

Enrique Barros Bourie

Arbitraje Comercial Internacional

Fecha de Sentencia: 10 de julio de 2015

ROL: 1526-2012

MATERIAS: Promesa de compraventa de acciones - régimen de responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales - indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato - interpretación de contrato - concepto de daño.

RESUMEN DE LOS HECHOS: 1. A fines de 2009 los demandados decidieron vender su participación en Farmacias TR S.A. (TR), conformada por un conjunto de sociedades en Chile, México y Perú (las “Compañías”). Para estos efectos se coordinó un proceso de subasta liderado por la firma TR1, en el que XX resultó ganadora. Como parte de la negociación de los términos y condiciones de la operación, se llevó a cabo un proceso de *due diligence*, que culminó con la celebración entre las partes del Contrato de Promesa de Compraventa de Acciones de fecha 17 de mayo de 2010 (el “Contrato”). 2. En virtud del Contrato XX se obligó a iniciar un proceso de oferta pública de adquisición de acciones para la compra de un determinado número de acciones, las que en conjunto le permitieran alcanzar al menos el 50% más una de las acciones de TR. El Contrato estableció además, en la cláusula quinta y sus respectivos anexos, declaraciones relativas al estado legal, tributario y financiero de las Compañías, garantizando ZZ su veracidad a la fecha del Contrato y a la fecha en que se publicaron los resultados de la OPA. 3. Con fecha 31 de agosto de 2010 se dio inicio a la OPA, la que culminó exitosamente el 3 de octubre del mismo año. Mediante este procedimiento XX adquirió el 97,8% de las acciones de TR. 4. XX alega que las declaraciones y garantías contenidas en la cláusula quinta del Contrato resultaron ser falsas o inexactas, lo que trae como consecuencia la responsabilidad de ZZ. En virtud de ello, XX demanda una indemnización de US\$ 10.111.535, más intereses y costas, alegando que cualquier diferencia entre lo garantizado por ZZ y lo que fue efectivamente incorporado a su patrimonio supone un incumplimiento contractual, que se traduce en un empobrecimiento del patrimonio de las Compañías, ya sea en la forma activos sobrevalorados, pasivos omitidos o contingencias no reveladas. 5. ZZ se defiende señalando que la demanda es una “construcción meramente artificiosa” a través de la cual XX busca recuperar parte del precio que pagó por las acciones de TR. La demandada opone diversas excepciones, tales como (i) caducidad del reclamo, (ii) falta de materialidad o importancia relativa, (iii) conocimiento del demandante del estado real de las Compañías, (iv) limitación de responsabilidad por umbral de indemnización, (v) inexistencia de perjuicios, entre otras. 6. Uno de los principales aspectos de la controversia se refiere al concepto de “daño” bajo el Contrato. XX afirma que los daños deben calcularse “dollar for dollar”, es decir, que a cada monto que constituye algún incumplimiento a las declaraciones y garantías le corresponde una suma igual de indemnización. Así, en su opinión, si un activo está sobrevalorado en \$500 en los estados financieros, ZZ debe indemnizar una suma idéntica a XX por concepto de daño. Lo mismo ocurriría respecto de pasivos subvalorados u obligaciones que no se encuentran debidamente provisionadas o reveladas. ZZ, en cambio, considera que debe distinguirse entre el incumplimiento y el daño efectivamente sufrido. Así, la existencia de una infracción contable no supone necesariamente que XX haya sufrido un daño. El daño debe ser probado en cada caso y no equivale al monto del error contable que constituye la infracción. De este modo, ZZ sostiene que sólo los gastos no previstos y las limitaciones a la posibilidad de generar renta o flujos constituyen daño, mientras que no lo serían aquellas infracciones que implican únicamente una corrección al valor contable de un activo o pasivo. 7. Otro aspecto relevante de la controversia alude al umbral de UF 100.000 establecido en las cláusulas

10.3 y 10.7 del Contrato. ZZ señala que dicho umbral se aplica al monto de la indemnización que se determine en el juicio. Es decir, para que exista obligación de indemnizar, el daño sufrido por XX debe ser superior a UF 232.018, de manera que el 43,1% que debe pagar ZZ supere el umbral de UF 100.000. XX, en cambio, sostiene que el monto de UF 100.000 se aplicaría al monto total de los daños y no a la indemnización.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículo 1.698.

Arbitraje Comercial internacional: Ley 19.971.

DOCTRINA: 1. Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales: Las declaraciones y garantías contractuales constituyen una práctica contractual que ha sido desarrollada particularmente en contratos de compraventa cuyo objeto son derechos o acciones en sociedades. La venta en tales casos se refiere al interés en una empresa o establecimiento de comercio, cuya precisa determinación está sujeta a asimetrías de información entre las partes. En la medida que los contratos de intercambio operan bajo el principio de que cada parte debe velar por sus propios intereses (*caveat emptor*) y las negociaciones bajo condiciones de asimetría imponen a cada parte el costo de proveerse de información que no posee, las declaraciones y garantías persiguen precisamente neutralizar estas asimetrías de información y mitigar los costos de transacción que experimentan las partes en una negociación de estas características. Esta función debe ser considerada al momento de interpretar su alcance (considerando 4).

En esencia, las declaraciones y garantías son afirmaciones que una de las partes (usualmente el vendedor) formula a la otra respecto de las calidades de la cosa objeto del contrato, asumiendo el riesgo de que esas calidades sean falsas o inexactas. A diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las afirmaciones que las partes formulan durante la negociación de un contrato, las declaraciones y garantías se integran al contrato y dan lugar a obligaciones de naturaleza contractual. Por eso, mientras la falsedad o inexactitud de una afirmación efectuada en la etapa de negociación puede afectar la validez del contrato o dar lugar a responsabilidad precontractual, la falsedad o inexactitud de una declaración o garantía da lugar a responsabilidad contractual (considerando 5).

Las declaraciones y garantías presentan naturalmente características de obligaciones de resultado, porque su cumplimiento no atiende a la conducta o diligencia desplegada por el deudor, sino a la verdad de la declaración efectuada en interés del acreedor. El principal efecto de estas obligaciones es que el deudor no puede invocar el empleo de la diligencia debida para justificar su incumplimiento, sino sólo que éste se debió a circunstancias ajenas a su ámbito de control (considerando 6).

Conviene aclarar, sin embargo, que las declaraciones y garantías no tienen por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer, sino más bien una promesa de verdad y exactitud de lo declarado. De esto se siguen dos importantes consecuencias: **(a)** la acción de ejecución forzada es incompatible con la naturaleza de la promesa, pues no se persigue la ejecución de una prestación, por lo que el principal remedio del acreedor ante el incumplimiento de lo prometido es la acción de indemnización de perjuicios; **(b)** el incumplimiento de la promesa compromete la responsabilidad del deudor en una manera más estricta que una obligación de resultado, pues ni aún el caso fortuito puede servirle de excusa para justificar su incumplimiento, a menos que algo distinto pueda inferirse

inequívocamente del contrato; las declaraciones y garantías tienen por objeto atribuir el riesgo de falsedad o inexactitud a la parte que ha revelado la información, de modo que alegar que esa información es falsa o inexacta por caso fortuito en nada altera la responsabilidad del declarante por la ineffectividad de su promesa (considerando 7).

De lo anterior se sigue que, en principio, el conocimiento que pueda haber tenido XX en virtud del *due diligence* sobre las materias declaradas y garantizadas por ZZ no afecta la responsabilidad de ésta por la eventual falsedad o inexactitud de las mismas (considerando 8).

Sin perjuicio de lo anterior, el régimen general de responsabilidad descrito no obsta al contenido y alcance particular de las declaraciones y garantías establecidas en el Contrato, pues la eventual responsabilidad de ZZ depende de los términos precisos en que ésta en cada caso se obligó. En consecuencia, aunque el conocimiento de XX no pueda ser invocado como una excusa general de responsabilidad, podría ser relevante a efectos de analizar el contenido de las obligaciones que aquí se discuten (considerando 9).

2. Materialidad o importancia relativa: La *materialidad contable* corresponde a la entidad mínima que debe tener un error contable para ser considerado material o relevante y, por tanto, para que pueda calificarse como un incumplimiento o infracción a las declaraciones y garantías contractuales. La *materialidad del daño*, por su parte, es el monto mínimo que deben tener los daños para ser indemnizados. El primer factor está determinado en función de los estados financieros y de los principios de contabilidad conforme a los cuales éstos se elaboraron (sin perjuicio de los casos en que el Contrato establece un criterio de relevancia distinto, como ocurre por ejemplo en el párrafo 7 de la cláusula quinta respecto de litigios o procedimientos administrativos), mientras que el segundo está expresamente regulado en la cláusula 10.7 del Contrato (considerando 33).

Aunque ambos factores confluyen a efectos de determinar la eventual responsabilidad de ZZ por incumplimientos contractuales, desde un punto de vista lógico la materialidad contable antecede a la materialidad del daño. De este modo, el umbral de UF 650 establecido en la cláusula 10.7 del Contrato sólo se aplica a los daños indemnizables una vez constatada la existencia de una infracción o incumplimiento por parte de ZZ, para lo cual es necesario tener en cuenta, entre otros factores, el criterio de materialidad definido por la técnica contable (considerando 34).

En consecuencia, la materialidad contable puede ser una defensa admisible de ZZ a efectos de excluir los incumplimientos alegados por XX. Sin embargo, esta defensa será analizada caso a caso, a la luz de los antecedentes probatorios allegados al proceso y teniendo además en cuenta los otros argumentos dados por las partes para determinar la correcta aplicación de este principio contable (considerando 35).

3. Concepto de daño: La cláusula 10.3 del Contrato establece que cualquier pérdida, daño o perjuicio sufrido por XX o las Compañías como consecuencia de la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías deberá ser indemnizado, y que el monto de la indemnización que corresponda deberá ser igual al de la pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido (sin perjuicio de las limitaciones que resulten aplicables). A juicio de este Árbitro, esta disposición muestra inequívocamente dos cuestiones que resultan determinantes para la resolución de esta disputa: **(i)** que el Contrato distingue entre incumplimiento y daño, pues éste debe ser una consecuencia de

aquél, y (ii) que la indemnización correspondiente debe calcularse en función de ese daño y no de la infracción que lo originó (considerando 38).

Los pasivos subvalorados y activos sobrevalorados constituyen una parte importante de los daños alegados por XX y presentan ciertas dificultades. En estos casos, el incumplimiento a las declaraciones y garantías se configuraría por una incorrecta contabilización del valor de los activos o pasivos de las Compañías. En principio, este Árbitro estima que la mera disconformidad contable no es suficiente para que exista responsabilidad de ZZ, pues de acuerdo con la cláusula 10.3 del Contrato se requiere como elemento adicional una *pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido* por XX o las Compañías (considerando 41).

En el caso de pasivos subvalorados se requiere de un desembolso efectivo por parte de XX para hacer frente a ese pasivo. Para estos efectos, no existe ninguna diferencia entre el pago de un gasto no previsto y el pago de un gasto sólo parcialmente previsto. Por el contrario, la incorrecta contabilización de un pasivo que no ha debido todavía sufragarse no constituye un daño, a menos que exista una alta probabilidad o una certeza razonable de su ocurrencia para que pueda ser indemnizado como daño futuro (considerando 42).

En el caso de los activos sobrevalorados la situación es similar. Atendido que el activo específico forma parte del patrimonio de XX, con independencia de su valor contable, no es posible afirmar que por esta sola circunstancia exista un daño patrimonial. Para que se pueda dar por establecido un daño, XX debe probar de qué manera esa errónea contabilización se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo. La forma natural de hacerlo es demostrando que el valor contable del activo está vinculado al precio pagado por XX en virtud del Contrato, de manera que pueda concluirse que ésta pagó un sobreprecio al adquirir el activo o que percibió un menor valor en caso de haberlo enajenado. En estos casos el error contable puede suponer un perjuicio para XX porque de ese error deriva la no obtención de un beneficio económico esperado bajo el Contrato (considerando 43).

Si bien en este caso existe evidencia de que los estados financieros de las Compañías fueron relevantes para la determinación del precio, también se encuentra acreditado que las partes consideraron otros factores adicionales. De este modo, no es posible para este Árbitro, sobre la base de la prueba rendida, determinar la relación específica que existió entre el valor contable de cada activo y el precio pagado por las acciones de TR. En consecuencia, XX deberá probar en cada caso concreto cómo la existencia de un activo sobrevalorado le produce un daño, sin que sea suficiente la mera existencia de una infracción contable (considerando 44).

