innominado de carácter asociativo, llevaría a la conclusión de que toda la labor realizada por ZZ incluyendo handling, flete

terrestre, almacenaje, seguros y otros, formarían parte de la asociación y por lo tanto, lo cobrado por dichos servicios debería quedar comprendido en la retribución convenida entre las partes, en forma tal que el total de lo recaudado debería distribuirse entre ambas conforme a los resultados del negocio, en tanto que la existencia del mandato comercial permite a ZZ dar cumplimiento al objeto del contrato, por la retribución convenida y además, realizar los otros servicios requeridos por los clientes percibiendo por ellos un ingreso con independencia al contrato, según lo ha sostenido dicha parte en estos autos. Resulta contradictorio sostener, por una parte, que el contrato consagra una relación asociativa empresarial para el negocio del transporte aéreo entre XX y ZZ, y por la otra, que sólo deben compartirse los ingresos del flete aéreo propiamente tal y no los generados por los otros servicios y que, además, en esta relación asociativa no existen gastos que colacionar para determinar los resultados finales del negocio materia de la asociación.

Quinto: Que la realización del transporte aéreo suele requerir servicios complementarios a los del objeto del contrato. ZZ con su organización estaba en condiciones de entregar estos servicios adicionales al objeto del mandato, los que le permitían ganar un mayor volumen de flete aéreo con XX, por una parte, y por la otra, generar mayores ingresos. Así surge la posibilidad de prestar servicios de flete terrestre desde el domicilio del cliente al aeropuerto, de almacenaje, de embalaje, de frío, de seguros, de manejo o handling, de despacho del aeropuerto al domicilio de entrega y otros, cuando el cliente lo requiere.

Que, si bien el flete aéreo es el objeto principal, ya que sin éste el contrato y el resto de las prestaciones que ZZ puede otorgar carecen de sentido, estos servicios complementarios al flete aéreo otorgados por ZZ, de ser eficientes, facilitan y mejoran el servicio y permiten competir, fidelizar al cliente y generar mayor volumen de fletes aéreos para XX, sin que de las cláusulas del contrato aparezca que se prohíba o limite a ZZ la posibilidad de brindarlos.

Sexto: Que, por otra parte, dado que ZZ contrata directamente con el cliente a su nombre y no a nombre de XX el transporte aéreo de la mercadería, frente a aquel es ZZ el responsable de que ésta llegue oportunamente y en buenas condiciones al destino, ignorando muchas veces el cliente qué línea aérea llevará la carga, tema éste que constituye un problema interno entre ZZ y XX en el cumplimiento del contrato. Ello da origen a que ZZ emita una factura al cliente por la totalidad de los servicios que le presta, comprendiendo, además del flete aéreo de la mercadería, los demás rubros de los servicios, en su caso. Desde la perspectiva del cliente, como él debe pagar el total, resulta indiferente cómo se distribuya internamente lo que se cobra por flete aéreo y por otros servicios complementarios.

Conforme a las disposiciones contractuales antes transcritas las tarifas que aplicare ZZ en su gestión comercial eran de su entera responsabilidad. Sin embargo, ellas debían adecuarse al mercado chileno, para los productos que se transportaren. Como el precio total por todos los servicios ofrecidos al cliente debía competir con las ofertas de otros transportistas por iguales servicios, es dable suponer que dicho valor era el de un mercado competitivo. Conforme al informe pericial, el cobro unitario promedio a cada cliente difiere sustancialmente. Así el año 2003 varía de \$ 175,8 por kilo, cobrado a TR11, a \$ 310,8 por kilo cobrado a TR3, y el año 2006 fluctúa entre \$ 254,6 por kilo, cobrado a TR1, y \$ 497,2 por kilo, cobrado a TR4, (informe pericial, página 10), lo cual muestra una gran variedad, considerando los diversos factores involucrados, tales como destino, volumen, oportunidad, naturaleza de la mercadería, calidad del cliente, etc.

Séptimo: Que la demandada argumenta que la demandante pretende, erróneamente, extender su participación a los rubros que no son el flete aéreo propiamente tal, en lo que a juicio de este Árbitro la primera tiene razón, puesto que XX sólo debe participar en el porcentaje que le corresponde del flete aéreo cobrado por ZZ, siempre que éste corresponda a los valores del mercado, según lo dispone el contrato, y ZZ tiene derecho a beneficiarse exclusivamente de los otros servicios complementarios, siempre que efectivamente los hubiere realizado.

En la demanda XX reconoce, si bien en forma ambigua, que ZZ estaba obligada a rendir y pagar a XX una parte del precio que recibía de los clientes respecto del ítem flete (aéreo) lo que denomina “ítem rendible” y que respecto a los demás ítems (ítems no rendibles) la totalidad era de exclusivo beneficio de ZZ (fojas 129), afirmación que se ve confirmada por el documento de fojas 53, “Bases de Cálculo”, y el documento de fojas 60, “Estimación Deuda ZZ XX”, acompañados con anterioridad a la demanda por la demandante, y por el documento número 4.2.3. acompañado con el escrito de fojas 242 por la demandada, en los cuales se recalculan los costos del flete terrestre, pero se le reconocen como ingresos propios de ZZ. Confirma que ZZ podía cobrar y guardar para sí los ítems que la demandante denomina ítems no rendibles, lo estipulado en la cláusula VI.5.- del contrato en el sentido que “ZZ asume los costos del manejo de su carga y del handling de carga que transporta con XX”, agregando en el inciso siguiente: “Durante la vigencia de este contrato ZZ ha decidido contratar los servicios de handling para la carga en todas las postas nacionales a XX quien movilizará esta carga en las condiciones establecidas en el anexo E que forma parte integrante del mismo. El costo de este servicio está señalado en el anexo B de este contrato, condiciones económicas que serán revisadas por las partes semestralmente con el fin de extender este servicio, si las partes así lo acuerdan”. Tal disposición no se encontraba en el contrato original datado el 1 de junio de 2001, razón por la que bajo dicho convenio, ZZ podía realizar por sí o subcontratar con terceros, libremente, el servicio de handling, cobrando en la tarifa dicho servicio, a lo que cabe agregar que en el contrato de 1 de junio de 2005, ZZ se obliga a subcontratar el mismo con XX por un monto regulado de \$ 13 por kilo despachado o recibido por aeropuerto de origen o destino y con un pago mínimo mensual garantizado de \$ 5.000.000, por lo que mal podría aplicarse la proporción de la tarifa que se distribuía entre XX y ZZ, sobre una tarifa subcontratada a XX, lo que demuestra que los servicios complementarios no formaban parte de la tabla del Anexo B que debía aplicarse sobre los valores que se distribuían las partes. Desde la vigencia del contrato de 1 de junio de 2005, mensualmente, se liquidaba y facturaba el handling multiplicando el número de kilos transportado por el valor acordado, en forma independiente a la comisión por el flete aéreo, valor que se pagaba a XX, sin perjuicio que ZZ siguiera considerando dicho rubro en las liquidaciones mensuales. El cobro que hace XX de este servicio si bien incrementa sus ingresos, no aumenta el valor del flete aéreo y desde el punto de vista de ZZ, deja de dar por sí o por otro subcontratista el servicio y por lo tanto de percibir un valor por el mismo, sin perjuicio de cobrarlo al cliente.

Los testigos de la demandante señores A.C., a fojas 283, y F.R., a fojas 297, confirman lo anterior, por lo que se debe concluir que la obligación de ZZ, según el contrato, no era pagar a XX un monto o porcentaje del total facturado el cliente, el que podía variar según los distintos destinos y otros factores, especialmente en cuanto a los otros servicios complementarios que se requirieran, adicionales al flete aéreo, sino que su obligación era velar para que lo cobrado por el rubro flete aéreo correspondiera a los valores de mercado y pagar mensualmente a XX el porcentaje establecido en la tabla del Anexo B del contrato, sobre dichos valores de mercado cobrados a los clientes.

Octavo: Que según expresa la demandante, el incumplimiento al contrato, particularmente en el caso de TR1, consistió en que a partir del 15 de octubre del año 2003, ZZ dejó de asignar los valores de mercado a cada uno de los ítems de cada uno de los servicios de transporte aéreo que efectuaba y estableció unilateralmente una tarifa por kilo de carga la que distribuyó arbitrariamente entre los ítems no rendibles o igualó el valor del flete terrestre con el del flete aéreo, con lo cual disminuyó artificialmente el precio de este último, valor que debía rendir y pagar a XX según la tabla del contrato, por lo que adeuda la cantidad de \$ 755.327.770, según el informe de auditoría practicado por ella, más intereses.

La demandante, respecto a los clientes TR3, TR4 y TR5, menciona que el incumplimiento de ZZ consistió en dejar de declarar un alto porcentaje del precio del flete aéreo que le pagaron estos clientes, aumentando para ello artificialmente la cuantía de los ítems que no debían ser rendidos, adeudando por estos tres clientes la suma de \$ 37.812.579, según el informe de auditoría practicado por ella.