4. Umbral de indemnización: El Contrato distingue claramente entre daño e indemnización: (i) por una parte, el párrafo 3 de la cláusula décima se refiere a cualquier pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido; (ii) por otra parte, la misma cláusula señala que la indemnización estará limitada únicamente al 43,1% del perjuicio sufrido por XX. Atendida esta diferencia, el umbral de UF 100.000 contenido en la cláusula 10.7 está referido expresamente al monto a pagar por indemnizaciones y no al daño sufrido. Esta conclusión se desprende del claro tenor literal de las cláusulas referidas (considerando 53).

Correlativamente, el umbral máximo de UF 1.000.000 también está referido al monto de la indemnización y no del daño. En efecto, la cláusula 10.7 señala que “el monto máximo a ser indemnizado por los Promitentes Vendedores o el Promitente Comprador de conformidad con esta

cláusula décima, por todos los eventos que pudiesen ocurrir, será de un millón (1.000.000) de Unidades de Fomento”. De esta manera, tanto el umbral mínimo como el máximo del Contrato están fijados en función de la indemnización y no del daño. Si las partes hubiesen querido que el umbral mínimo fuese aplicable en función del daño sufrido y que el máximo se calculara de acuerdo a la indemnización, podrían haber utilizado una redacción más clara para expresar esta diferencia, teniendo en cuenta que se trata de un contrato largamente negociado entre partes expertas (considerando 54).

DECISIÓN: 1. Se rechaza la demanda interpuesta por XX. 2. No se condena en costas a XX por no haber sido totalmente vencida y por haber tenido motivos plausibles para litigar, de modo que cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago de Chile, 10 de julio de 2015.

VISTOS:

I. PARTES EN EL ARBITRAJE

1. Son partes en este arbitraje:

a) Como demandante: Grupo XX de C.V. (XX), representada en este arbitraje por don AB1, don AB2, don AB3, doña AB4 y doña AB5, todos ellos domiciliados en DML1, comuna de Las Condes.

b) Como demandados: don ZZ, Inversiones ZZ1, Asesorías e Inversiones ZZ2, Asesorías e Inversiones ZZ3 y Asesorías e Inversiones ZZ4 (conjuntamente ZZ), representados en este arbitraje por don AB6, don AB7 y don AB8, todos ellos domiciliados en DML2, comuna de Las Condes.

II. ACUERDO DE ARBITRAJE

2. Con fecha 17 de mayo de 2010 (fs. 18) ZZ y XX celebraron el contrato denominado “Contrato de Promesa Compraventa de Acciones Farmacias TR” (el “Contrato”).

3. En la sección 10 de la cláusula decimoquinta del Contrato (fs. 65) las Partes convinieron lo siguiente:

“Todo conflicto, diferencia, dificultad o controversia que pueda surgir entre las Partes, ya sea con motivo u ocasión de la existencia, validez, eficacia, interpretación, nulidad, cumplimiento o incumplimiento de este Contrato, sin que dicha enumeración sea taxativa, será resuelta mediante arbitraje de conformidad a las disposiciones de la Ley 19.971, seguido ante un Tribunal compuesto por un Árbitro de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (la “Cámara”), vigente al momento de su inicio el que se entiende íntegramente reproducido e incorporado en esta cláusula.

Las Partes vienen en designar como Árbitro en este acto a don Enrique Barros Bourie, y en caso que éste no pudiera o no quisiera aceptar el encargo, a don AB9, y en caso que éste no pudiera o no quisiera aceptar el encargo, a don AB10.

En el evento que ninguno de los anteriores pudiera o quisiera aceptar el encargo, las Partes de común acuerdo designarán al Árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el último de los Árbitros antes señalados comunicare a las Partes que no puede o no quiere aceptar el encargo. A falta de acuerdo respecto de la persona que actuará en el cargo de Árbitro, la designación será efectuada, a solicitud escrita de cualquiera de las Partes, por la Cámara de

conformidad con su el (sic) Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional, para lo cual las Partes le otorgan, mediante este instrumento, un mandato especial e irrevocable.

La sede del arbitraje será en la ciudad de Santiago y en alguna comuna que se encuentre dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El arbitraje será substanciado, tramitado y conducido en idioma español. El Árbitro estará facultado para resolver todo lo relativo a su competencia y jurisdicción”.

III. SOLICITUD DE ARBITRAJE

4. Con fecha 20 de marzo de 2012 (fs. 1) XX presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (“CAM Santiago”) exponiendo, entre otros, los siguientes antecedentes:

“Con fecha 17 de mayo de 2010, entre Grupo XX de C.V. (XX) y don ZZ, por sí y en representación de Inversiones TR2, Inversiones TR3, Inversiones ZZ1, Asesorías e Inversiones ZZ2, Asesorías e Inversiones ZZ3 y Asesorías e Inversiones ZZ4 (“Promitentes Vendedores”), se celebró un Contrato de Promesa de Compraventa de Acciones sobre aproximadamente el 37,4% de las acciones de Farmacias TR que eran de propiedad de don ZZ y sus representadas.

En dicho Contrato, en particular, en la cláusula quinta del mismo, los Promitentes Vendedores efectuaron ciertas declaraciones respecto de la existencia y estado financiero, legal, tributario y contable de TR y sus Compañías relacionadas (“Compañías”), garantizando que dichas declaraciones eran completas y verdaderas a la fecha de celebración del Contrato y hasta la fecha de publicación del aviso de resultado de la Oferta Pública de Adquisición de Acciones (“OPA”), efectuada por XX el 3 de octubre de 2010.

Después de transferidas las acciones y pagado el precio de la OPA, se fueron detectando en la (sic) Compañías diversas inexactitudes y/o falsedades de lo declarado en la cláusula quinta del Contrato, generándose el derecho para XX de solicitar la indemnización de los perjuicios generados por aquellas inexactitudes y/o falsedades, de acuerdo a la cláusula décima del Contrato.

Cumplido el procedimiento previo de notificación por escrito estipulado en la misma cláusula del Contrato, y no habiéndose satisfecho las pretensiones indemnizatorias reclamadas, XX ejerce la facultad convenida en el Contrato para demandar ante Tribunal Arbitral la indemnización de perjuicios causados por las inexactitudes y/o falsedades de las declaraciones y garantías estipuladas en la cláusula quinta del Contrato”.

IV. CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

5. Con fecha 19 de abril de 2012 (fs. 128) ZZ presentó una contestación a la solicitud de arbitraje ante el CAM Santiago exponiendo, entre otros, los siguientes antecedentes:

“Grupo XX de C.V. ha requerido el inicio del arbitraje para demandar de mis representadas la indemnización de ciertos perjuicios que, según ella, habrían derivado de supuestas inexactitudes y/o falsedades de las declaraciones y garantías estipuladas en la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa de Acciones de Farmacias TR de 17 de mayo de 2010.

Esta parte rechaza la existencia de las alegadas falsedades e inexactitudes y de los supuestos perjuicios que derivarían de ellas. Rechaza asimismo la forma insatisfactoria en que se ha reclamado de los mismos mediante carta de 11 de noviembre de 2011. En consecuencia, la posición de esta parte es que las Promitentes Vendedoras, según ellas han sido definidas en la referida promesa, nada deben a Grupo XX de C.V.”.

V. ACEPTACIÓN DEL CARGO DE ÁRBITRO Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. De conformidad con lo establecido en los Artículos 9.5 y 11.2 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM Santiago (el “Reglamento”), con fecha 30 de marzo de 2012 (fs. 126) el suscrito aceptó el cargo de Árbitro, según la designación efectuada en la sección 10 de la cláusula decimoquinta del Contrato, y prestó su declaración de independencia e imparcialidad.

7. De conformidad con lo establecido en el Artículo 9.5 del Reglamento, con fecha 2 de abril de 2012 (fs. 127) el CAM Santiago, a través de su Secretaría General, confirmó al suscrito como Árbitro a efectos de conocer y resolver la controversia suscitada entre XX y ZZ.

8. Mediante resolución de fecha 20 de abril de 2012 (fs. 131) el suscrito declaró constituido el Tribunal Arbitral (a contar de la fecha de aceptación del cargo de Árbitro, esto es, desde el 30 de marzo de 2012), y citó a las partes a una audiencia de fijación de procedimiento.

VI. SUBSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

9. Con fecha 10 de mayo de 2012 (fs. 141) se celebró una audiencia de fijación de procedimiento arbitral, en cuya acta se recogieron principalmente los siguientes acuerdos: **(i)** en el acuerdo III se estableció que el objeto del presente arbitraje sería conocer y resolver la controversia existente entre XX y ZZ respecto de las materias indicadas en la solicitud de arbitraje referida en el párrafo 4 precedente; **(ii)** en el acuerdo V.1 se estableció que la sede del arbitraje sería la ciudad de Santiago de Chile y alguna comuna que se encontrare dentro de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago; **(iii)** en el acuerdo V.2 se estableció que el presente arbitraje estaría sujeto a la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional; **(iv)** en el acuerdo V.3 se estableció que el presente caso se resolvería de acuerdo a la ley chilena; **(v)** en el acuerdo V.4 se estableció que el presente arbitraje sería substanciado, tramitado y conducido en idioma español; **(vi)** en el acuerdo V.6 se estableció que el procedimiento arbitral se substanciaría íntegramente con arreglo al Reglamento, sin perjuicio de las reglas de procedimiento especiales recogidas en el mismo acuerdo V.6.

10. Con fecha 10 de mayo de 2012 (fs. 141) las partes y el Árbitro convinieron designar como secretario ad-hoc a don G.R., sin perjuicio de las actuaciones que correspondieran a la Secretaría General del CAM Santiago. Posteriormente, con fecha 13 de agosto de 2013 (fs. 616), las partes y el Árbitro acordaron designar como nuevo secretario ad-hoc a don S.G.

VII. PLAZO DEL ARBITRAJE

11. Con fecha 10 de mayo de 2012 (fs. 141), en la audiencia de fijación de procedimiento, las partes y el Árbitro acordaron que el presente arbitraje se ejecutaría en el término de doce meses contado desde la fecha en que se presentare el escrito de contestación a la demanda principal o reconventional en su caso, pudiendo el Árbitro prorrogarlo por seis meses adicionales. Asimismo se convino que el plazo del arbitraje se suspendería en los siguientes casos: **(i)** durante el feriado de vacaciones, correspondiente al mes de febrero de cada año; **(ii)** durante el o los períodos de conciliación decretados por el Árbitro; y **(iii)** durante el o los períodos en que el procedimiento se encontrare suspendido por acuerdo de las partes.

12. Mediante resolución de fecha 1 de julio de 2014 (fs. 882), en uso de las facultades conferidas, el Árbitro prorrogó el plazo del arbitraje por seis meses adicionales a contar del vencimiento del plazo original, esto es, desde el 3 de julio de 2014.
13. Mediante acta de 16 de diciembre de 2014 (fs. 924) las partes y el Árbitro acordaron prorrogar el plazo del arbitraje hasta el 30 de junio de 2015.
14. Mediante acta de 23 de junio de 2015 (fs. 1848) las partes y el Árbitro acordaron prorrogar nuevamente el plazo del arbitraje hasta el 10 de julio de 2015.

VIII. ESCRITOS DE DISCUSIÓN

15. Con fecha 28 de septiembre de 2012 (fs. 159) XX interpuso su demanda en contra de ZZ.
16. Con fecha 3 de junio de 2013 (fs. 499) ZZ contestó la demanda interpuesta por XX.
17. Con fecha 13 de septiembre de 2013 (fs. 619) XX presentó su escrito de réplica, reiterando las alegaciones expuestas en su demanda y formulando sus observaciones finales respecto de la discusión.
18. Con fecha 27 de diciembre de 2013 (fs. 727) ZZ presentó su escrito de dúplica, reiterando las alegaciones expuestas en su contestación y formulando sus observaciones finales respecto de la discusión.