En este punto, respecto de TR1, se incorpora en la demanda, a fojas 131, un cuadro que señala el total de la venta declarada y el total de la venta no declarada, desgregada por años, entre octubre de 2003 y enero de 2007, indicando que el total de la venta no declarada ascendería a la mencionada cifra de \$ 755.327.770 que dice se le adeuda. Por otra parte, a fojas 134 y 135 se contiene un cuadro que comprende diversos clientes y cubre el período desde julio de 2003 a enero de 2007, en el cual se separa la venta rendida por ZZ a XX aplicando el porcentaje de la tabla y el total del monto no rendido, con lo que llega al monto de la venta, para aplicar el porcentaje de comisión al mayor valor, obteniendo un saldo de comisión adeudada total de \$ 793.140.349.

El informe de auditoría con los antecedentes sobre las cifras fue acompañado por la demandada con el número 4.2.3 de lo principal del escrito de fojas 242, documento al que se refiere el absolvente señor A.I. en su declaración de fojas 264, atribuyendo su origen a la constitución de la sociedad TR2, empresa paralela que compite con ZZ.

Noveno: Que si se compara lo cobrado por flete aéreo respecto a lo cobrado por los otros rubros, aparece que la parte proporcional del primero en relación a los otros es menor a lo que correspondería por la importancia relativa de ellos, y que lo cobrado por dicho ítem va disminuyendo en el tiempo en relación a los otros rubros. En efecto, según expresa en su página 17 el informe pericial evacuado en autos, en el caso de TR1, la proporción asignada al flete aéreo respecto al total facturado disminuye de un 78,6% en el año 2003 a 57% en el año 2006 y en el caso de TR3 se reduce la parte proporcional del flete aéreo respecto al total facturado de un 93,8% en el año 2003 a un 72,7% en el año 2006. Ello, sin embargo, podría obedecer a múltiples razones tales como, rebaja del precio del flete aéreo presionada por la competencia, que ZZ inicialmente no estuviera cubriendo el costo de los servicios complementarios que prestaba, manteniendo el flete aéreo al valor de mercado o que los servicios complementarios fueren más completos y consecuentemente más caros en la medida que se consolidaba el negocio u otras razones semejantes.

Décimo: Que dentro del valor total cobrado al cliente no era indiferente determinar cuánto se cobraba por el flete aéreo y cuánto por los demás servicios que se prestaban, ya que, como ha quedado establecido, ZZ sólo compartía con XX un porcentaje de los ingresos por la tarifa del flete aéreo que se generaba dentro del mes, pero conservaba para sí la totalidad de lo que cobraba por los otros servicios. En consideración a que, según el contrato, las tarifas que aplicaba ZZ en su gestión comercial eran de su entera responsabilidad, la infracción al pacto que se debe probar en la conducta de ZZ, es que lo cobrado como flete aéreo no se adecuaba al mercado chileno, siendo inferior a éste, en beneficio de los cobros por los otros ítems a favor de ZZ.

En consecuencia, el punto central a determinar es si ZZ incumplió con su obligación de que la tarifa por ella fijada para el flete aéreo correspondiera al valor comercial o de mercado. Al respecto, y para iniciar el análisis de este punto, cabe dejar constancia que la tarifa del flete aéreo, esto es, sin considerar los demás rubros, tuvo importantes variaciones entre el año 2003 y el año 2007, como también las tuvo para cada una de las principales empresas clientes de ZZ. En efecto, considerando los valores por kilo transportado, TR3 paga como tarifa del flete aéreo promedio el año 2003 la cantidad de \$ 301,2, el año 2004 \$ 342,8, el año 2005 \$ 245,1 y el año 2006 \$ 251,5. Por su parte TR4 paga como promedio \$ 358,8 el año 2005 y \$ 383,9 el año 2006. Finalmente, TR1 paga las siguientes tarifas promedio: el año 2003 \$ 178,5, el año 2004 \$ 126,1, el año 2005 \$ 133,5, el año 2006 \$ 145,1 y el año 2007 \$ 145,6 (informe pericial, página 17).

Undécimo: Que, por otra parte, ZZ dejó de cumplir lo prescrito en la cláusula VI.4. del contrato, ya que suspendió la comunicación previa a XX de las tarifas que aplicaría el mes siguiente y dejó de enviar la matriz mensual de las tarifas Origen - Destino con 30 días de antelación, explicando las variaciones

mensuales que se produjeren. Tampoco ZZ envió a XX los acuerdos tarifarios celebrados con sus clientes, con anticipación a la puesta en marcha de los mismos.

Es así como, según se desprende de la documentación acompañada al proceso (órdenes de servicio o guías de vuelo y listados o planillas acompañadas con el escrito de la demandada de fojas 240, copias de liquidaciones, cartas, correos electrónicos y copias de facturas, acompañadas bajo números 2 y 3 del escrito de la demandada de fojas 242), la forma de operar era la siguiente: ZZ mandaba a XX una carta o correo electrónico informando las ventas netas efectuadas en el mes que individualizaba indicando una suma global (documentos acompañados con el número 2 al escrito de fojas 242); a continuación indicaba en la carta o correo el monto que correspondía a XX por aplicación de la tabla convenida en el contrato, señalando el porcentaje respectivo, y solicitaba el envío de la factura por dicho monto más IVA. Adjuntaba a dicha carta la información de los números de los comprobantes de las ventas en una planilla Excel y las copias de las guías voladas en el período señalado. A contar de la carta de 8 de enero de 2004 deja de expresarse que se adjunta la planilla y las guías voladas, las que no se acompañan mensualmente junto a la carta con la liquidación a pagar, sino con posterioridad, varios días o un mes después y en algunas oportunidades, juntando las guías de dos o más meses. Así, por ejemplo, adjuntas a la carta de 18 de mayo de 2005 (documento 3. del escrito de fojas 242) se acompañan las Órdenes de Servicio voladas en marzo y abril de 2005, cuyas liquidaciones se habían efectuado con fechas 9 de marzo y 8 de abril de 2005 (documento 2.1.2.), y cuyas facturas fueron emitidas con fechas 31 de marzo y 30 de abril de 2005 y pagadas el 15 de mayo y 16 de junio, respectivamente (documento 9.3.). La planilla señalaba en orden correlativo el número de cada una de las órdenes de servicio voladas en el mes. Cada una de las órdenes de servicio, a su vez, contenía el número correlativo, fecha, nombre, RUT y dirección del cliente, Origen–Destino del transporte aéreo, peso total, tarifa aérea y otras menciones. La multiplicación del número de kilos por la tarifa aérea daba lugar al monto a pagar denominado flete. A dicho valor se le podía agregar handling o manejo, terrestre, seguridad, otros (ítem que correspondía a embalajes, servicios de frío, turnos nocturnos especiales, etc.). Sobre el rubro flete se consideraba la parte a distribuir entre ZZ y XX conforme a la tabla del Anexo B del contrato, permaneciendo los restantes rubros como ingresos propios de ZZ. Se observa que el cobro por el rubro flete (aéreo), en forma constante, corresponde al número de kilos multiplicado por la tarifa indicada en la orden, y que el cobro de los otros rubros varía en cada una de las órdenes. Así la orden N° 067489 de TR1, de 4 abril 2005, con origen SCL destino ARI, por el transporte de 128 kilos, indica una tarifa de \$ 155, por lo que en flete (aéreo) se cobra \$ 19.840; luego, por manejo se cobra \$ 5.120, cero por seguridad, por terrestre (flete) \$ 7.680 y cero por otros, con un valor total a pagar por TR1 de \$ 32.640, equivalente a una tarifa total de \$ 255 por kilo.

Duodécimo: Que en los antecedentes del proceso se encuentran acompañadas las órdenes de flete aéreo, a contar del año 2003, las que ZZ entregó a XX, documentación que es concordante con la contabilidad de ZZ, la que a su vez sirve de respaldo a sus balances (documentos número 10 acompañados con escrito de fojas 242 por la demandada), y que fue objeto de una auditoría dentro del informe pericial.

Decimotercero: Que la demandada afirma que tenía plena libertad para aplicar las tarifas que estimare dentro de su gestión comercial, sujeta sólo a dos limitaciones: que tales tarifas se adecuaren al mercado chileno y que éstas fueran comunicadas a XX (escrito de fojas 428), y en relación a la segunda limitación, expresa que, habiendo hecho entrega mensualmente de las liquidaciones y las órdenes de servicio o comprobantes de vuelo que indicaban con claridad los distintos ítems cobrados a los clientes, entre los cuales se encontraba el flete aéreo, sin que XX efectuara impugnación o reclamo de ningún tipo en el plazo de tres días que el contrato estipulaba al efecto, ello implica el conocimiento y aceptación de XX de tales liquidaciones, por lo que resulta improcedente la demanda, la que en realidad se formula como consecuencia de la creación de TR2, sociedad coligada con XX.