IX. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

A. ACCIONES Y PETICIONES DE XX

19. XX interpuso demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, solicitando que se condene a ZZ a pagarle una suma de US\$10.111.535 más intereses y costas, por los fundamentos de hecho y derecho que se reseñan a continuación:

1) ANTECEDENTES PRELIMINARES

20. A fines de 2009 ZZ decidió vender su participación en Farmacias TR S.A. (en adelante TR), conformada por un conjunto de sociedades en Chile, México (principalmente Farmacias TR4 de C.V., en adelante TR4) y Perú (en adelante las “Compañías Chilenas”, “Compañías Mexicanas” y “Compañías Peruanas”, y conjunta o indistintamente las “Compañías”). Para estos efectos se coordinó un proceso de subasta liderado por la firma TR1, en el que XX resultó ganadora. Como parte de la negociación de los términos y condiciones de la operación, se llevó a cabo un proceso de *due diligence*, que culminó con la celebración del Contrato el día 17 de mayo de 2010.
21. En virtud del Contrato XX se obligó a iniciar un proceso de oferta pública de adquisición de acciones (“OPA”) para la compra de un determinado número de acciones, las que en conjunto le permitieran alcanzar al menos el 50% más una de las acciones de TR. El Contrato estableció además, en la cláusula quinta y sus respectivos anexos, declaraciones relativas al estado legal, tributario y financiero de las Compañías, garantizando ZZ su veracidad a la fecha del Contrato y a la fecha en que se publicaron los resultados de la OPA (“Fecha de Cierre”).
22. Con fecha 31 de agosto de 2010 se dio inicio a la OPA, la que culminó exitosamente el 3 de octubre del mismo año. Mediante este procedimiento XX adquirió el 97,8% de las acciones de TR.
23. XX alega que las declaraciones y garantías contenidas en la cláusula quinta del Contrato resultaron ser falsas o inexactas. En virtud de ello, XX inició el procedimiento establecido en los párrafos 8 y 9 de la cláusula décima del Contrato para hacer valer la responsabilidad de ZZ. Así, previo a que se cumplieran 18 meses desde la celebración del Contrato, XX envió a ZZ una carta (“Carta de Reclamo”) planteando una serie de reclamos por declaraciones falsas o inexactas, exponiendo la base y fundamento de cada uno y el monto estimado de los perjuicios causados.

24. Transcurrido el plazo establecido en el Contrato para que ZZ aceptara dichos reclamos, XX decidió demandar a ZZ en el presente arbitraje. La demanda tiene por objeto la indemnización de los perjuicios derivados de las inexactitudes o falsedades respecto de declaraciones y garantías de la cláusula quinta. La demanda sólo se refiere a las Compañías Chilenas y Mexicanas, ya que con fecha 12 de enero de 2012, XX se desprendió de la totalidad de las acciones de las Compañías Peruanas.

25. A continuación se hace una breve síntesis de las falsedades o inexactitudes alegadas, agrupadas en las cuatro declaraciones y garantías invocadas por XX.

2) FALSEDADES O INEXACTITUDES DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS

a) CUENTAS SOCIALES (CLÁUSULA 5.5)

26. ZZ garantizó a XX que los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2009 (“Estados Financieros”) y los estados financieros interinos al 31 de marzo de 2010 (“Estados Financieros Interinos”) de las Compañías, reflejaban adecuadamente la situación financiera de éstas.

27. La contabilidad de las Compañías debía llevarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en cada jurisdicción. En Chile tales principios se encuentran recogidos, según XX, en las Normas Internacionales de Información Financiera (“NIIF” o “IFRS”), que a su vez comprenden las Normas Internacionales de Contabilidad (“NIC”), y en las normas de la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”). En México, en cambio, tales principios se encuentran recogidos en las Normas de Información Financiera Mexicanas (“NIF”).

28. Enseguida se exponen las falsedades o inexactitudes alegadas respecto de las declaraciones y garantías contenidas en la cláusula 5.5 del Contrato. En primer lugar se reseñan los reclamos planteados respecto de las Compañías Chilenas (párrafos i a vi) y luego aquellos relativos a las Compañías Mexicanas (párrafos vii a x).

i) CRÉDITOS POR IMPUESTOS A LA RENTA PAGADOS EN EL EXTRANJERO

29. XX afirma que algunas filiales de TR tenían registrados como activos ciertos créditos por impuestos pagados en el extranjero que por diversas razones no podían utilizarse. Por una parte, se contabilizó como activo un crédito por \$679.117.783, sin que existiera respaldo efectivo de su pago. Asimismo se contabilizaron tres créditos por \$906.219.246 por impuestos pagados en años anteriores, que ya no podían ser utilizados por haber transcurrido el ejercicio correspondiente.

30. XX explica que para evitar situaciones de doble tributación, la Ley de Impuesto a la Renta establece en su Artículo 41-A que los impuestos pagados en el exterior por rentas percibidas en el extranjero pueden descontarse del impuesto que grava a las remesas recibidas. En consecuencia, los contribuyentes tienen un crédito contra impuesto de primera categoría que debe hacerse valer en el mismo ejercicio en que las rentas extranjeras han sido percibidas y sus respectivos impuestos pagados.

31. De esta manera, para que dichos créditos puedan reconocerse como un activo deben cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Impuesto a la Renta y en la Circular N° 25 del SII de 25 de abril del 2008. Estos requisitos son: (i) que el impuesto haya sido efectivamente pagado; (ii) que el crédito se utilice en el mismo ejercicio en que las rentas extranjeras son percibidas; y (iii) que el crédito se impute al mismo tipo de impuesto.

32. XX sostiene que los cuatro créditos referidos no cumplían con estos requisitos, uno por falta de respaldo del pago del impuesto y los otros tres por no haber sido utilizados en el ejercicio en que se devengaron. De este modo, al ser contabilizados como activos, el patrimonio de TR se encontraba sobrevalorado.

33. En definitiva, la demandante alega que estos créditos no tenían capacidad para generar beneficios, por lo que no podían registrarse como activos. Por esta razón XX afirma haber sufrido un perjuicio por US\$3.297.359.

ii) MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (CHILE)

34. XX alega que las mejoras implementadas en los locales arrendados en los que TR desarrolla su giro se encontraban incorrectamente contabilizadas en los estados financieros. Funda esta aseveración en dos razones: (i) TR habría aplicado a las mejoras un período de amortización excesivamente largo e inconsistente con la duración de los contratos de arriendo; (ii) la Compañía habría contabilizado “mejoras sobre mejoras”, pues no daba de baja de su activo las mejoras que eran reemplazadas.

35. Explica la demandante que en los estados financieros de TR se estableció una política de amortización para las mejoras por un período de 15 años. Este plazo sería excesivo, pues el plazo promedio de los respectivos contratos de arriendo era de 10 años.

36. Por otra parte, el tratamiento contable de las mejoras habría sido inexacto porque las mejoras reemplazadas no eran eliminadas del activo fijo de TR. De acuerdo con lo dispuesto en la NIC 16, la empresa debe reconocer las mejoras en sus libros de contabilidad, pero también debe eliminarlas cuando son reemplazadas, aún si desconociere su valor.

37. A raíz de estas infracciones la administración de TR registró al cierre de 2011 un ajuste de \$457.140.075, equivalente al monto total de los activos capitalizados en 2009, 2010 y 2011. Posteriormente la administración identificó mejoras a locales arrendados capitalizadas en 2007 y 2008 por \$1.145.604.078, de los cuales sólo existe respaldo por un monto neto de \$447.845.970. De este modo, XX alega que el activo de TR estaba sobrevalorado por concepto de mejoras, lo que se tradujo en un perjuicio de US\$770.562.

iii) CONDICIONES ASOCIADAS A PLAN DE STOCK OPTIONS DE TR

38. Este reclamo se refiere a un plan de *stock options* establecido por TR en beneficio de algunos de sus ejecutivos. Según la demandante, este plan fue revelado de manera inexacta en los estados financieros, pues no detallaba la totalidad de la contingencia. A raíz de ello, el año 2011 la Compañía debió pagar un impuesto-multa por el gasto rechazado derivado de la condonación de la deuda que, conforme a los términos del plan, TR efectuó en beneficio de sus ejecutivos.

39. XX explica que mediante un plan de *stock options* TR benefició a ejecutivos de la Compañía, permitiéndoles adquirir acciones de la empresa financiadas por un mutuo que daría la propia TR. En caso que la posterior venta de las acciones por parte de los ejecutivos fuera por un precio menor al de adquisición, TR condonaría la diferencia. XX alega que la existencia del plan fue revelada por TR, pero no así el tratamiento tributario que se le daría a la eventual condonación de la deuda. En julio de 2010 el Directorio procedió a alzar las prendas vigentes sobre las acciones que eran parte del plan de *stock options*, bajo la condición de que se hiciera una vez lanzada la OPA y se avisara previamente al oferente de la OPA. Adicionalmente el Directorio definió que la condonación se trataría tributariamente como un gasto rechazado, lo que no fue informado a XX. Considera la demandante que, de acuerdo al párrafo 86 de la NIC 37, esta circunstancia debió ser informada, ya que la salida de recursos para liquidar el plan de *stock options* era altamente probable. Agrega que aun si tal salida de recursos se hubiera conocido con posterioridad al Contrato, conforme a la cláusula quinta se debió haber informado al menos en la Fecha de Cierre.

40. Como consecuencia de esta revelación parcial XX debió pagar US\$1.338.658, correspondientes al impuesto único al gasto rechazado. XX considera que este monto corresponde a un daño que debe ser indemnizado.

iv) TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DE LA SEÑORA P.D.

41. XX alega que TR no provisionó íntegramente las obligaciones ligadas al término del contrato de trabajo de la señora P.D., subgerente de Negocio RX de TR.

42. Explica la demandante que en 2009 se acordó el término del contrato de trabajo de doña P.D. En el correspondiente finiquito, TR se obligó a pagar una indemnización voluntaria de \$83.937.175. Paralelamente se firmó un convenio adicional en el que P.D., por sí y en representación de su sociedad TR5, se obligó a no desarrollar ninguna actividad o negocio que compitiera con TR, la que a su vez se obligó a pagar en tres cuotas la suma \$140.000.000. XX señala que la última de estas cuotas, correspondiente a \$50.000.000, no fue provisionada en los estados financieros de la Compañía.

43. XX alega que de acuerdo a la NIC 37, las obligaciones emanadas de este convenio debieron haber sido provisionadas íntegramente en el ejercicio en que fueron pactadas, incluso en caso que una parte de ellas se pagara en el ejercicio siguiente. Por esta razón, la demandante alega haber sufrido un perjuicio de US\$86.316.

v) GARANTÍAS DE ARRIENDO

44. XX alega que en los estados financieros de las Compañías se registró un activo por \$51.569.215 correspondiente a una cuenta por cobrar por garantías otorgadas por contratos de arriendo. Sin embargo, estas garantías habrían sido incobrables pues correspondían a contratos terminados y finiquitados.

45. Afirma la demandante que TR otorgaba garantías a los arrendadores de sus locales comerciales con el fin de responder ante eventuales deterioros. Estas garantías constituyen activos de la empresa y se registran contablemente como una “cuenta por cobrar”, atendido que deben eventualmente ser restituidas. Sin embargo, terminados los contratos y habiendo transcurrido un tiempo razonable desde la entrega de los locales sin que se haya hecho la restitución de las garantías, la demandante considera que TR debió haber contabilizado como irrecuperables tales saldos.

46. Dicha circunstancia constituye, en opinión de XX, una infracción a las normas IFRS, de modo que el patrimonio de TR se encontraba sobrevaluado, generándose un perjuicio de US\$107.259.

vi) MULTAS LABORALES

47. La demandante afirma que TR tenía más de 90 multas laborales impagas cursadas desde el año 2007 y cuyos montos no fueron provisionados ni revelados en los estados financieros.

48. Según explica, las multas laborales deben contabilizarse como gasto en caso que sean pagadas en forma inmediata, o bien como provisión en caso que sea probable su pago en el futuro. Sin embargo, XX alega que existían más de 90 multas no provisionadas o reveladas en los estados financieros. Estas multas debieron ser pagadas por la nueva administración luego de la Fecha de Cierre, lo que se tradujo en un perjuicio de US\$224.955.

vii) MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (MÉXICO)

49. La demandante alega que respecto a las mejoras a los locales arrendados por las Compañías Mexicanas existen tres problemas relacionados: **(i)** TR4 amortizaba los activos por mejoras a locales arrendados en un plazo de 15 a 16 años, lo que resultaba excesivo atendida la duración de los contratos de arriendo; **(ii)** la Compañía determinaba el valor de recuperación de los activos no financieros considerando como unidad generadora de efectivo el total de activos de todas las sucursales de México en su conjunto; y **(iii)** se efectuaron “mejoras sobre mejoras” sin dar de baja las mejoras reemplazadas.

50. XX expone en primer lugar que TR4 renueva habitualmente sus locales introduciendo mejoras cuyo valor debe amortizar conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. De acuerdo con las normas contables mexicanas, las mejoras deben amortizarse en el plazo que resulte menor entre la duración de la mejora y el plazo de arriendo del local en que ella se efectuó. A pesar de esto, el criterio aplicado para la amortización del valor en libros de las mejoras a los locales arrendados fue la vida útil estimada, la que se apreció en un período de entre 15 y 16 años. Sin embargo, los plazos de los contratos de arrendamiento eran sustancialmente inferiores.

51. En segundo lugar, XX sostiene que las normas contables señalan que para verificar si la compañía debe reconocer un menor valor de sus activos, debe considerarse el desgaste propio de los activos fijos de acuerdo a un test de *impairment*. Mediante este proceso se determina el deterioro del valor de los activos para poder así estimar el importe recuperable del activo y compararlo con su valor libro. Para realizar este test debe determinarse una *unidad generadora de efectivo*, correspondiente al grupo de activos más pequeño al cual puede identificarse un flujo. Ésta puede estar constituida por un solo activo, una sucursal que involucra varios activos, o varias sucursales, dependiendo de si ellas pueden generar ingresos en forma independiente. XX considera que la unidad generadora de efectivo corresponde, en este caso, a cada una de las sucursales. A pesar de esto, TR4 consideraba como unidad generadora a todas las sucursales de México en su conjunto, en contra de lo dispuesto por las normas contables mexicanas. Atendido este error, al 31 de diciembre de 2010 la Compañía hizo un ajuste al valor en libros del activo por US\$3.853.000, señalando expresamente que éste no derivaba de un cambio de NIF a IFRS.

52. Finalmente XX alega que luego de la toma de control de TR se identificaron partidas contabilizadas dentro del rubro de mejoras a locales arrendados que sustituyeron a otros activos de la misma naturaleza. Estas mejoras sustituidas no habían sido dadas de baja de la contabilidad, infringiendo lo dispuesto en las normas contables mexicanas.

53. Por los incumplimientos reseñados XX alega haber sufrido un perjuicio por US\$8.026.000.

viii) ACTIVOS DISPONIBLES PARA LA VENTA

54. XX alega que el valor de los activos disponibles para la venta de TR4 se encontraba sobrestimado en los estados financieros. Según explica, los activos disponibles para la venta deben contabilizarse de acuerdo al valor libro o al valor de mercado del activo, el que sea menor. Sin embargo, la Compañía contabilizó sus activos disponibles para la venta en razón de su valor libro, el cual era mayor al valor de mercado.

55. En razón de lo anterior, el año 2010 se reformularon los estados financieros al 1 de enero y 31 de diciembre de 2009. Así, se reestimó el valor de los activos disponibles para la venta según su valor de mercado, reduciéndose en US\$1.533.000, cuyo efecto fue registrado contra resultados acumulados.

56. Por tal concepto, XX estima haber sufrido un daño por US\$1.533.000, correspondientes a la diferencia entre el valor de mercado y el valor en libros de los activos.

ix) PASIVOS POR PLAN DE PENSIONES

57. XX alega que TR4 no provisionó correctamente el plan de pensiones ofrecido a sus trabajadores. Ello provocó, a juicio de XX, una subvaloración de los pasivos laborales por beneficios posteriores al retiro. Esta subvaloración estaría dada por dos razones: (i) la diferencia pendiente de provisionar y revelar en los estados financieros, en relación al personal ya jubilado y que recibe actualmente su pensión; y (ii) la falta de reconocimiento, provisión y revelación del pasivo correspondiente a los beneficios del plan que deberán ser pagados a todos los trabajadores que cumplan o puedan cumplir en el futuro los requisitos para obtener los beneficios.

58. Explica XX que en 1991 TR4 estableció un plan de pensiones para su personal de planta y a tiempo completo. Dicho plan complementaba los beneficios de seguridad social otorgados por el sistema mexicano, mejorando las prestaciones para el personal con el fin de disminuir la rotación e incentivar su permanencia en la Compañía. En 2002, cuando TR tomó el control de las Compañías Mexicanas, se determinó dejar de ofrecer el plan de pensiones, pero sin ponerle término formalmente o modificar su alcance.

59. En ese momento la antigua administración detectó un “grupo crítico” de 81 trabajadores que ya habían cumplido con los requisitos del plan o lo harían dentro de los siguientes 10 años, a quienes se les propuso un pago único que se efectuaría al momento de la jubilación. De este grupo crítico, 40 personas aceptaron el pago. De los 41 trabajadores restantes, algunos salieron de la empresa sin cumplir los requisitos para exigir el pago, a otros se les pagaron únicamente sus prestaciones devengadas, y los restantes ya reunieron los requisitos para beneficiarse del plan o los cumplirán en los próximos años. Sin embargo, TR4 no reveló esta situación ni provisionó los pagos que deberán hacerse a estos empleados, ni tampoco los pagos que deberán hacerse a todos los trabajadores actualmente empleados por las Compañías Mexicanas que tendrían derecho a participar del plan, sin importar su fecha de ingreso.

60. Los estados financieros sólo provisionaron las pensiones de 18 trabajadores que estaban acogidos al plan antes de 2002. Respecto de ellos se constató, con posterioridad a la celebración del Contrato, una diferencia pendiente de provisionar y revelar por un monto de US\$1.660.000. Por esto, en 2011 las Compañías Mexicanas reformularon sus estados financieros provisionando la diferencia.

61. XX alega haber sufrido un perjuicio derivado de ambas situaciones, ascendente a US\$4.793.000.

x) PROVISIÓN POR DEVOLUCIONES DE INVENTARIOS CON XX DE C.V.

62. XX alega que en los estados financieros de TR4 se consideraron devoluciones de inventario sin respaldo, de forma que el pasivo de la Compañía se encontraba subvalorado.

63. XX de C.V., filial de la demandante (XX), distribuía productos farmacéuticos a TR4. Estos productos eran contabilizados por TR4 como “proveedores en tránsito”. Asimismo, las devoluciones de las mercaderías debían respaldarse mediante un folio de devolución. La demandante afirma que debido a errores en los sistemas de control se generó en TR4 una contingencia de MX\$25.600.000, correspondiente al menor pago de las facturas emitidas por XX de C.V. por supuestas devoluciones de las que no existe respaldo.

64. XX explica que sólo era posible eliminar estos pasivos de la contabilidad de TR4 si las mercaderías eran efectivamente devueltas a la filial. Sin embargo, TR4 redujo este pasivo en US\$1.290.000 sin contar con los respaldos correspondientes, contraviniendo de esta forma lo dispuesto en el Boletín C-9.

65. Atendida esta infracción, durante los años 2010 y 2011, TR4 debió corregir las deducciones realizadas, reconociendo un pasivo de US\$1.290.000 a favor de XX de C.V. De esta forma, XX señala haber sufrido un perjuicio por dicha suma.

b) LITIGIOS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (CLÁUSULA 5.7)

66. Las declaraciones y garantías de la cláusula 5.7 del Contrato se refieren a litigios o procedimientos que pudieren existir respecto las Compañías. En particular, ZZ garantizó a XX la inexistencia de litigios o procedimientos por un monto superior a UF 2.500, salvo los informados en los anexos del Contrato.

xi) JUICIOS EN CONTRA DE DON S.R.

67. XX sostiene que ZZ no informó adecuadamente una serie de conflictos en contra de TR relacionados con el señor S.R., antiguo empleado de la Compañía.

68. Se trata de tres demandas diversas pero que tienen un mismo origen: Don S.R., antiguo director Corporativo de Negocios de TR, negoció durante 2009 con la empresa TR6 la posible distribución de un test que permitía predecir el sexo del feto. Las negociaciones fracasaron pero el mismo año el señor S.R. y su cónyuge formaron la empresa TR7 con el objeto de fabricar un producto muy similar al test de TR6. Como consecuencia de esto TR6 denunció al señor S.R. ante TR, la que posteriormente despidió al señor S.R. por incumplimiento grave de sus obligaciones laborales.

69. La primera demanda fue presentada el 7 de abril de 2010 por TR6 ante la Corte de Distrito de Texas en contra del señor S.R., su cónyuge y TR por infracción a deberes de confidencialidad, enriquecimiento ilícito y apropiación de información comercial, entre otros. Si bien esta demanda nunca fue notificada, TR decidió terminar el juicio mediante un avenimiento con TR6.

70. Adicionalmente, en el mismo juicio, S.R. demandó reconventionalmente a TR por supuesta difamación. Este juicio fue terminado por un avenimiento en virtud del cual TR debió pagar US\$138.000, además de los honorarios de los abogados que la representaron.

71. El último litigio corresponde a una demanda laboral presentada por S.R. en contra de TR por despido injustificado. Aunque esta demanda fue rechazada, TR también debió pagar los honorarios de los abogados que la representaron.

72. XX señala que el primer juicio debió haber sido revelado en los anexos del Contrato, ya que, aunque TR no fue notificada de la demanda, tenía acabado conocimiento del conflicto y la inminente presentación de la demanda. Adicionalmente, los montos involucrados en el juicio iniciado por TR6 corresponden a un pasivo contingente que debía ser informado en notas a los estados financieros, de conformidad con la NIC 37.

73. XX sostiene que atendido que los tres juicios derivan directamente de los mismos hechos, todos los gastos involucrados en ellos constituyen daños indemnizables. Estos gastos serían: (i) US\$30.000 que pagó la Compañía para dar por terminado el juicio con TR6; (ii) US\$41.080 por las correspondientes asesorías de firmas estadounidenses; (iii) US\$17.715 por impuestos asociados al avenimiento; (iv) US\$84.254 que TR debió pagar en honorarios de abogados por la demanda de despido injustificado; y (v) US\$346.585 derivados de la demanda reconventional interpuesta por el señor S.R. De esta manera, el daño total demandado es de US\$537.186.

c) IMPUESTOS (CLÁUSULA 5.9)

74. La cláusula 5.9 garantizaba principalmente que la situación tributaria de las Compañías había sido correctamente informada. XX expone que esta garantía buscaba precaver eventuales pasivos o contingencias derivadas de impuestos no pagados, declaraciones tributarias incorrectas o procedimientos tributarios de cobro de impuestos, reajustes, intereses y multas.

xii) LIQUIDACIÓN Y GIRO POR EXCESIVA DEPRECIACIÓN TRIBUTARIA

75. XX funda este reclamo en la excesiva depreciación aplicada al centro de distribución de una filial de TR, lo que motivó que el SII le cursara una multa. Según la demandante, esta situación no fue revelada por los promitentes vendedores.

76. El Artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta establece que es posible deducir de la renta bruta los gastos necesarios para producirla, siempre que se puedan acreditar fehacientemente. El número 5 del inciso tercero permite deducir una cuota anual de depreciación por los activos fijos inmovilizados que sirvan para el desarrollo del giro de una empresa. La determinación de la

depreciación se calcula en base a un método lineal, en función de los años de vida útil estimados por el SII a través de una norma general, pudiendo el contribuyente también depreciar en forma acelerada, asignando a los activos una vida útil equivalente a un tercio de la fijada por el SII. En este contexto, TR realizó una errada depreciación acelerada de sus inmuebles, lo que motivó que el 31 de octubre de 2010 se le cursara una multa por los errores contables de ejercicios anteriores (años tributarios 2008 y 2009). En virtud de esta multa TR debió pagar \$226.217.318, lo que no fue revelado por los demandados.

77. Por este concepto la demandante señala haber sufrido un daño por US\$66.143.

d) ADMINISTRADORES, PERSONAL DIRECTIVO Y EMPLEADOS (CLÁUSULA 5.11)

78. Mediante la cláusula 5.11 del Contrato ZZ declaró y garantizó diversas circunstancias relativas a los administradores, personal directivo y empleados de las Compañías.

xiii) TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DE J.W.

79. XX alega que ZZ no reveló en los anexos del Contrato un acuerdo celebrado con Asesorías e Inversiones TR8, mediante el cual se habría encubierto una indemnización voluntaria superior a la legal a favor del señor J.W., gerente de Precios de TR.