Sobre el particular, si bien se observa que, efectivamente, XX tuvo la posibilidad de conocer con anterioridad lo que en la auditoría practicada en junio del año 2006 se comprueba y motiva la demanda, sin embargo, también debe considerarse que, como ZZ dejó de cumplir las obligaciones contractuales de información establecidas en la cláusula VI.4. "Tarifas de carga nacional" del contrato, es evidente que se dificultó para XX conocer los valores de mercado del flete aéreo, en relación a lo que ZZ cobraba al cliente, como habría ocurrido de contar con la información que debió entregar oportunamente esta última, conforme al contrato. Adicionalmente, la alteración en la forma y plazo, estipulados en el contrato, para hacer la entrega de los comprobantes de vuelo, guías de despacho u órdenes de servicio, en relación a la liquidación, hacen que XX conozca la tarifa aérea sobre la que se aplica correctamente la tabla del Anexo B, pero desconozca, oportuna y directamente, cuál es la tarifa total que paga el cliente, ya que sólo conoce, con posterioridad a la liquidación mensual realizada conforme al Anexo B, los cobros adicionales aplicados por transporte terrestre, handling, seguros y otros, que varían en cada transporte que se efectúa, que están diseminados en cientos de órdenes o guías mensuales de numerosos clientes y que no están referidos a una cantidad determinada de kilos. Finalmente, el plazo de tres días hábiles para "impugnar" la liquidación de la venta del mes, lo que entendemos se quiso decir en el punto II del Anexo B del contrato con la expresión "aprobarla o imputarla", no puede extenderse a los distintos ítems de los comprobantes de vuelo ya que estos documentos, desde principios de 2004, se entregaban con posterioridad. Un reclamo, como el que se formula con la demanda, de que la tarifa aérea aplicada por ZZ es inferior a la de mercado incumpliendo el contrato, no puede quedar sometido a un plazo formal, previsto en el anexo del contrato, de tres días, para objetar la facturación con el objeto de salvar errores en la liquidación como ausencia de guías, omisiones u errores en los montos calculados, guías anuladas, o errores en la emisión de la factura y de dos días para que ZZ rectificara los errores observados.

Decimocuarto: Que las pruebas rendidas en el juicio, a saber: informe del perito, páginas 8, 14 y 17, documentos acompañados y en especial las distintas guías u órdenes de vuelo y lo expresado por los testigos R.B., a fojas 313 y J.P., a fojas 320 y el documento reconocido por estos testigos acompañado como documento número 12 con el escrito de fojas 242, acreditan la dificultad de establecer valores de mercado para los distintos tramos aéreos ya que ellos varían dependiendo de numerosos factores, destinos, subsidios cruzados entre tramos, disponibilidad de espacio, horario, incluyendo la oportunidad o urgencia del despacho, calidad y tipo de cliente, etc. En este sentido, no aparecen suficientes antecedentes en el proceso que permitan acreditar el incumplimiento imputado a ZZ de no cobrar valores de mercado en las tarifas aéreas a los clientes TR3, TR4 y TR5, ya que sus tarifas son notoriamente superiores a las cobradas a TR1 en los distintos años, los porcentajes de los ítems no rendibles son muy inferiores a los de TR1 y además, dichas tarifas se van incrementando en relación a los aumentos de costos que pudo tener el transporte aéreo como lo indica el informe pericial en sus páginas 10 y 18. Adicionalmente, no se rindió prueba sobre los valores cobrados a estos clientes y cualquier discrepancia debe entenderse que quedó resuelta con las tarifas mínimas convenidas entre las partes en noviembre del año 2006.

Decimoquinto: Que, según se desprende del informe pericial, página 10, desde el año 2003 hasta el año 2007 TR1 es el principal cliente de ZZ, aumentando progresivamente su volumen transportado desde el 22% del total, en el año 2003, a un 47%, en el año 2006. Asimismo las tarifas a esta empresa son notoriamente más bajas que las de los otros clientes importantes como TR3 o TR4, lo que podría explicarse porque el volumen que aquella representaba ofrecía economías de escala. Pero, según lo expresa el informe pericial, página 19, el monto total cobrado por ZZ a TR1 baja nominalmente entre los años 2003 y 2004 de \$ 227,2 a \$ 201 (-\$ 26,2) por kilo y sin embargo, el monto unitario declarado por concepto de flete aéreo baja en el mismo período de \$ 178,5 a \$ 126,1 (-\$ 52,4) por kilo, lo que a juicio del perito resulta difícil de justificar.

Se advierte también en el informe pericial, páginas 18 y 19, que en el período 2003 a 2007 la tarifa por flete aéreo de TR1 no sube mientras que las de los demás clientes parecen, en promedio, adaptarse

a un costo de transporte cada vez mayor. La tarifa por flete aéreo de TR1 prácticamente no varía en términos reales en el período 2004 al 2007, aunque el precio del petróleo se duplica siendo éste uno de los principales factores del costo del transporte aéreo.

Decimosexto: Que se acompañó al proceso por la demandada con el escrito de fojas 242, el documento número 1.3, que no fue objetado por la demandante, el cual corresponde a un contrato de transporte celebrado entre la empresa de TR1 y ZZ, de fecha 21 de junio del año 2004, por el que: “TR1 encarga a ZZ el transporte aéreo nacional de los envíos de correspondencia y demás objetos postales que sean entregados por TR1 obligándose ZZ a transportar dichas mercaderías de manera prioritaria, en los términos y condiciones convenidos en el contrato. El servicio contratado incluye el retiro de la carga en el origen en los Centros de Encaminamiento Nacional, en adelante también, CEN y en el Centro de Transferencia, en adelante también CDT y su entrega en las oficinas de TR1 en el lugar de destino” (Cláusula primera). En la cláusula tercera se establecen los precios por kilo bruto o volumen transportado entre distintas ciudades de origen-destino de los servicios materias del contrato y se señala: “Estas tarifas incluyen handling, es decir, la manipulación de la carga en pista, hasta el depósito de la misma en la aeronave; y el pick up, es decir, el retiro de la carga desde las instalaciones de TR1, conforme se describe en el párrafo segundo de la cláusula precedente”. La vigencia del contrato es de dos años a contar de la fecha de la total tramitación de la resolución que lo apruebe, renovable por un año si no se manifestare la voluntad de ponerle término por escrito con 30 días de anticipación (Cláusula Quinta).

Consta también en autos, según el documento número 1.4 acompañado con escrito de la demandada de fojas 242, el cual no fue objetado por la demandante, que con fecha 20 de noviembre de 2004, se celebró entre TR1 y ZZ, una modificación al contrato de transporte referido precedentemente, señalándose en la cláusula primera que la Contraloría General de la República terminó la tramitación de la resolución que aprobaba el contrato original con fecha 16 de septiembre de 2004, fecha en que el contrato entró en vigencia. En la cláusula segunda se modifican los precios por los servicios y se incorpora en la cláusula tercera un sistema de ajustes tarifarios a futuro considerando la variación del valor del petróleo diesel publicado por la ENAP. A fojas 309 consta una fotocopia de la tabla de tarifas con reajustes de TR1, acompañada por la demandada con escrito de fojas 308, ante el requerimiento de la demandante al solicitar la diligencia probatoria de exhibición de documentos.

En relación al citado contrato de 21 de junio de 2004 y su modificación de 20 de noviembre de 2004, suscrito entre ZZ y TR1, se puede concluir: a) Que la tarifa que pagaba TR1 correspondía a un monto total, sin desglose de los diversos ítems que la componían, y que en este monto total se incluía handling, pick up, esto es, retiro de la carga desde las instalaciones de TR1 y la entrega en sus oficinas. b) Que el retiro de la carga se hacía desde los Centros de Encaminamiento Nacional o del Centro de Transferencia y su entrega, en las oficinas de TR1 en la ciudad de destino, lo que es confirmado por las declaraciones de los testigos señores A.C. a fojas 284, A.D. a fojas 302 y R.B. a fojas 314, por el informe pericial en su página 11 y particularmente, por la carta del Gerente de Operaciones de TR1 don J.V., adjunta al informe pericial como anexo 7, por lo que los costos del ítem transporte terrestre no podían ser significativos. c) Que TR1 reserva espacios para los distintos destinos, obligándose ZZ a su transporte en forma prioritaria y d) Que ZZ asegura el transporte y las tarifas por el plazo de a lo menos dos años, con ajustes permitidos si variaba el costo del petróleo.

Decimoséptimo: Que los testigos señores R.B., a fojas 313 y J.P., a fojas 318, consideran que las tarifas aéreas cobradas por ZZ a TR1 eran de mercado, pero los testigos señores A.C., a fojas 283, F.R., a fojas 295 y A.D., a fojas 302, afirman lo contrario en el sentido que éstas eran subvaloradas y estaban bajo los niveles de mercado. Para dilucidar tal disparidad de opiniones, el Tribunal hizo un detenido análisis de las órdenes de servicio o guías de de vuelo acompañadas por la demandada con el escrito de fojas 240, comparando en cada una las tarifas cobradas a TR1 por ZZ, en relación a la parte que se conside-

raba valor del flete aéreo y sobre la cual se aplicaba el porcentaje convenido en el contrato entre esta última y XX, entre enero de 2003 y mayo de 2007, las que sufren importantes cambios en el período.