80. Este reclamo se funda en dos contratos: (i) aquél que puso fin a la relación laboral entre el señor J.W. y TR; y (ii) el contrato de consultoría firmado entre TR y Asesorías e Inversiones TR8. La demandante señala que el 28 de mayo de 2010 la Compañía convino el término por mutuo acuerdo del contrato de trabajo del señor J.W. a partir del 31 de octubre de 2010. Conjuntamente se celebró un contrato de consultoría por un monto de UF2.466 con Asesorías e Inversiones TR8, sociedad de propiedad del señor J.W. El contrato de consultoría tendría vigencia a partir del 1 de noviembre de 2010.

81. XX señala que la cláusula 3.10 del Contrato establece la obligación de TR de no celebrar contratos por un monto superior a UF 2.500 distintos a la compra y venta de existencias y adquisición de servicios necesarios para el desarrollo del curso ordinario del negocio. A juicio de la demandante, el contrato de consultoría envolvería una simulación, ya que encubre una indemnización voluntaria superior a la legal, la que debió haber sido incluida en el anexo V.11.f del Contrato. XX agrega que el contrato tenía por objeto la prestación de consultorías sobre distintas materias y una obligación de no competir, pero que ningún servicio se prestó durante su vigencia. A juicio de la demandante, mediante este contrato ZZ buscaba mantener buenas relaciones con el señor J.W. atendido su rol como testigo clave en el caso de colusión de las farmacias. Así, la celebración de contrato de consultoría sería contraria a la buena fe. Por este concepto, XX reclama perjuicios por USD\$92.151.

xiv) PLAN DE RETENCIÓN DE EJECUTIVOS (CHILE)

82. TR estableció un plan de retención de ejecutivos previo al Contrato. XX alega que la versión del plan que le fue informada es distinta al plan efectivamente implementado por la Compañía, el cual resultó ser mucho más oneroso. Tal diferencia no revelada corresponde a los perjuicios sufridos por la demandante.

83. De acuerdo a lo planteado por la demandante, el 4 de marzo de 2010 se celebró una sesión de Directorio en la cual se acordó un plan de retención para los ejecutivos principales de las Compañías Chilenas y Mexicanas. Posteriormente, al momento de implementarlo, el plan fue modificado a través de la suscripción de diversos y sucesivos actos que culminaron en la celebración de un convenio colectivo el 3 de mayo de 2010, el que difería sustancialmente de lo acordado por el Directorio. Según lo dispuesto en la cláusula 5.11, letras d y f, del Contrato, todos los planes debían

haberse declarado completamente en los anexos del Contrato. Pese a ello, en los anexos simplemente se mencionó: (i) que existía un convenio colectivo entre TR y un grupo de trabajadores, sin mencionar que ese grupo eran los ejecutivos principales de la Compañía; y (ii) que ciertos trabajadores estratégicos tenían derecho a pagos por cambio de controlador, sin mencionar los cambios que introdujo el convenio colectivo respecto de lo acordado por el Directorio, que incrementaba sustancialmente el costo del plan.

84. En consideración de lo anterior XX alega: (i) que el plan no fue revelado íntegramente en los anexos del Contrato; (ii) que la implementación del plan fue encargada al señor A.T., quien resultó beneficiado por el mismo plan; y (iii) que el plan contemplaba beneficios tanto si XX retenía a los ejecutivos como si los despedía, lo que se alejaba de su fin.

85. En razón de lo anterior, XX reclama un daño de US\$1.338.658 por el pago de prestaciones adicionales a las acordadas en la sesión de Directorio.

xv) PLAN DE RETENCIÓN DE EJECUTIVOS (MÉXICO)

86. El mismo plan de retención implementado en las Compañías Chilenas fue extendido a dos ejecutivos de las Compañías Mexicanas, de manera que el reclamo planteado por la demandante es similar al anterior.

87. El plan acordado por el Directorio para los ejecutivos de las Compañías Chilenas fue extendido a los señores B.F. y M.P., ejecutivos de las Compañías Mexicanas. Su implementación se hizo por medio de convenios modificatorios de sus contratos de trabajo. La demandante señala que el contrato de trabajo de B.F. otorgaba un beneficio adicional en caso que la relación laboral fuera terminada voluntariamente, el cual tampoco fue revelado en los estados financieros de las Compañías Mexicanas.

88. Como consecuencia de tales convenios modificatorios, TR4 debió pagar a los señores M.P. y B.F. US\$622.000 por sobre lo acordado por el Directorio. XX considera dicho monto como un daño indemnizable.

3) FUNDAMENTOS DE DERECHO

89. XX plantea que la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías referidas constituye un incumplimiento contractual y que, en consecuencia, tiene derecho a demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.

90. Señala que en virtud de lo establecido en el Contrato, las declaraciones producen sus efectos y generan un derecho a favor de XX de reclamar las indemnizaciones que sean procedentes por su falsedad o inexactitud, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el propio Contrato. Agrega que el monto de la indemnización debe ser igual al de la pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido (con los límites referidos más adelante), y que los promitentes vendedores deben responder en forma solidaria de la obligación de indemnizar.

91. En relación a los requisitos necesarios para la procedencia de la indemnización, XX señala que, habiéndose acreditado la existencia de las declaraciones y garantías, es carga de la demandada probar que dichas declaraciones y garantías son veraces y exactas para extinguir su obligación de indemnizar.

92. Agrega que en virtud de la cláusula 10.3 del Contrato, XX se encuentra en la posibilidad de reclamar todo perjuicio, sea patrimonial o moral, con la única limitación de que el monto de la indemnización sea igual al de la pérdida, daño o perjuicio sufrido. A su juicio, el daño sufrido cumple con los requisitos para ser indemnizado, ya que (i) es cierto, (ii) no ha sido indemnizado, y (iii) lesiona un derecho o interés legítimo. Sin perjuicio de ello, la cláusula 10.3 del Contrato establece que el monto de la indemnización por las falsedades o inexactitudes estará limitado al 43,1% de la

pérdida, daño o perjuicio sufrido. Por esta razón, XX demanda sólo US\$10.111.535, correspondientes al 43,1% del daño sufrido, que asciende a US\$23.460.638 en total.

93. A juicio de XX, cualquier diferencia entre lo garantizado por ZZ y lo que fue efectivamente incorporado a su patrimonio supone un incumplimiento, lo que se traduce en un empobrecimiento del patrimonio de las Compañías, ya sea en la forma de un activo sobrevaluado, de un pasivo omitido o de una contingencia no revelada. Esa diferencia constituye un daño o perjuicio. Agrega que se desprende de la propia intención de las partes que una disminución en el patrimonio de las Compañías implica un perjuicio cierto para los promitentes compradores, según se muestra en la definición de “cambio sustancial adverso” establecida en el Contrato. En efecto, XX podía resolver el Contrato en caso de existir un “cambio sustancial adverso” reflejado en el Certificado Bring Down. Éste se encontraba regulado en la cláusula 4.7 y tenía como finalidad indicar los cambios que se produjeran respecto de lo declarado en los anexos del Contrato con posterioridad a su celebración. La demandante plantea que, *a contrario sensu*, toda disminución del patrimonio de las Compañías derivada de falsedades o inexactitudes de las declaraciones y garantías debe ser indemnizada.

94. Finalmente agrega que en materia de responsabilidad contractual la culpa se presume, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1.547 del Código Civil. En todo caso, las declaraciones y garantías constituyen obligaciones de resultado de las que deriva una forma de responsabilidad estricta en que el deudor no se libera de responsabilidad acreditando haber actuado con diligencia. Así, en opinión de la demandante, los demandados sólo podrían eximirse de responsabilidad acreditando el pleno y cabal cumplimiento de las declaraciones y garantías invocadas.

4) PETICIONES CONCRETAS

95. En virtud de los argumentos reseñados, XX solicita lo siguiente:

- a)** Que se declare que los demandados incurrieron en las inexactitudes y falsedades referidas.
- b)** Que se condene a los demandados a pagar a la demandante, en forma solidaria, una suma de US\$10.111.535 como indemnización de perjuicios.
- c)** Que se condene a los demandados a pagar el interés máximo convencional que devengue la suma a que se les condene por concepto de indemnización de perjuicios, a contar de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación del laudo arbitral firme y ejecutoriado que acoja la demanda.
- d)** Que se condene a los demandados en costas.

B. EXCEPCIONES Y DEFENSAS DE ZZ

1) ANTECEDENTES PRELIMINARES

96. En esencia, ZZ no difiere de la exposición general de los hechos y de la génesis del Contrato explicada por XX. Con todo, a continuación se reseñan ciertas consideraciones generales de ZZ que resultan relevantes.

97. En opinión de ZZ, la demanda es una “construcción enteramente artificiosa” a través de la cual XX busca recuperar parte del precio que pagó por las acciones de TR. A juicio de la demandada, esta circunstancia se ve confirmada por una serie de antecedentes: **(i)** la demandante presentó una Carta de Reclamo abultada, en la que sobrevaloró sus pretensiones en un 93% en relación a la demanda; **(ii)** XX efectuó diversas declaraciones juradas inconsistentes ante la SVS, ya que al momento en que emitía la Carta de Reclamo señalando que los estados financieros sobrestimaban el valor de la Compañía en US\$50 millones, manifestaba ante la SVS que los estados financieros emitidos a esa fecha eran veraces; **(iii)** XX, como controladora de TR, no ha efectuado los ajustes correspondientes a las incorrecciones que reclama; **(iv)** los Informes CO Chile

y CO México presentados por XX son inconsistentes, pues señalan que los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos presentan errores contables, y al mismo tiempo, en su calidad de auditores, declararon que los estados financieros de 2011 reflejaban correctamente la situación de la Compañía; **(v)** XX apoya sus reclamos en informes de expertos que carecen de independencia, ya que son las mismas empresas que auditan los estados financieros de todas las compañías de la demandante; **(vi)** XX apoya sus reclamos en un experto que señala explícitamente no expresar certeza u opinión alguna sobre los resultados obtenidos; **(vii)** existen inconsistencias entre la demanda y la Carta de Reclamo, entre la demanda y los informes de expertos en que se funda, y en la demanda misma; y **(viii)** XX cambió su tesis respecto al umbral que gatilla la necesidad de indemnizar.

2) CONSIDERACIONES GENERALES

98. A continuación se reseña una serie de defensas generales de la demandada que se aplican a varios de los reclamos particulares de XX. Estas defensas son: **(i)** excepción de caducidad; **(ii)** inexistencia de perjuicios; **(iii)** umbral de daños; **(iv)** excepción de materialidad; y **(v)** conocimiento de XX.

a) EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

99. La demandada señala que la cláusula 10.9 del Contrato establece un plazo de 18 meses de caducidad para los reclamos que pueda entablar XX en contra de ZZ. En opinión de la demandada, los reclamos que no se formularon dentro de ese plazo caducaron, puesto que la responsabilidad de los promitentes vendedores no permanece en vigor más allá del mismo. Así, los reclamos de la demanda no incluidos en la Carta de Reclamo serían inadmisibles.

100. La referida cláusula establece que la Carta de Reclamo debe indicar la base y fundamento de cada reclamo, como también su monto estimado. Así, la posterior demanda sólo puede modificar el monto pero no así la base y fundamento del reclamo. ZZ señala que esta cláusula tiene la finalidad de sujetar la responsabilidad del promitente vendedor a un límite temporal que le permita alcanzar cierta certeza respecto a la existencia y naturaleza de sus contingencias. De este modo, permitir posteriores modificaciones a la base y fundamento de los reclamos implicaría admitir la interrupción del plazo de caducidad por cualquier motivo, para luego tener derecho a demandar por uno diverso, lo que le restaría todo efecto útil a la cláusula.

101. ZZ expone que ambas partes concuerdan en que el Contrato impone un régimen autónomo de responsabilidad, pero que XX pretende restar eficacia a aquellas normas y limitaciones que las partes libremente acordaron.

102. La demandada sostiene que la cláusula 10.9 responde al balance entre los intereses de cada parte. De esta forma, la alegación de XX contradice el sentido mismo de la cláusula: limitar la responsabilidad del promitente vendedor a los reclamos formulados dentro de cierto plazo, extinguiendo la responsabilidad por aquellos conceptos que no han sido objeto de reclamo previo.

103. En opinión de la demandada, antes del vencimiento del plazo de caducidad la contingencia misma debe haber sido descubierta, determinada y notificada al promitente vendedor, lo que permite a éste conocer razonablemente la naturaleza del riesgo que enfrenta. Por otra parte, se permite modificar el monto del reclamo, pues es excesivo imponerle al promitente comprador, dentro del mismo plazo, la determinación concreta del efecto económico que la infracción acarrea.

104. De este modo, los reclamos interpuestos por XX cuya base y fundamento son diversos a los alegados en la Carta de Reclamo se encuentran caducos, pues la responsabilidad de los promitentes vendedores respecto de ellos está extinguida.

b) INEXISTENCIA DE PERJUICIOS

105. ZZ alega que parte importante de los daños alegados por XX no cumplen con los requisitos para ser considerados como perjuicios indemnizables.

106. La demandada expone que es necesario distinguir entre la infracción y el perjuicio que ésta genera. ZZ estima que la demandante confunde la infracción con el perjuicio al determinar que cada vez que ocurre un incumplimiento se generaría automáticamente un perjuicio. A juicio de ZZ, no existe daño al ajustar el valor contable de activos o pasivos mientras ello no implique una disminución del valor de la Compañía. Señala que no es el patrimonio contable el que determina el valor económico de una compañía, lo que explica la necesidad de acreditar, además, la existencia y monto de un perjuicio real. De esta manera, sólo constituirían daño los gastos en los que se habría incurrido en relación a una contingencia o pasivo no adecuadamente revelado.

107. En definitiva, la demandada sostiene que XX confunde el concepto jurídico de daño con el concepto contable financiero, sin distinguir así valor patrimonial de pérdida patrimonial.

c) UMBRAL DE DAÑOS

108. La demandada indica que el Contrato hace responsable a ZZ del 43,1% del perjuicio sufrido por XX y no de la totalidad de los perjuicios. Adicionalmente, la cláusula 10.7 del Contrato establece un umbral para la indemnización, no para el daño, de UF100.000, lo que corresponde a aproximadamente US\$4,8 millones. En este sentido, XX debe acreditar en este arbitraje un perjuicio por sobre UF 232.000, de forma que la indemnización (correspondiente al 43,1% del perjuicio) supere el umbral de UF 100.000. En consecuencia, si la indemnización es menor a UF 100.000 la demanda debe ser rechazada aun cuando existan perjuicios.

d) EXCEPCIÓN DE MATERIALIDAD

109. ZZ señala que algunos de los incumplimientos alegados no tienen entidad suficiente para ser considerados como tales. Alega que, de acuerdo con el criterio contable de materialidad o importancia relativa, existe un umbral mínimo que deben alcanzar los supuestos errores contables para configurar una infracción a las declaraciones y garantías.

110. Afirma también que este umbral no tiene relación con el umbral mínimo establecido en el Contrato respecto a los daños indemnizables. En definitiva, ZZ sostiene que el criterio de materialidad o importancia relativa es un elemento del incumplimiento, distinto de los requisitos del daño.

e) CONOCIMIENTO DE XX

111. Previo a la celebración del Contrato se llevó a cabo un proceso de *due diligence*, que XX utilizó para evaluar la compra de las acciones de TR. ZZ sostiene que durante este proceso XX adquirió información suficiente sobre el estado real de las Compañías, lo que excluiría tanto la infracción como los daños alegados respecto de algunos reclamos particulares.

3) CUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS

a) CUENTAS SOCIALES (CLÁUSULA 5.5)

i) CRÉDITOS POR IMPUESTOS A LA RENTA PAGADOS EN EL EXTRANJERO

112. En este punto ZZ identifica dos reclamos diversos: **(i)** aquél relativo al impuesto pagado en el extranjero con cuyo respaldo no se cuenta, y **(ii)** aquél relativo a los créditos que no se utilizaron en los ejercicios correspondientes.

113. En relación al reclamo en general, ZZ sostiene que las alegaciones de XX se encuentran parcialmente caducas, pues en su Carta de Reclamo alegó sólo por un crédito indebidamente

activado por \$579.711.000. De esta forma, habrían caducado las alegaciones de los tres créditos no respaldados o no utilizados en el ejercicio correspondiente.

114. En relación a ambos reclamos ZZ también alega que ellos no se encuentran suficientemente probados: **(i)** en cuanto al crédito sin respaldo, la demandada indica que XX no acompañó el Formulario 22 en que los contribuyentes declaran los créditos por impuestos pagados en el extranjero sino hasta la solicitud del Árbitro, momento en que se comprobó que no se incluía ningún crédito por tal concepto; **(ii)** respecto de los créditos no utilizados en el ejercicio correspondiente, señala que XX no identificó el libro de cuentas en que se encontraban específicamente activados. Adicionalmente ZZ señala que previo al Contrato, la Compañía concluyó que las limitaciones introducidas por la Circular N° 25 del SII no se aplicaban retroactivamente al año 2007, de forma que existía al menos la posibilidad de obtener beneficios económicos futuros de esos créditos.

115. ZZ alega la inexistencia de una infracción contable respecto del impuesto pagado en el extranjero supuestamente sin respaldo, señalando que el crédito no está privado de su posibilidad de ser reconocido por el solo hecho de que XX no encuentre el respaldo documental. La demandada distingue entre un impuesto no pagado en el extranjero y un impuesto pagado pero que no tiene suficiente respaldo. Sostiene que el reclamo se refiere al segundo caso, en que igualmente puede considerarse ese crédito como un activo.

ii) MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (CHILE)

116. En cuanto a las mejoras a los locales arrendados, ZZ distingue dos reclamos: **(i)** el primero relativo al uso de períodos de amortización excesivamente largos, y **(ii)** un segundo reclamo respecto de la realización de “mejoras sobre mejoras” al no dar de baja las mejoras reemplazadas.

117. Respecto de la primera parte del reclamo, la demandada niega que exista una infracción contable, pues la amortización en un período de 15 años es consistente con los plazos reales de los contratos de arrendamiento de los locales, incluyendo sus renovaciones. Agrega que luego del cambio de control, XX sigue amortizando las mejoras en los mismos plazos cuestionados, lo que demuestra la falta de infracción y la ausencia de perjuicios para esa parte.

118. Respecto de la segunda parte del reclamo, ZZ alega que se encuentra afecta a caducidad, pues no fue incluida en la Carta de Reclamo. Agrega también que esta alegación no se encuentra suficientemente probada. En opinión de ZZ, la demandante no ha demostrado que: **(i)** a partir del año 2007 se efectuaron determinadas mejoras en los locales arrendados; **(ii)** que estas mejoras sustituyeron mejoras anteriores que aún no estaban amortizadas totalmente, pero que pese a ello no fueron eliminadas; **(iii)** el valor de unas y otras; y **(iv)** que los bienes sustituidos permanecen activados en la contabilidad.

iii) CONDICIONES ASOCIADAS A PLAN DE STOCK OPTIONS DE TR

119. Respecto de este reclamo ZZ plantea tres defensas. Primero señala que el reclamo está caduco, ya que en la Carta de Reclamo XX alegó la infracción de la cláusula 5.5.b, referente a provisiones, mientras que en la demanda el reclamo se relaciona a las cláusulas relativas a la corrección de los estados financieros.

120. En segundo lugar ZZ alega la inexistencia de una infracción contable, ya que la revelación de la contingencia fue completa y los impuestos correspondientes a la condonación de la deuda deberían haber sido previstos por la contraparte, en su calidad de contratante experto.

121. En tercer lugar, dado que el plan de *stock options* fue informado a XX, ZZ señala que tampoco existe perjuicio, pues XX tuvo todos los elementos necesarios para apreciar adecuadamente el real valor del activo que estaba adquiriendo y las contingencias legales asociadas.

iv) TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DE P.D.

122. ZZ sostiene que no hay infracción contable en este reclamo, ya que el pago de la última cuota del convenio celebrado con TR5, a pagarse el 30 de junio de 2010, no debía ser provisionada. El pago de la cuota faltante estaba condicionado al cumplimiento de la obligación correlativa, de forma que se trataba de una obligación sujeta a condición y no de un contrato de tracto sucesivo, como pretende la demandante. Así, la última cuota debía provisionarse cuando ella se devengara, es decir, una vez cumplida la condición, con posterioridad a la celebración del Contrato.

123. La demandada agrega que, aun si tal infracción existiera, el reclamo carece de materialidad. Como indica el Informe CO1, omitir la provisión de la cuota del convenio con TR5 no tiene una importancia relativa suficiente como para constituir una infracción a la normativa contable aplicable en Chile.

v) GARANTÍAS DE ARRIENDO

124. A juicio de ZZ, este reclamo no se encuentra probado. En su opinión, para que la demanda sea exitosa XX debe probar: **(i)** que los estados financieros registran como activos determinadas garantías por locales arrendados; **(ii)** que tales garantías corresponden a locales ya restituidos por TR a sus dueños; **(iii)** que las garantías de tales locales no fueron devueltas a TR; y **(iv)** que no hay posibilidades actuales de recuperarlas.

125. Agrega ZZ que ninguna de las acciones para exigir la devolución de las garantías se encontraba prescrita a la Fecha de Cierre. De esta manera, la falta de cobro sólo revelaría una negligencia de la nueva administración.

vi) MULTAS LABORALES

126. ZZ alega la falta de prueba del reclamo. En su opinión, para que el reclamo sea exitoso XX debe demostrar: **(i)** que TR pagó luego de la Fecha de Cierre multas laborales por el monto reclamado; **(ii)** que a la fecha de los estados financieros los procesos en que se impusieron esas multas eran conocidos por la Compañía y la posibilidad de eximirse de ellas o de revertirlas era remota; y **(iii)** que efectivamente no fueron reveladas.

127. En segundo lugar, alega la inexistencia de infracción contable por falta de materialidad. Agrega que en los estados financieros de TR posteriores al cambio de control tampoco se incluye una referencia específica a alguna de las multas laborales en base a las cuales se formula el reclamo.

128. Finalmente ZZ afirma que no existe un perjuicio para XX, ya que la contingencia en cuestión fue revelada tanto en el anexo del Contrato como en la información incluida en el proceso de *due diligence*. En consecuencia, tal información era conocida por la demandante.

vii) MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (MÉXICO)

129. En relación a este punto ZZ identifica tres reclamos: **(i)** que la Compañía utilizaba un plazo excesivo para la amortización de las mejoras en los locales arrendados; **(ii)** que TR4 determinaba el valor de recuperación de los activos no financieros considerando como unidad generadora el total de los activos de todas las sucursales de México en su conjunto; y **(iii)** que la Compañía efectuaba “mejoras sobre mejoras” sin dar de baja las mejoras reemplazadas.

130. Como cuestión previa ZZ señala que el reclamo se funda en una norma contable errada, pues se basa en una infracción a las NIF, en circunstancias que los Estados Financieros Interinos de TR4 debieron ajustarse a IFRS.

131. En cuanto al primer reclamo, ZZ señala que no hay infracción contable. Indica que el plazo de 15 años estaba plenamente justificado ya que la normativa contable no obligaba, sino sólo

recomendaba, amortizar por el plazo original del contrato de arriendo del local, y existían antecedentes razonables que permitían confiar en la renovación de los contratos. Agrega que TR4 evaluaba constantemente la duración de sus contratos de arrendamiento, concluyendo que el plazo de arriendo, incluidas las expectativas más razonables de renovación, alcanzaba los 15 o 20 años en promedio. Añade que la nueva administración mantiene el mismo plazo de amortización para estos activos.

132. En relación al segundo reclamo, ZZ señala que no existe infracción contable, ya que **(i)** el ajuste ya se había efectuado en los Estados Financieros Interinos que la demandante conoció y estudió antes de suscribir el Contrato, **(ii)** el ajuste no deriva de un error o infracción contable sino de la transición de NIF a IFRS, y **(iii)** el reclamo de XX carece de fundamento incluso aplicando las NIF vigentes con anterioridad.

133. Asimismo alega la inexistencia de petición indemnizatoria respecto del deterioro de activos fijos, ya que el total de los perjuicios reclamados corresponde sólo a los daños por excesivo plazo de amortización.

134. Respecto del tercer reclamo, relativo a “mejoras sobre mejoras”, ZZ señala que está afecto a caducidad por no haberse incluido en la Carta de Reclamo. Agrega que tampoco existe una petición indemnizatoria por este reclamo, por lo que cualquier pronunciamiento del Árbitro en esta materia adolecería de ultrapetita.