En efecto, si se toma como referencia uno de los tramos más frecuentes, el transporte aéreo de Santiago a Arica, se concluye que el valor del flete aéreo propiamente tal, fue de \$ 250 por kilo en enero y febrero de 2003 y de \$ 260 por kilo de marzo a septiembre del mismo año, representando este monto entre el 92% y el 95% del valor total cobrado a TR1 en ese período. No se cobraba flete terrestre y los rubros adicionales correspondían a handling, seguros y otros. En octubre de 2003, manteniéndose el mismo cobro total a TR1, el flete aéreo a Arica baja a \$ 173,5 por kilo, en promedio, y a contar de noviembre es fijado por ZZ en \$ 160 por kilo, con una tarifa total cobrada a TR1 de \$ 220 por kilo. A contar de ese mes se cobra un precio importante por flete terrestre y dejan de cobrarse seguros y otros; el flete terrestre en octubre de 2003 pasa a ser el 14% del valor cobrado a TR1 por los transportes de Santiago a Arica durante ese mes. Dicha situación se mantiene hasta mayo de 2004, mes en que ZZ disminuye el rubro flete aéreo Santiago-Arica de \$ 160 a \$ 140, promedio por kilo, no obstante que se mantiene vigente la tarifa total cobrada de \$ 220, con lo que por flete terrestre pasa a cobrarse el 22,7% de lo recibido de TR1 sin que la situación de transporte terrestre hubiere variado en relación al año 2003. El contrato firmado con TR1 el 21 de junio de 2004, confirma la tarifa que ya pagaba dicho cliente de \$ 220 por kilo y que los servicios comprendidos en el llamado flete terrestre son poco significativos. La situación se mantiene hasta abril de 2005, mes en que entra a regir la Modificación al Contrato firmada el 20 de noviembre de 2004, con un aumento de tarifa a TR1 de \$ 220 a \$ 255 por kilo por el tramo Santiago a Arica. Hasta entonces, ZZ percibía \$ 220 de TR1 y consideraba flete aéreo por \$ 140 con lo cual retenía \$ 80 a título de flete terrestre y handling. Con el aumento de tarifa sube el valor del flete aéreo de \$ 140 a \$ 155 por kilo, pero ZZ retiene ahora \$ 100 aumentando su porcentaje a un 39% del total percibido y rindiendo cuenta por sólo el 61% restante. A contar de julio de 2005, una vez firmado el contrato de 1 de junio de 2005 entre XX y ZZ, se rebaja el rubro handling que representaba entre 14% y 16% de la tarifa al 7% u 8% de la misma, y se empieza a cobrar el rubro "otros" que, hasta entonces, se cobraba excepcionalmente, el que pasa a representar aproximadamente el 11% de la tarifa, pero la suma de éste a los rubros anteriores da siempre el total de \$ 255 por kilo que se cobraba a TR1. En noviembre de 2005, (documento de fojas 309), lo cobrado a TR1 sube de \$ 255 a \$ 280 (\$ 25) y en cambio, el flete aéreo sólo sube de \$ 155 a \$ 160 (\$ 5) lo que parcialmente se corrige en enero de 2006, en que se aumenta a \$ 170 (\$ 15) situación que se mantiene hasta diciembre de 2006, por lo que el flete aéreo equivalía sólo al 60 % de lo cobrado a TR1 por el servicio. En mayo de 2007 la tarifa a TR1 de Santiago a Arica sube a \$ 320 pero lo considerado para flete aéreo se mantiene en \$ 170.

Con todo, del estudio de los antecedentes probatorios, a saber las órdenes de servicio acompañadas y el informe pericial evacuado, se concluye que la modificación más sustancial de la tarifa a TR1 se produce exactamente el 16 de octubre de 2003. En efecto, según las guías de vuelo adjuntadas al proceso con el escrito de fojas 240 que se indican, con fecha 15 de octubre se emite la orden de servicio, tramo SCL-ARI por 11 kilos con tarifa de flete aéreo de \$ 260 por kilo (84%), señalando que por flete (terrestre) se cobra \$ 2.860, agregando sólo los rubros manejo por \$ 55 por kilo (1,6%) y Seguridad por \$ 500 (14,4%), lo que arroja un total de \$ 3.415 equivalente a \$ 310 por kilo, y el 16 de octubre la orden, tramo SCL-ARI por 299 kilos, con tarifa por flete aéreo de \$ 160 por kilo, dando un valor total por este ítem de \$ 47.840 (73%), manejo \$ 4.485 (7%), seguridad 0, terrestre \$ 13.455 (20%), esto es, un total de \$ 65.780, equivalente a una tarifa de \$ 220 por kilo. Cabe destacar que, analizadas por el Tribunal las órdenes de vuelo de TR1 de los quince primeros días del mes de octubre de 2003, fuera de encontrar varias con errores aritméticos y sin considerar dos órdenes por cuatro kilos y menos, la tarifa cobrada promedio del tramo Santiago-Arica fue de \$ 284 por kilo.

Por otra parte, los días 15 y 16 de octubre de 2003 se emiten las órdenes de servicio de TR11, tramo SCL-ARI, por 38 y 54 kilos, respectivamente, ambas con tarifa por flete aéreo de \$ 285 por kilo, equivalente al

90 % y 92 % del total cobrado al cliente y agregando sólo los rubros manejo y seguridad. Igualmente a TR3 se le emiten las órdenes con fechas 15 y 16 de octubre de 2003, respectivamente, tramo SCL-ARI, por 313 y 330 kilos, con una tarifa de \$ 300 de flete aéreo por kilo, valor que representa el 97% del total cobrado al cliente. Cabe destacar que la tarifa aplicada a TR1 de \$ 260 por kilo por flete aéreo el 15 de octubre de 2003, ya era inferior a la de los otros dos grandes clientes TR11 con \$ 285 y TR3 con \$ 300. La rebaja fijada a TR1 el 16 de octubre de \$ 260 a \$ 220 por kilo, manteniéndose las tarifas de TR11 y TR3 en los mismos \$ 285 y \$ 300, notoriamente resultaba en una tarifa bajo el valor de mercado.

Cabe señalar que lo ejemplificado con el tramo Santiago-Arica en el mes de octubre de 2003 se repite en términos similares para los otros tramos de transporte aéreo, según el análisis realizado por el Tribunal de la documentación y guías acompañadas. En efecto, el promedio de las tarifas totales cobradas a TR1 desde Santiago a todos los lugares de destino en la primera quincena de octubre de 2003 es de \$ 322 por kilo y en la segunda quincena de octubre de 2003 baja a \$ 292 (-\$ 30) promedio y, en cambio, la tarifa por flete aéreo baja en \$ 60 por kilo en el mismo período.

De lo expuesto se concluyen los siguientes hechos: 1) Que el valor del flete aéreo propiamente tal de Santiago a Arica baja de \$ 260 a \$ 160 el 16 de octubre de 2003 y a \$ 140 en mayo de 2004, en circunstancias que la tarifa total cobrada a TR1 sólo baja de \$ 280 a \$ 220, produciéndose un diferencial de \$ 20 en el primer hito y de \$ 40 en el segundo, que pasa a ser percibido directamente por ZZ, rebaja del flete que no se hace respecto a los otros clientes importantes. 2) Que en el valor total del servicio de transporte aéreo ya rebajado a TR1, ZZ introdujo el cobro del flete terrestre que hasta entonces no existía, en perjuicio directo de la tarifa del flete aéreo. 3) Que, con ello, traspasó a XX la rebaja aplicada a la tarifa total, ya que con el nuevo cobro del flete terrestre, ZZ recuperó el menor valor que a ella le correspondía por la aplicación de la escala del Anexo B del contrato. 4) Que a contar de dicho cambio, en cada aumento de la tarifa a TR1, disminuye la proporción del flete aéreo que ZZ distribuye con XX, aumentando la participación de los rubros complementarios en beneficio propio. 5) Que el valor por flete aéreo entre Santiago-Arica es de \$ 160 en noviembre del año 2003 y de sólo \$ 170 en mayo de 2007.

Decimooctavo: Que, aunque la demandada no lo haya expresado, la rebaja del valor total cobrado a TR1 podría explicarse como una estrategia para captarlo o retenerlo como cliente e incrementar el número de kilos transportados, los que efectivamente se elevan de 2.678 a 12.309 kilos, pero carece de justificación que, rebajando el valor total del transporte en \$ 60, el flete aéreo sea rebajado primero en \$ 100 y luego en \$ 120 por kilo, con una diferencia tan sustancial respecto a los otros clientes importantes. Estas rebajas y, por otra parte, la mínima variación de la tarifa aérea entre el año 2003 y el año 2007, no guardan relación con el incremento del IPC y menos con el aumento del precio de los combustibles producido en el período, rubro muy importante del coste de una línea aérea y que tiene en el ítem del flete aéreo una incidencia mucho mayor que aquella que pudiere afectar a los otros servicios que pudo proporcionar ZZ, lo que necesariamente la aleja del valor de mercado.