135. Finalmente agrega que la demandante no probó suficientemente la infracción, pues para que el reclamo tenga sentido debe demostrar: **(i)** que a partir del año 2007 se efectuaron determinadas mejoras en los locales arrendados; **(ii)** que esas mejoras sustituyeron mejoras anteriores que aún no estaban amortizadas totalmente; **(iii)** el valor de unas y otras; y **(iv)** que los bienes sustituidos permanecen activados en la contabilidad.

viii) ACTIVOS DISPONIBLES PARA LA VENTA

136. ZZ niega la existencia de una infracción contable por este concepto, pues el ajuste se debió a la transición de una norma contable a otra. Así se reflejaría en los estados financieros al 31 de diciembre de 2010, según los cuales el ajuste proviene directamente de la adopción de IFRS. Agrega que el ajuste estaba debidamente efectuado en los Estados Financieros Interinos.

137. ZZ también señala que el valor de los activos disponibles para la venta se encontraba adecuadamente justificado tanto en 2009 como en 2010 según normas NIF, como lo confirma el Informe CO2.

138. Finalmente la demandada niega que exista un perjuicio para XX. Ésta no ha demostrado que los ajustes invocados hayan producido una restricción en la capacidad de la empresa para generar flujos y, en consecuencia, una disminución en el valor de su inversión.

ix) PASIVOS POR PLAN DE PENSIONES

139. En este punto ZZ identifica dos reclamos: **(i)** la diferencia pendiente de provisionar y revelar dada por el error en el cálculo del monto a pagar al personal ya jubilado; y **(ii)** la falta de reconocimiento del pasivo correspondiente a los beneficios del plan de pensiones que deberán ser pagados a los trabajadores que podrían cumplir en el futuro con los requisitos para obtener los beneficios.

140. Respecto del primero, ZZ indica que el reclamo es inconsistente con los antecedentes en que dice fundarse, pues no se acompañan documentos que prueben el cambio de tasa actuarial alegado ni su justificación. Indica que la NIF D-3, en virtud de la cual XX señala haber efectuado el ajuste en 2011, era inaplicable, ya que la Compañía había adoptado previamente las normas IFRS.

141. Respecto del segundo reclamo, la demandada indica que no existe infracción contable. En efecto, el plan de jubilación se encuentra cancelado y por tanto no genera obligaciones para TR4 respecto de los trabajadores que no habían jubilado a la fecha de su cancelación, ni respecto de los trabajadores que ingresaron a la Compañía después de la cancelación del mismo. ZZ afirma que XX ha declarado en sus estados financieros posteriores a la toma de control de TR4 que el plan sólo se extiende a los 18 trabajadores jubilados antes de la cancelación del plan, por lo que el pasivo de la empresa a este respecto se extinguirá en el mediano plazo, y que no se incorporarán otros empleados al plan.

142. Señala ZZ que el plan de pensiones cancelado sólo obliga a la Compañía respecto de los 18 trabajadores ya jubilados, y que no aplica a nuevos trabajadores. En esto la demandada se basa en los siguientes antecedentes: **(i)** se trata de un derecho extralegal regido por las propias disposiciones del plan de pensiones; **(ii)** el mismo plan de pensiones consagraba el derecho de la Compañía de ponerle término y cancelarlo, con la sola limitación de no afectar a los ya jubilados; **(iii)** la sentencia "OR" invocada en la demanda alude a un trabajador que jubiló mientras el plan de pensiones se encontraba vigente; **(iv)** la cancelación del plan no resulta ineficaz como consecuencia de una alegada irrenunciabilidad de derechos ni de una supuesta discriminación; **(v)** era requisito habilitante para participar en el plan de pensiones suscribir una declaración, que los trabajadores nuevos no han presentado ni XX acompañado; y **(vi)** los estados financieros bajo la nueva administración han confirmado permanentemente que el plan se extiende exclusivamente a los 18 trabajadores ya pensionados.

143. Alega además que la demandante intentó construir una prueba a su favor, ya que pocos días antes de presentarse la contestación emitió los estados financieros de TR4 al 31 de diciembre de 2012, en que sin explicación alguna se altera todo lo informado durante los dos años anteriores, incorporando una provisión respecto del plan de pensiones discutido.

144. ZZ agrega que tampoco existe un perjuicio cierto e inevitable. El daño estaría constituido, según la demandante, por la salida futura de dineros de las Compañías para enfrentar el pago de una indemnización para todos sus empleados pasados, actuales y futuros. Sin embargo, para que un daño futuro pueda resultar indemnizable debe haber una probabilidad cercana a la certeza de su ocurrencia, o que se trate de la prolongación natural de un estado de cosas, lo que no concurre en este caso.

145. Finalmente ZZ alega que la demandante no probó los perjuicios cuya indemnización reclama, pues debió acompañar algún estudio actuarial que indicara, para cada trabajador de la Compañía, cuál será la expectativa de pensión que deberá asumir la Compañía.

x) PROVISIÓN POR DEVOLUCIONES DE INVENTARIOS CON XX DE C.V.

146. ZZ sostiene que respecto a las devoluciones de inventarios sin sustento tampoco hay una infracción contable. La demandada indica que los informes internos en los que se basa XX no establecen que los inventarios no fueron devueltos sino todo lo contrario: fueron devueltos, pero por un problema computacional faltaba el respaldo de la devolución que pudiese confirmar la disminución del pasivo. En consecuencia, no se trata de un activo excesivamente representado en la cuenta "proveedores en tránsito" sino sólo de un problema de prueba suficiente que respalde esa cuenta.

147. Por otra parte ZZ alega que el reclamo se funda en una norma contable errada, ya que los Estados Financieros Interinos de TR4 debieron ajustarse a IFRS y no a NIF, como erradamente sostiene XX.

148. Agrega que los antecedentes acompañados en la demanda para acreditar este reclamo son insuficientes, ya que no se explica cómo el supuesto error afectó lo expuesto en los estados

financieros a nivel global para el grupo XX, considerando que el reclamo se refiere a un ajuste contable que benefició directamente a una filial de la demandante.

149. Finalmente ZZ sostiene que no hay perjuicio para XX. Si bien es posible que exista un error en la entrega o custodia de la documentación de respaldo, ello no implica necesariamente un perjuicio. En este sentido, si los productos farmacéuticos no han sido devueltos, como señala XX, ellos deben estar en TR4, de manera que la supuesta merma en el crédito se vería compensada con un aumento en la cuenta de inventarios. Adicionalmente, XX no ha sido capaz de demostrar que el ajuste invocado en el reclamo ha producido un perjuicio real y efectivo en términos de una restricción en la capacidad de la empresa para generar flujos y, en consecuencia, una disminución en el valor de su inversión.

b) LITIGIOS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (CLÁUSULA 5.7)

xi) JUICIOS EN CONTRA DE DON S.R.

150. En primer lugar, ZZ señala que el reclamo está parcialmente caduco. En la Carta de Reclamo XX sólo se refirió a la demanda iniciada por TR6 en contra de TR y a la demanda laboral por despido injustificado interpuesta por el señor S.R. Sin embargo, la Carta de Reclamo no se refirió a la demanda reconventional interpuesta por don S.R. en contra de TR en agosto de 2010.

151. En cuanto al fondo, alega que al 17 de mayo de 2010 (fecha en que se celebró el Contrato) ZZ no conocía la demanda interpuesta por TR6 en contra de TR. Dado el desconocimiento por parte de ZZ, la falta de revelación no podría constituir una infracción. De hecho, la cláusula quinta no garantiza en este punto la inexistencia de amenazas por escrito o demandas, sino sólo respecto de contingencias conocidas por los promitentes vendedores.

152. Alega también la inexistencia de infracción por falta de materialidad del monto, dado que la demanda interpuesta por TR6 era por un monto inferior a las UF 2.500 establecidas en el Contrato. Adicionalmente, resultan improcedentes los perjuicios reclamados por los dos juicios posteriores, pues no existe relación directa y necesaria entre los gastos de esos juicios y la demanda de TR6.

c) IMPUESTOS (CLÁUSULA 5.9)

xii) LIQUIDACIÓN Y GIRO POR EXCESIVA DEPRECIACIÓN TRIBUTARIA

153. ZZ se limita a señalar que la demandante no ha probado la alegada infracción, como tampoco los perjuicios derivados de ella. La demandante no señala los antecedentes del cálculo financiero con el que obtiene el monto del perjuicio cuya indemnización solicita.

d) ADMINISTRADORES, PERSONAL DIRECTIVO Y EMPLEADOS (CLÁUSULA 5.11)

xiii) TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DEL SEÑOR J.W.

154. La demandada alega la inexistencia de una infracción, ya que el contrato con Asesorías e Inversiones TR8 se habría tratado de un contrato necesario, desconociendo las razones que llevaron a la nueva administración a no requerir los servicios del señor J.W. Esta decisión que no le es imputable a ZZ ni hace simulado el contrato. Tampoco existiría una conducta reñida con la buena fe contractual, pues el límite material establecido en la cláusula 3.10 tiene precisamente por objeto fijar un umbral objetivo bajo el cual no hay infracción, evitando discusiones al respecto, sin importar que el precio de la asesoría haya sido UF 34 menor al límite que establece el Contrato.

155. En segundo lugar ZZ señala que este Árbitro es incompetente para pronunciarse sobre la supuesta simulación, atendido que el contrato con el señor J.W. contiene su propia cláusula arbitral.

156. Finalmente la demandada alega la ausencia de perjuicios, pues XX no ha explicado cómo o qué perjuicios reporta para ella el contrato de consultoría, cuya celebración era necesaria y útil para

la Compañía. Agrega que el pago de UF 2.466 por un servicio que no se prestó no es un perjuicio, ya que fue durante la administración de XX que tales servicios no se requirieron.

xiv) PLAN DE RETENCIÓN DE EJECUTIVOS (CHILE Y MÉXICO)

157. La demandada niega la existencia de una infracción a este respecto. Señala que el convenio colectivo fue incluido en la información proporcionada tanto en el proceso de *due diligence* como en el Contrato. Por esto, XX estaba en condiciones de conocer cabalmente los componentes del plan.

158. Agrega que en relación a este reclamo tampoco se verifican perjuicios. Tratándose de un simple problema de supuesta revelación, el perjuicio derivaría del falso entendimiento por parte de XX acerca de las obligaciones de la Compañía respecto de sus ejecutivos principales en caso de cambio de control. Además, XX no ha acreditado el monto desembolsado y tampoco ha demostrado la lógica de su cálculo.

159. Finalmente la demandada indica que cualquier perjuicio que la demandante señale en relación a este reclamo tiene como origen actos u omisiones de XX, pues ella decidió despedir a los referidos ejecutivos. De acuerdo al Contrato, estos daños no se indemnizan.

4) RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS

160. ZZ indica que las declaraciones y garantías son obligaciones de resultado en que el deudor asume una responsabilidad estricta por la veracidad de lo declarado. En su opinión, lo que el Contrato exige para que exista responsabilidad es: **(i)** que exista efectivamente una falsedad o inexactitud en la declaración; **(ii)** que esa infracción provoque una pérdida, daño o perjuicio real; **(iii)** que el monto de la indemnización a pagar exceda de UF 100.000; y **(iv)** que XX haya notificado el reclamo a ZZ antes del vencimiento del plazo de caducidad de 18 meses contados desde la fecha del Contrato.

161. Respecto del perjuicio, ZZ considera que para ser indemnizable debe cumplir con los requisitos establecidos en las cláusulas 10.3 y 10.6 del Contrato, en las que se señala **(i)** que el perjuicio debe ser cierto y **(ii)** que se excluyen los daños originados por XX, los indirectos y los imprevistos. Agrega que las cláusulas reiteran las condiciones generales de los perjuicios indemnizables bajo el estatuto de la responsabilidad civil, es decir, que el daño debe ser cierto, previsible y una consecuencia necesaria y directa de la infracción al deber de conducta.

162. Según ZZ, XX identifica erróneamente el perjuicio con la infracción. La demandada explica que la mera incorrección o infracción no determina siempre la existencia de un perjuicio cierto, real y efectivo, tal como lo expresa el Contrato. Así, el derecho de XX a ser indemnizada está sujeto a la prueba de haber sufrido efectivamente una pérdida, daño o perjuicio como consecuencia directa y prevista de la infracción de alguna de las declaraciones y garantías contenidas en el Contrato.