Decimonoveno: Que las conclusiones anteriores se confirman al analizar el Tribunal los datos resultantes para cada uno de los meses respecto a TR1, (anexos del informe pericial con desglose por mes). El promedio cobrado a TR1 en los meses julio a septiembre de 2003 es de \$ 281,33 por kilo y lo aplicado al flete aéreo de \$ 256,67 por kilo con una diferencia a favor de ZZ de \$ 24,66, correspondientes a los rubros handling y seguro. En octubre 2003 se produce el cambio incorporando en el valor percibido de TR1 el rubro flete terrestre, que hasta entonces no se cobraba. El promedio del período noviembre 2003 a enero 2004 de lo cobrado a TR1 se reduce a \$ 204,56 por kilo, disminución de \$ 76,77, pero lo considerado como flete aéreo se reduce a \$ 142,75 por kilo, esto es \$ 113,92 menos por kilo, quedando en poder de ZZ un diferencial de \$ 37,15 por kilo promedio. En mayo de 2004 lo cobrado a TR1 se mantiene en \$ 204,29 por kilo, pero lo asignado al flete aéreo baja a \$ 124,29 por kilo, quedando por otros ítems cobrados, un diferencial de \$ 80 en poder de ZZ. En abril de 2005 lo cobrado a TR1 sube a \$ 240,66

por kilo promedio del mes, pero el ítem flete aéreo se eleva sólo a \$ 140,92, quedando un diferencial por otros ítems a favor de ZZ de \$ 100, el que se va incrementando durante el año 2006. En enero de 2007 el promedio cobrado a TR1 es de \$ 259,34 por kilo y lo asignado al flete aéreo es de \$ 145,62 por kilo, con un diferencial de \$ 113,72 a favor de ZZ para llegar, en el mes de mayo 2007, último mes del contrato, a un valor cobrado a TR1 de \$ 287,27 por kilo, mientras la tarifa aérea se mantenía en \$ 143 por kilo, con un diferencial de \$ 144,27 a favor de ZZ.

Vigésimo: Que la reducción de la tarifa de TR1 realizada por ZZ el 16 de octubre de 2003 infringe, en primer término, las obligaciones de información establecidas en la cláusula VI.4 del contrato porque no se comunicó previamente a XX la modificación tarifaria a fin de que pudiera objetarla, ni se le entregó, como era la obligación de ZZ, una matriz con los precios Origen–Destino, explicando las variaciones que se producían, ni tampoco le informó que empezaría a cobrar en su exclusivo beneficio el rubro flete terrestre que introduce en el valor total que percibe de TR1. Infringe, por lo mismo, lo dispuesto en el Artículo 250 del Código de Comercio. Incumple además dicha reducción tarifaria, la obligación establecida en la misma cláusula de que la tarifa del flete aéreo se adecuaría al mercado chileno, no sólo por resultar sustancialmente más baja que la aplicada a los otros clientes a la misma fecha, sino porque, sin fundamento conocido, la tarifa del flete aéreo se reduce en una cantidad mayor que la rebaja hecha a TR1. Iguales infracciones se advierten al no informar oportunamente del contrato celebrado con TR1 en junio de 2004 y sus modificaciones, oportunidades en las que ZZ no dio a conocer los cambios tarifarios y retuvo a título de flete terrestre, handling y otros, cada vez un mayor porcentaje de la tarifa total, en perjuicio de XX y en beneficio propio.

Vigésimo Primero: Que habiéndose estipulado en el contrato que las tarifas que aplicare ZZ en su gestión comercial eran de su entera responsabilidad y se adecuarían al mercado chileno (Cláusula VI.4), ZZ el 16 de octubre de 2003 en ningún caso podía disminuir lo que ya se estaba pagando por flete aéreo y retener para sí una parte mayor de lo cobrado a TR1 a título de flete terrestre. La conducta de ZZ infringió los Artículos 278 y 306 del Código de Comercio y los Artículos 1.546 y 2.147 del Código Civil. En efecto, está acreditado en autos que hasta el 16 de octubre de 2003 ZZ no cobraba flete terrestre, salvo algunos casos excepcionales de fletes a Buenos Aires, por lo que se entendía que la labor de pick up, es decir, del retiro de la carga desde las instalaciones de TR1, estaba comprendida en el contrato con XX y debía cubrirse con cargo al porcentaje de la escala del Anexo B que a ella le correspondía, sin cobro adicional, o bien, que el flete terrestre era tan poco significativo que no ameritaba un cobro. No hay constancia alguna en la causa de que, a contar de octubre de 2003, hubiere ocurrido algún cambio en el servicio de transporte a TR1 que requiriese algún flete terrestre complementario y, por el contrario, el contrato celebrado entre TR1 y ZZ de 21 de junio de 2004, confirma la tarifa total que se le estaba cobrando y explicita los lugares en donde se recibirá y entregará la carga aérea, esto es, los Centros de Encaminamiento y de Transferencia de TR1 y las oficinas de TR1 en el lugar de destino, respectivamente, siendo esta última empresa la encargada del flete terrestre a los domicilios particulares.

Vigésimo Segundo: Que la demandada sostiene que al contrato suscrito con XX, datado el 1 de junio de 2001, se le puso término por voluntad de la demandante, que expiró el plazo previsto en la cláusula I.3. de dicho contrato, de 60 días posteriores al vencimiento para saldar toda cuenta comercial vigente entre las partes sin que se hubiere presentado reclamo alguno, y que el contrato de 1 de junio de 2005 es un nuevo convenio independiente del anterior, por lo que se debe limitar la demanda al contrato vigente. Al respecto, debe tenerse presente que el contrato datado el 1 de junio de 2001 continuó vigente como en él estaba previsto por un año más (Considerando Primero); que, según consta de los documentos de fojas 215 y 216, con fecha 1 de agosto de 2003, ZZ solicitó a XX anticipadamente la prórroga del contrato por 12 meses a contar del 30 de junio de 2005, lo que no fue aceptado por XX al no firmar el Addendum que se acompañaba para tal efecto; que XX quería introducir cambios al contrato y que con fecha 1 de junio de 2005 las partes firmaron el nuevo convenio, el que fue precedido

por negociaciones entre ellas, y si bien es un convenio muy similar al anterior, también presenta varias diferencias. Fundamentalmente, se modifica la tabla del Anexo B, ampliando la parte superior de la escala, mejorando el porcentaje de participación de XX; se incorpora en el contrato la subcontratación de XX por ZZ para realizar el handling, incluyendo una tarifa por este servicio y se incorpora un anexo D denominado “Multas en caso de incumplimiento de carga de TR1”. Si bien no existen en el proceso antecedentes de que XX conoció cabalmente el contenido del contrato suscrito entre ZZ y TR1 antes de junio de 2006, oportunidad en que lo solicitó para realizar la auditoría, es obvio que el hecho de haberse incorporado dicho anexo de multas permitió a XX, al menos tener conocimiento de la existencia del convenio aludido. Por otra parte, los antecedentes reseñados en considerandos anteriores permiten concluir que al celebrar el contrato de 1 de junio de 2005, XX sabía que ZZ cobraba un flete terrestre en el caso de TR1 y no hizo cuestión de tal cobro, preocupándose de subir su participación en el flete aéreo que distribuían entre ellas y de asegurar el cobro del handling para sí. Si bien no hay solución de continuidad entre ambos contratos, lo que se demuestra con la secuencia ininterrumpida de los fletes aéreos día a día y con la liquidación mensual que incorporó los valores de la nueva tabla, sin que se suspendiera en algún momento la venta y gestión del servicio aéreo de carga prestado por ZZ a XX, lo cierto es que se celebró un nuevo contrato que mejora para XX las condiciones futuras y que esta parte no reclamó, dentro de los 60 días posteriores al vencimiento del contrato anterior, la liquidación o eventual ajuste de toda cuenta comercial vigente. De lo dicho se puede concluir que el contrato de 1 de junio de 2005 es un nuevo contrato, distinto del anterior, en el que las partes introdujeron las modificaciones que estimaron conveniente para regular sus relaciones hacia el futuro, sin exigir ni realizar una liquidación final para saldar toda cuenta comercial vigente entre ellas, como rezaba lo estipulado en el contrato original y sin hacer reserva de derechos ninguna de las partes. En consecuencia, debe admitirse que aun cuando la infracción principal al contrato ocurrió el 16 de octubre de 2003, según se ha demostrado en considerandos precedentes, no es posible acceder a lo demandado en relación al contrato datado el 1 de junio de 2001, porque dicho contrato se extinguió el 31 de mayo de 2005, sin que las partes hicieran efectivas las responsabilidades derivadas del mismo en el plazo previsto para el caso preciso de su terminación.

Vigésimo Tercero: Que la correspondencia intercambiada entre las partes, después de efectuada la auditoría en junio de 2006, documentos acompañados por la demandada bajo N° 4.2 mediante el escrito de fojas 242, acredita que XX reclamaba que no se estaban cobrando por los fletes aéreos valores de mercado, afirmación que era rechazada por ZZ. Entre ellos, la comunicación de 20 de octubre de 2006, por la cual XX establece tarifas mínimas para sus vuelos de acuerdo al valor de mercado (documento 4.2.10), la objeción de ZZ mediante carta de 23 de octubre (documento 4.2.11), la carta de XX de 24 de octubre en que solicita analizar los precios que se rendirán (documento 4.2.12), la matriz de precios mínimos de flete aéreo para los diversos clientes y distintos tramos origen-destino de los vuelos propuesta por ZZ por carta de 31 de octubre de 2006 para regir a contar de 1 de noviembre 2006 (documento 4.2.13) y la aceptación de XX a dichos precios mínimos con excepción de TR1 por carta de 8 de noviembre 2006 (documento 4.2.14) comprueban que XX consideraba que no se estaban cobrando por el flete aéreo valores de mercado, que ello fue rechazado por ZZ, pero que, en definitiva, se concordó una matriz con los valores mínimos del flete aéreo para todos los clientes y tramos, con excepción de TR1, caso en el que ZZ mantuvo el valor del flete aéreo sin aumento, en consideración a que existía un contrato vigente con dicha empresa. (Documento 4.2.13). Por su parte, XX, mediante carta de 8 de noviembre de 2006 acepta el nuevo tarifario mínimo, a excepción de las tarifas cobradas a TR1 porque “son inferiores de manera significativa a las tarifas que dicha empresa paga por el transporte aéreo según el contrato celebrado entre ZZ y TR1. Atendido lo anterior no es atractivo ni equitativo embarcar correos.” (Documento 4.2.14.). Con fecha 26 de diciembre de 2006 (documento 4.2.16.) XX acepta el tarifario mínimo para los embarques del mes de enero de 2007 presentado por ZZ “a sola excepción de los precios de TR1 que no reflejan la situación imperante en el mercado, por lo que no es de nuestra conveniencia seguir atendiendo este cliente a través de ustedes”, carta que es respondida por ZZ el

29 de diciembre (documento 4.2.17), expresando que ZZ mantiene vigente un contrato de transporte para la carga de TR1 celebrado a propósito del contrato entre XX y ZZ y en cuyo mérito se han vendido desde el mes de junio del año 2004 los espacios de carga de XX. Agrega que: “De acuerdo al contrato suscrito con vuestra compañía XX puede “objetar aquellas tarifas que le parezcan alejadas de la situación de mercado” pero negarse a embarcar la carga comprometida constituye un claro incumplimiento del referido contrato, que provocaría graves perjuicios a mi representada”; atendido lo anterior se exige que la carga de los clientes de ZZ, incluido TR1, se siga embarcando en sus aviones hasta el término del contrato, sin perjuicio que se propone establecer un mecanismo para determinar las tarifas aplicables a TR1 a partir del 1 de enero del 2007 y definir si aquellas propuestas por ZZ se encuentran efectivamente alejadas del valor de mercado. Finalmente, por carta de fecha 7 de mayo de 2007, XX comunicó su decisión de poner término con fecha 31 de mayo de 2007 al contrato conforme a la cláusula 1.3 del mismo instrumento (documento 4.2.18).

En consecuencia, del intercambio de correspondencia enunciada puede concluirse que, desde la realización de la auditoría en junio de 2006, XX comprueba que las tarifas por flete aéreo no corresponden a las de mercado, objetándolas y reclamando el pago de una diferencia, lo que no comparte y rechaza ZZ, y que la discusión se resuelve con las tarifas mínimas establecidas de común acuerdo a contar del 1 de noviembre de 2006, salvo para TR1. Se concluye, entonces, que respecto de las tarifas cobradas a TR1 no se produjo acuerdo, señalando XX que se negará a transportar su carga por resultarle inconveniente, y que por su parte, ZZ insiste en que, conforme al contrato, XX está obligada a dar el servicio de flete aéreo por la tarifa que ella ha fijado.

No obstante, el Tribunal estima que ninguna interpretación del contrato, en razón de los principios jurídicos de la bilateralidad, de la conmutatividad y de la equidad, podría permitir que ZZ fijara libremente cualquier tarifa por el flete aéreo, aún en contra de la voluntad de XX y que ésta estuviera obligada a realizar dicho flete al valor que ZZ le fijara, con independencia de la tarifa total que se cobraba al cliente o de los costos del transporte, puesto que conforme a lo previsto en el Artículo 305 del Código de Comercio, ZZ estaba obligado a respetar las instrucciones de su mandante XX, en particular, lo previsto en el punto VI.4. del contrato, en cuanto ordena que las tarifas a aplicar debían adecuarse al mercado nacional del transporte de carga. Cabe señalar que en el documento número 4.2.13 acompañado por la demandada con el escrito de fojas 242, Matriz de Precio Mínimo de Rendición de Flete Aéreo, se observa que ZZ mantiene para los principales destinos al norte una tarifa aérea de \$ 170 por kilo para TR1, mientras que las tarifas mínimas para otros clientes son de \$ 403 por kilo para TR4 y de \$ 241 a \$ 401 por kilo para TR3. Por su parte en la matriz propuesta por XX la tarifa desde Santiago a los principales destinos era superior a los \$ 250, de lo que se desprende que las tarifas de flete aéreo aplicadas a TR1 estaban notoriamente bajo el valor de mercado, por lo cual ZZ es responsable conforme a lo previsto en el inciso segundo del Artículo 306 del Código de Comercio.

Vigésimo Cuarto: Que la demanda distingue, por una parte, el flete aéreo (lo rendido) y, por otra, todos los demás ítems de la guía (lo no rendido) para aplicar sobre el total el porcentaje de la tabla del Anexo B del contrato. Por otra parte, como ha quedado establecido, ZZ había celebrado con TR1 un contrato de transporte con fecha 21 de junio de 2004, el que le generaba un ingreso por un monto total, ingreso que se había incrementado con la modificación al contrato suscrita el 20 de noviembre de 2004, y que la demandada dividía la tarifa total entre flete aéreo y los rubros handling y terrestre. Del estudio de los cuadros adjuntos al informe pericial mes por mes se puede concluir que en los cinco meses anteriores al nuevo contrato celebrado entre las partes el 1 de junio de 2005, esto es, entre enero y mayo de 2005, los servicios de transporte a TR1 habían generado un ingreso de \$ 220.361.327 del que ZZ, discrecionalmente, había asignado \$ 54.818.780 (24,87 %) para el flete terrestre, \$ 29.834.700 (13,54) para el handling y el saldo de \$ 135.707.847 (61,59%) para el flete aéreo, cantidad esta última que, a su vez, se distribuía conforme a la escala del Anexo B del contrato.

Vigésimo Quinto: Que celebrado el nuevo contrato de 1 de junio de 2005, el rubro handling siguió cobrándose por ZZ a TR1 pero, como ha quedado establecido, las partes llegaron a un acuerdo por el cual XX pasó a realizar tal prestación y percibir un monto determinado, el que facturaba mensualmente en forma independiente a la factura del flete aéreo. En relación al flete terrestre debe considerarse que ZZ en las guías de servicio de TR1, a contar del 16 de octubre de 2003, incluyó este rubro en forma separada, sin ocultar su cobro, por lo que XX no pudo ignorar tal hecho, no obstante lo cual no objetó que se empezara a considerar un flete terrestre que no correspondía conforme al contrato, o que, al menos, nunca se había cobrado hasta esa fecha. Como se ha dicho, tampoco reclamó de la improcedencia o del monto cobrado por dicho ítem al término del contrato datado el 1 de junio de 2001 para los efectos de su liquidación final, no obstante que dicho valor representaba un 24,87% del total cobrado a TR1 entre enero y mayo de 2005. Celebrado el contrato de 1 de junio de 2005, entre junio y diciembre de ese año el porcentaje cobrado por flete terrestre se mantiene en un 24,56% del total de la tarifa y durante el año 2006 en un 23,38%. Si bien es una cifra muy alta en relación al total percibido de TR1 y del requerimiento real de flete terrestre, no varía sustancialmente antes y después de la celebración del contrato de 1 de junio de 2005. La estimación de la demandante del valor del flete aéreo acorde al mercado, aceptando la existencia de costo por flete terrestre, se puede deducir del informe elaborado por XX adjunto a la carta de 30 de junio de 2006 dirigida por don J.P. a don A.I., acompañada a fojas 60 por la demandante y como documento número 4.2.3 del escrito de fojas 242 por la demandada, no objetado por las partes, en el cual se señala mes por mes, desde julio de 2003 hasta mayo de 2006, la venta declarada, el porcentaje de la comisión sobre la misma, el monto pagado, el porcentaje y el monto no rendido, el monto de la venta, el valor del flete terrestre según ZZ, el flete terrestre a precio de mercado, la venta menos el valor del terrestre según ZZ, la venta menos el valor del flete terrestre (a precio de mercado), la comisión adeudada sin descontar el flete terrestre, la comisión descontado el flete terrestre según ZZ y la comisión adeudada, descontado el flete terrestre a valor de mercado. Este último total de \$ 568.508.453 es el que XX cobra como "Desviación parcial de valores transportados" en la carta referida de 30 de junio de 2006. Se adjunta, asimismo, la base de cálculo del valor de mercado elaborada por XX, documento según el cual el flete terrestre cobrado por ZZ en el período ascendió a \$ 363.836.540 y que a precio de mercado debió ser de \$ 150.220.359, esto es un 41,28% del valor cobrado por ZZ, por lo que XX acepta que de dicho monto total que ZZ asignó al flete terrestre, sólo un 58,72% debió ser asignado como parte del valor del flete aéreo y que el saldo correspondería efectivamente al valor del flete terrestre ZZ podía retener para sí. Sin embargo, en la demanda no se insiste en dicho monto ni se rinde prueba sobre la forma en que se había hecho el cálculo, por lo que no es posible aceptarlo como válido.

Vigésimo Sexto: Que también se desprende de los antecedentes del proceso la incorporación de cobros por parte de ZZ del rubro "otros" (Guías de servicio acompañadas por la demandada con el escrito de fojas 240), ítem destinado a cubrir cualquier servicio distinto a los mencionados en forma independiente en la guía y que, conforme a lo expresado en el informe pericial, "corresponde a servicios de: frío, turnos nocturnos especiales, reembalajes, etc." Dicho rubro no se cobra en todo el año 2004, ni antes ni después de celebrado el contrato con TR1. Tampoco se cobra en el primer semestre de 2005. Sin embargo, firmado el contrato entre las partes el 1 de junio de 2005, a contar del mes de julio se inicia su cobro, el que en ese año pasa a representar nada menos que el 8,87% del monto total que paga TR1, proporción que en el año 2006 sube al 11,75% de la tarifa total pagada por dicho cliente. Por la naturaleza excepcional del rubro "otros" es imposible que éste pudiese alcanzar las cifras que, del total de la tarifa, se asignan a dicho ítem y claramente se advierte que, sumado éste al handling, al flete terrestre y a la tarifa aérea, siempre el total resulta igual a la tarifa fijada a TR1. El cobro del ítem "otros", unido a lo que ya se cobraba por el flete terrestre, lleva nuevamente a la conclusión que ZZ deliberadamente redujo el valor del flete aéreo que pagaba a XX en beneficio propio y con infracción a las normas contractuales y legales ya mencionadas.

Vigésimo Séptimo: Que durante la vigencia del contrato de 1 de junio de 2005, como consta del documento acompañado a fojas 309, la tarifa de TR1 tuvo un aumento el que, según se desprende de las guías de servicio, se aplicó a contar del mes de noviembre de 2005. En dicha oportunidad ZZ, en perjuicio de XX, no incrementó la tarifa aérea en la misma cantidad de pesos en que aumentó la tarifa total pagada por TR1, con un nuevo deterioro en las condiciones de mercado de la tarifa aérea. El aumento de la tarifa a TR1 en pesos por kilo, se aprecia en el cuadro siguiente:

Destinos	Desde SCL		Retorno		Intermedios	
	11.2004	11.2005	11.2004	11.2005	11.2004	11.2005
ANF-IQQ-ARI	255	280	181	200	156	170 Z. Norte
CJC	255	280	181	200	156	170 Z. Norte
CCP	90	95	80	85		
GXQ	325	350	232	255	156	170 Z. Sur
PUQ	325	350	232	255	156	170 Z. Sur

Por su parte las tarifas por kilo del flete aéreo rendido a XX, en conformidad a las guías de servicio, aumentan en el tramo Santiago (SCL) a Antofagasta (ANF) Iquique (IQQ), Arica (ARI) sólo de \$ 155 a \$ 160; en el tramo Santiago (SCL) a Pucón (PUQ) de \$ 225 a \$ 230 y en el tramo SCL a Puerto Montt (PMC) de \$ 50 a \$ 56.

A juicio de este Tribunal no procedía incrementar el rubro handling, porque éste tenía fijada una tarifa en pesos con XX que no variaba por el aumento de la tarifa a dicho cliente, tampoco correspondía aumentar el rubro “otros”, ya que este cobro, como se ha expresado en un considerando precedente, era infundado y por último, el rubro flete terrestre, porque ya representaba sobre el 23% de la tarifa que se percibía de TR1, proporción excesiva en relación al servicio de flete terrestre que en realidad se realizaba. En razón de ello sólo debió aumentar el valor del flete aéreo que ya era inferior al de mercado. Adicionalmente, el aumento de la tarifa a TR1 se funda en el alza del precio del petróleo, según consta en el documento 1.4 acompañado por la demandada con el escrito de fojas 242, correspondiente a la modificación al contrato de transporte entre TR1 y ZZ, por lo que dicho aumento debió incrementar sólo el valor de aquel rubro en que el combustible tenía mayor incidencia, cual era, evidentemente, el flete aéreo. La actuación de ZZ importa un deterioro deliberado de la tarifa aérea en su beneficio exclusivo con infracción al contrato y a la legislación vigente, lo que el Tribunal debe corregir. Un nuevo aumento de tarifas a TR1 se aplica en mayo de 2007, situación respecto de la cual no corresponde pronunciarse al Tribunal, en razón de que lo demandado cubre hasta el mes de enero de 2007.

Vigésimo Noveno: Que conforme a lo expuesto en los considerandos anteriores, durante la vigencia del contrato de 1 de junio de 2005 ZZ incurrió en dos incumplimientos graves a las normas del contrato y a la legislación vigente: Primero, disminuyó injustificadamente la tarifa del flete aéreo al descontar y retener para sí, bajo un ítem que denominó “otros”, una parte importante de lo que pagaba TR1, sin que se haya acreditado la prestación de algún servicio que pudiese ser considerado tal, y segundo, no aumentó el valor del flete aéreo en igual cantidad en pesos al incremento que tuvo la tarifa de TR1 a contar de noviembre de 2005, guardando para sí bajo los rubros “no rendibles” la mayor parte de dicho aumento. Ambos incumplimientos se encuentran acreditados con la documentación acompañada y con las cifras entregadas en el informe pericial, no objetado por las partes, por lo que para restablecer el equilibrio económico del contrato y darle cabal cumplimiento, procede ordenar que las sumas cobradas bajo el rubro “otros” a contar de la liquidación del mes de julio de 2005 y hasta enero de 2007 inclusive, respecto a TR1, se consideren formar parte de la tarifa del flete aéreo para los efectos de las liquidaciones mensuales previstas en el Anexo B del contrato y que a contar del mes de noviembre de 2005

y hasta enero de 2007 inclusive, la cantidad en pesos en que aumentó la tarifa cobrada a TR1, pase a incrementar el valor del flete aéreo, para los mismos efectos de las liquidaciones mensuales, en lugar de distribuirse en los rubros handling y terrestre que cobraba ZZ, manteniendo por lo tanto estos últimos en los mismos valores que tenían antes de la aplicación del aumento de la tarifa a TR1.

Trigésimo: Que en razón de los fundamentos desarrollados en los considerandos precedentes, corresponderá tener presente la reserva de derechos formulada por XX para demandar el eventual cobro de diferencias en las tarifas que le fueron pagadas por el período que media entre el 1 de febrero de 2007 y la fecha de término del contrato, el 31 de mayo de 2007.

Trigésimo Primero: Que en relación a los perjuicios demandados como intereses, debe tenerse presente que conforme al punto II del Anexo B del contrato, ZZ debía efectuar una declaración de la venta el día diez de cada mes, respecto al mes anterior y pagar a XX su participación a 45 días del mes siguiente al de los fletes realizados y que la suma de dinero pagada por ZZ en cada uno de los meses, a contar de la liquidación del mes de julio de 2005, fue inferior a la que correspondía pagar según se ha determinado en los considerandos anteriores, por lo que precederá efectuar una reliquidación mes a mes de los valores correspondientes, a objeto de determinar las diferencias generadas a favor de XX.

Trigésimo Segundo: Que, conforme al Artículo 1.551 N° 1 del Código Civil, el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del tiempo estipulado, y el Artículo 1.559 del mismo cuerpo legal dispone: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en cierto casos. 2ª El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo. 3ª Los intereses atrasados no producen interés”.

Por su parte, el Artículo 19 de la Ley 18.010 dispone que se aplicará el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal, de modo que, atendido que el contrato de Gestión de Carga Aérea de 1 de junio de 2005 no contiene una cláusula de estipulación de intereses para el evento de retardo o mora en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, procederá aplicar en este caso el interés corriente que rija a la fecha de la liquidación de la deuda durante la ejecución de la sentencia, a título de indemnización moratoria.

Trigésimo Tercero: Que, por otra parte, la conclusión anterior se refuerza al considerar lo previsto en el Artículo 281 del Código de Comercio, en cuanto dispone que el comisionista abonará a su comitente intereses corrientes, aunque no preceda interpelación, si fuere moroso en rendir su cuenta o no remitiere el saldo en la forma especificada en el Artículo 279 del mismo cuerpo legal, y lo contemplado en el Artículo 2.156 del Código Civil, en cuanto señala que el mandatario debe al mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia y, según el inciso segundo, que debe, asimismo, los intereses del saldo que de las cuentas resulte en contra suya, desde que haya sido constituido en mora.

Trigésimo Cuarto: Que conforme a las disposiciones legales citadas, y acreditados los incumplimientos contractuales en que incurrió la demandada, procede condenar a ZZ al pago de intereses corrientes sobre las diferencias que se produzcan a favor de XX por la reliquidación que deberá hacerse de cada uno de los pagos mensuales realizados entre julio de 2005 y enero de 2007, inclusive, conforme a la tasa vigente a la fecha en que se practique la liquidación del crédito durante la ejecución de la sentencia, intereses que deberán aplicarse por el plazo que medie entre la fecha que debió pagarse el servicio de cada declaración de venta mensual y la fecha en que se haga efectivo pago de la obligación.

Demanda reconvenicional

Trigésimo Quinto: Que ZZ, a fojas 159, entabla demanda reconvenicional en contra de XX por incumplimiento del contrato celebrado entre ambas de fecha 1 de junio de 2005, a fin de que se la condene al pago de los perjuicios provocados, imputándole diversas infracciones, previniendo que dado que los perjuicios ocasionados no se han manifestado en toda su integridad, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, solicita reserva de su derecho a determinar la especie y monto de los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso. Fundamenta su demanda en la naturaleza que, a su juicio, tiene el “Contrato de Gestión de carga Aérea”, al que califica como un acuerdo asociativo de colaboración empresarial para desarrollar el negocio de transporte de carga aérea en el país y en la buena fe consagrada por el legislador en el Artículo 1.546 del Código Civil con la que las partes de un contrato deben cumplirlo, no obstante lo cual este Tribunal, según lo ha fundamentado en considerandos anteriores a propósito del análisis de la demanda principal, los que se dan por reproducidos, ha concluido y afirma que la calificación jurídica del contrato es la de un mandato comercial de venta y gestión de carga aérea, por lo que en la resolución de esta demanda reconvenicional debe constatarse si XX incurrió en incumplimiento de sus obligaciones propias de un contrato de tal naturaleza.

Trigésimo Sexto: Que una primera infracción contractual imputada a XX en la demanda, es la desleal actuación que consistiría en haber participado en la creación de una empresa del mismo giro de ZZ. En efecto, está acreditado en la causa que XX participó en la creación de la sociedad TR2, cuyo giro es, en parte, equivalente al que desarrolla ZZ, según lo señala la copia de inscripción de su extracto social en el Registro de Comercio, que se acompañó por la demandante reconvenicional como documento número 4.1.2. con su escrito de fojas 242, sociedad de la que la demandada reconvenicional posee un porcentaje significativo, pero no mayoritario, del interés social.

Respecto a esta primera infracción, cabe señalar que no existe en el contrato de Gestión de Carga Aérea ninguna cláusula de exclusividad a favor de ZZ, ni limitación alguna a XX para iniciar por sí o por intermedio de una sociedad filial o coligada el transporte de carga aérea. Por el contrario, la cláusula II.2 del contrato señala: “Trato Preferencial. Ambas partes se comprometen a otorgarse trato preferencial, no menor del nivel ofrecido a otros clientes o proveedores con contratos similares” de la que se desprende que ambas empresas tenían libertad para contratar con terceros, incluso en negocios similares a aquellos contemplados en el aludido contrato, por lo que corresponderá descartar el incumplimiento contractual imputado.

Trigésimo Séptimo: Que una segunda infracción que se imputa a XX, es la divulgación y utilización de secretos empresariales entregados por ZZ a la demandada reconvenicional y que ésta filtró a su empresa relacionada TR2, utilizándola para efectuar una competencia con “medios impúdicos”. Tal información sería la determinación de costos y los principales contratos suscritos por ZZ, la cual se califica como información confidencial o de secretos empresariales. En relación a esta segunda infracción cabe señalar que ZZ estuvo siempre obligada a entregar a XX los contratos que celebraba con los diversos clientes, conforme a lo previsto en la cláusula VI.4 del Contrato, así como las liquidaciones mensuales de los fletes aéreos realizados, por lo que respecto a ellos no puede argumentarse su confidencialidad o secreto empresarial.

Por otra parte, en este punto, señala la demandante, que a partir de la información confidencial proporcionada, TR2 visitó y contactó a varios clientes de ZZ para ofrecerles sus servicios y le levantó empleados conocedores del negocio y de los clientes, produciéndose la pérdida de varios clientes y de ingresos importantes, hechos que corresponde descartar como constitutivos de infracciones contractuales de XX, por cuanto esta última tenía la calidad de socia no controladora de TR2 y no se ha acreditado que

hubiere tenido a su cargo responsabilidades gerenciales en la misma y por ello, no puede ser responsable de las acciones comerciales de ésta. Por otra parte, dado que se trataba del ingreso de una nueva sociedad operadora de carga al mercado nacional, cuyo tamaño y número de clientes significativos es pequeño en términos relativos para este tipo de negocios, resultaba natural que intentara contactar a los principales clientes y captar a personal calificado de otras empresas del rubro.

Trigésimo Octavo: Que según lo señala la demandante, el día 20 de octubre de 2006, XX envió una carta a ZZ en la que en forma unilateral establecía tarifas mínimas que la segunda debía pagar a la primera, dependiendo del cliente y destino de la carga y que, a pesar de la arbitrariedad de la medida y del hecho que ella constituía una infracción a lo acordado en el Contrato, ZZ aceptó aplicar dichos valores a contar de noviembre de 2006, con la excepción de TR1 que ya tenía fijada su tarifa por contrato de fecha 21 de junio de 2004.

Que en relación al incumplimiento contractual antes imputado, lo cierto es que ZZ debió siempre comunicar anticipadamente a XX las tarifas aéreas que cobraría así como las modificaciones a las mismas, pudiendo XX objetarlas si se alejaban de las condiciones de mercado, obligación que la primera dejó de cumplir, lo que se tradujo en el requerimiento de XX a ZZ para que indicara la matriz con las tarifas mínimas que cobraría, lo que esta última propuso, llegándose al establecimiento de éstas en noviembre de 2006. No se advierte, en consecuencia, una infracción al contrato por parte de XX y, por el contrario, se aprecia la insistencia por parte de ZZ de continuar aplicando a TR1 unas tarifas que se hacían insostenibles, en razón de ser muy inferiores a las de mercado.

Trigésimo Noveno: Que frente a imputaciones de preferir a TR2 para determinados vuelos y en particular para Arica, de poner dificultades para determinados embarques y de realizar otras actividades de hostigamiento, no puede dejar de considerarse que ello habría ocurrido a contar del segundo semestre de 2006, época en que XX ya objetaba las tarifas aplicadas por ZZ para el flete aéreo por no corresponder a las de mercado, a lo cual ésta no dio respuesta satisfactoria lo que motivó diversas discrepancias de que dan cuenta los documentos acompañados, a lo que cabe agregar que no se rindió prueba que permita demostrar concretamente la existencia pormenorizada de tales supuestas conductas, ni la existencia y naturaleza de tales perjuicios. Que por las razones expuestas procede rechazar en todas sus partes la demanda reconventional entablada por ZZ en contra de XX.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo previsto en los Artículos 160, 170, 173, 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, 1.545, 1.546, 1.551, 1.557 y 1.559 del Código Civil, 281, 305 y 306 del Código de Comercio, y otras disposiciones citadas,

RESUELVO:

- 1°. Se acogen las tachas opuestas y se declaran como inhábiles a los testigos señores G.F., presentado por la demandante, y S.S., presentado por la demandada, quienes deponen a fojas 288 y 328, respectivamente, por los fundamentos expresados en considerandos precedentes, y se rechazan las tachas opuestas por las partes a los demás testigos que han declarado en la causa.
- 2°. Se hace lugar a las objeciones opuestas a los documentos acompañados por ZZ en los puntos 4.3.1. y 4.3.2. de lo principal del escrito de fojas 242, en razón de los fundamentos expresados en el considerando pertinente, y se rechazan las objeciones opuestas por las partes a otros documentos acompañados a la causa.
- 3°. Se hace lugar a la demanda deducida por XX en contra de ZZ a fojas 124 y siguientes, sólo en cuanto se ordena: a) Incorporar a la tarifa del flete aéreo las sumas cobradas bajo el rubro "otros"

en las rendiciones y liquidaciones mensuales presentadas por la demandada a la demandante, a contar de la liquidación correspondiente al mes de julio de 2005 y hasta enero de 2007, inclusive, respecto a los servicios de transporte prestados a TR1 dentro del período, para los efectos de hacer y rendir una nueva liquidación de los valores que corresponden a cada parte, en la forma prevista en el Anexo B del contrato. b) Aumentar la tarifa de flete aéreo en la misma cantidad de pesos en que aumentó la tarifa total cobrada a TR1, que consta en el documento acompañado a fojas 309, a contar de noviembre de 2005 y hasta enero de 2007 inclusive, para los efectos de hacer y rendir una nueva liquidación conforme a lo previsto en el Anexo B del contrato. c) Reliquidar las comisiones o valores mensuales que corresponden a cada parte conforme a la tabla contenida en el Anexo B del contrato de 1 de junio de 2005, a contar de julio de 2005 y hasta el 31 de enero de 2007 y proceder al pago de las diferencias que resultaren a favor de XX como producto de dicha reliquidación, dentro del plazo de 10 días de ejecutoriado el fallo. d) Pagar los intereses corrientes para operaciones no reajustables determinados por el Banco Central de Chile, devengados entre las fechas en que debieron haberse pagado a XX los valores resultantes de las respectivas reliquidaciones mensuales y la fecha del pago efectivo de las mismas, y e) Acoger la reserva de derechos solicitada por XX para demandar eventuales diferencias que resultaren a su favor por el período que media entre el 1 de febrero de 2007 y la del término del contrato el 31 de mayo de 2007. Se rechaza la demanda en los demás.

- 4°. Se rechaza en todas sus partes la demanda reconventional deducida por ZZ en el primer otrosí de su escrito de fojas 159 y siguientes.
- 5°. No se condena en costas a la parte de ZZ por no haber sido totalmente vencida y haber tenido motivos plausibles para litigar, de manera que cada parte cubrirá sus propias costas y pagará por mitades las comunes correspondientes a los honorarios del Árbitro, del Perito y del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Notifíquese, entréguese copia autorizada a petición verbal de las partes o sus apoderados, a su costa, y archívense los autos en su oportunidad.

Sentencia dictada por el Árbitro don Antonio Bascuñán Valdés. Karin Helmlinger Casanova, Secretario General del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.