C. CONSIDERACIONES ADICIONALES DE XX

163. XX solicitó en su réplica el rechazo de las excepciones y defensas de ZZ, reiterando los argumentos expuestos en su demanda y agregando, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

164. En opinión de XX, la alegada caducidad de los reclamos es improcedente. Señala que de la simple lectura de las cláusulas pertinentes lo único que queda de manifiesto es: **(i)** que si una de las partes estimaba procedente solicitar una indemnización, debía notificar por escrito y dentro de plazo a su contraparte de su requerimiento, describiendo en lo razonablemente posible la base y fundamento del mismo y su monto estimado; **(ii)** que la notificación del reclamo no afectaría el derecho del solicitante a modificar el monto de la demanda que se pudiera entablar; y **(iii)** que la

responsabilidad de los promitentes vendedores permanecería en vigor por 18 meses desde la celebración del Contrato. Así, en opinión de XX, no existen antecedentes que permitan concluir que las partes acordaron una regla de caducidad convencional según la cual se extinga cualquier reclamo que no sea idéntico a los contenidos en la Carta de Reclamo.

165. Según XX, el Contrato no impide modificar la base y fundamento de los reclamos, ni siquiera los reclamos propiamente tales. El Contrato sólo expresa que el monto que ahí se reclame puede variar en una eventual demanda. En opinión de XX, si las partes hubiesen querido que no se pudiese alterar en la demanda la base o fundamento del reclamo más allá de los márgenes de “lo razonablemente posible”, lo habrían redactado así. Agrega que las modalidades de los actos jurídicos, como es el plazo extintivo que configura la caducidad, tienen una naturaleza excepcional y por eso deben interpretarse restrictivamente. Añade que en este caso la cláusula sólo exige a la reclamante indicar “en lo razonablemente posible” la base y fundamento de la indemnización que solicita, sin una intención positiva y clara de prohibir la posterior modificación de dicha fundamentación.

166. En opinión de XX, la utilización de los vocablos “considera procedente”, “razonablemente posible” y “demanda que pueda entablar” son incompatibles con una sanción procesal tan grave como la caducidad.

167. Agrega que un plazo de 18 meses para recabar y analizar toda la información era muy acotado y no permitía detectar la totalidad de las inexactitudes o falsedades que pudieran existir a las declaraciones y garantías del Contrato, y menos aún permitía justificar en forma estricta, como pretende ZZ, la base y fundamento del reclamo.

168. A juicio de la demandante, la base y fundamento del reclamo se encuentra íntimamente relacionada con el monto estimado. En consecuencia, ambos son modificables, pues para modificar uno debe necesariamente modificarse también el otro. Así, en opinión de XX, la interpretación de su contraparte lleva a la inutilidad de la facultad conferida a la parte reclamante en orden a demandar un monto diverso al reclamado.

169. XX concluye que la correcta interpretación de esta cláusula lleva a deducir que lo que no se puede modificar es el reclamo, pero su base y fundamento admiten ciertas variaciones. A su parecer, es posible concluir que la cláusula no impide a la solicitante modificar o complementar la base y fundamento de sus reclamos mientras el reclamo sea esencialmente el mismo. Indica que respecto de los reclamos que subsistieron tampoco se efectuaron modificaciones, sino que sólo se precisaron o complementaron su base y fundamento, y que por tanto no resulta aplicable la sanción de caducidad invocada por la demandada.

b) DUE DILIGENCE Y FUNCIÓN DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS

170. XX señala que el proceso de *due diligence* en el que ZZ basa parte de su defensa fue insuficiente y meramente referencial. Agrega que nunca tuvo por objeto eximir a los promitentes vendedores de su obligación de indemnizar los perjuicios causados por la existencia de una falsedad o inexactitud en las declaraciones y garantías del Contrato.

171. Por otra parte, XX se refiere a la negociación del Contrato. Inicialmente los promitentes vendedores insertaron una cláusula que hacía referencia a que el promitente comprador se encontraba al tanto de los riesgos e incertidumbres inherentes a la adquisición de las acciones de TR. Dicha cláusula fue luego eliminada. Así, en opinión de XX, al haberse manifestado claramente la intención de las partes de excluir dicha cláusula, sólo cabe concluir que los argumentos de ZZ en relación al *due diligence* carecen de asidero.

172. Finalmente indica XX que se acordó que el *due diligence* no fuera vinculante, pues tres meses para llevar a cabo un proceso como éste en una compañía del tamaño de TR, con filiales en tres

países distintos, una importante participación en el mercado latinoamericano y más de mil locales, son claramente insuficientes.

c) PERJUICIOS

173. XX sostiene que los perjuicios alegados existen, son ciertos e indemnizables. La demandante indica que ella adquirió las Compañías con un cierto patrimonio declarado por los promitentes vendedores, pero luego, cuando pudo hacer un estudio más acabado de su situación financiera, constató que ese patrimonio en realidad era menor, tanto por los gastos en que ella debió incurrir como por los activos sobrevaluados o pasivos subvaluados o no registrados.

174. En opinión de XX, se desprende del propio Contrato que el patrimonio de las Compañías era una circunstancia extremadamente relevante para la decisión de comprarlas. En efecto, si el patrimonio fuera irrelevante para la compra de TR, habría estipulaciones del Contrato que carecerían de toda relevancia, como las declaraciones y garantías de la cláusula 5.5, las condiciones resolutorias y el “cambio sustancial adverso”.

175. Añade que en el Contrato no se contemplaron mecanismos de ajuste de precio o *escrow accounts*, y que se renunció parcialmente a la acción resolutoria en base a un escueto *due diligence*, pero que todo esto estaba asociado a las declaraciones y garantías y a la responsabilidad que de ellas emana. Sobre la base de las declaraciones y garantías, la promitente compradora tenía derecho a esperar que los activos y pasivos de las Compañías, registrados en los estados financieros del Contrato, fueran precisos y ciertos. Así, las declaraciones y garantías de los promitentes vendedores forman parte del beneficio contractual que XX tiene derecho a recibir y forman, por tanto, parte del patrimonio de XX. En consecuencia, XX niega estar confundiendo perjuicio con infracción, como alega ZZ.

d) EXCEPCIÓN DE MATERIALIDAD

176. XX indica que las NIC establecen un criterio cualitativo para la determinación de la materialidad contable. Así, en su opinión, para determinar si un error puede o no ser omitido al revisar los estados financieros, deben considerarse diversos factores además del monto mismo del error. XX agrega que el concepto de materialidad debe resultar armónico con la fiabilidad de los estados financieros. En este sentido, señala que las compañías deben registrar las transacciones si cuentan con sus antecedentes de soporte, y que sólo cuando haya que hacer esfuerzos desmedidos para encontrarlos es posible aplicar el criterio de materialidad. Por esto, el criterio de materialidad no puede ser utilizado como excusa ante errores en los estados financieros.

177. La demandante agrega que, dada la definición de la NIC 1, es necesario hacer una evaluación conjunta de todas las omisiones o inexactitudes para ver si son o no materiales. En su opinión, los errores contables deben considerarse en conjunto con otros que pudiesen haber afectado a los estados financieros del Contrato para aplicar el criterio de materialidad.

e) UMBRAL DE DAÑOS

178. XX señala que el umbral de UF 100.000 se aplica al daño total sufrido y no a la indemnización, como pretende ZZ. De esta manera, el monto mínimo a indemnizar sería de sólo UF 43.100.

D. CONSIDERACIONES ADICIONALES DE ZZ

179. En su escrito de réplica ZZ reitera esencialmente las mismas consideraciones expuestas en su contestación.

X. ANTECEDENTES PROBATORIOS

A. DOCUMENTOS

180. Para efectos de orden, los documentos acompañados o exhibidos durante el arbitraje son referidos en esta sentencia con la misma numeración asignada por las partes o, en su caso, indicando la foja correspondiente del cuaderno de documentos.

181. Todas las objeciones de documentos planteadas por las partes fueron resueltas en el curso del arbitraje, de modo que no existen objeciones pendientes de resolución en esta sentencia.

B. INFORMES DE EXPERTOS

182. XX presentó los siguientes informes de expertos: **(i)** Informe de CO3, preparado por los señores G.J., A.X. y C.T. ("Informe CO Chile", Doc. 1.5.01); **(ii)** Informe de CO4, preparado por el señor S.E. ("Informe CO4", Doc. 1.5.03); **(iii)** Informe de CO5, preparado por los señores R.M., A.P., G.D. y C.S. ("Informe CO México", Doc. 1.5.02); **(iv)** Informe de Experto sobre PCGA en México, preparado por el señor Z.M. ("Informe CO6", Doc. 2.2.1.07); y **(v)** Informe de Experto sobre Plan de Pensiones TR9, preparado por el señor U.S. ("Informe de TR9", Doc. 2.2.3.03).

183. ZZ presentó los siguientes informes de expertos: **(i)** Informe de Expertos Contables, preparado por los señores I.M. y T.N. ("Informe CO1", Doc. A.8); **(ii)** Informe de CO2, preparado por el señor V.E. ("Informe CO2", Doc. A.7); **(iii)** Informe de Expertos en Derecho Laboral Mexicano, preparado por los señores L.B. ("Informe de TR10", Doc. A.9); **(iv)** Informe de Expertos en Derecho Laboral Mexicano, preparado por los señores D.V. y G.A. ("Informe de TR11", Doc. A.10); y **(v)** Informe de Experto en Derecho Laboral Mexicano, preparado por el señor H.S. ("Informe TR12", Doc. A.11).

C. DECLARACIONES DE TESTIGOS Y/O EXPERTOS

184. XX presentó declaraciones escritas de los siguientes testigos y/o expertos: **(i)** don S.D. (Doc. 1.6.01); **(ii)** don F.O. (Doc. 1.6.02); **(iii)** don M.O. (Doc. 1.6.03); **(iv)** don Z.M. (Doc. 1.6.04); **(v)** don U.S. (Doc. 1.6.05); **(vi)** don C.T. (Doc. 1.6.06); **(vii)** don G.J. (Doc. 1.6.07); **(viii)** don A.X. (Doc. 1.6.08); **(ix)** don S.E. (Doc. 1.6.09); **(x)** don R.M. (Doc. 1.6.10); **(xi)** don A.P. (Doc. 1.6.11); **(xii)** don G.D. (Doc. 1.6.12); y **(xiii)** don C.S. (Doc. 1.6.13).

185. Adicionalmente, XX solicitó la declaración oral de los siguientes testigos y/o expertos: **(i)** don D.V. (fs. 875 y 1154); **(ii)** don L.B. (fs. 876 y 1168); **(iii)** don M.O. (fs. 877 y 1177); **(iv)** don F.O. (fs. 879 y 1197); **(v)** don A.P. (fs. 880 y 1318); **(vi)** don C.T. (fs. 881 y 1210); y **(vii)** don A.X. (fs. 892 y 1254).

186. ZZ presentó declaración escrita del testigo don A.T. (Doc. A.19).

187. Adicionalmente, ZZ solicitó la declaración oral de los siguientes testigos y/o expertos: **(i)** don S.D. (fs. 878 y 1187); **(ii)** don A.X. (fs. 892 y 1254); **(iii)** don G.J. (fs. 893 y 1289); y **(iv)** don S.E. (fs. 894 y 1239).

188. Las partes no formularon inhabilidades respecto de los testigos y/o expertos que declararon en el arbitraje.

XI. OBSERVACIONES A LA PRUEBA Y ALEGATOS DE CLAUSURA

189. Con fecha 30 de enero de 2015 (fs.1374 y 1474) las partes presentaron sus observaciones escritas a la prueba rendida.

190. Con fecha 17 de marzo de 2015 (fs. 1835) las partes realizaron sus alegatos de clausura sobre las cuestiones debatidas.

XII. CIERRE DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

191. Con fecha 7 de abril de 2015 (fs.1846) se decretó el cierre del procedimiento arbitral.

CONSIDERANDO:

1. A efectos de orden, las consideraciones de fondo de esta sentencia se han estructurado en tres partes: **(I)** la primera parte contiene un análisis de las disposiciones contractuales en que se centra la controversia y de las excepciones y defensas generales planteadas por ZZ; **(II)** la segunda parte contiene un análisis particular de los reclamos de XX y de las defensas de ZZ, a la luz de las consideraciones expuestas en la parte general; **(III)** la tercera parte contiene una recapitulación de las conclusiones alcanzadas en la sentencia.

I) PARTE GENERAL

2. De acuerdo a lo señalado precedentemente, en esta primera parte se desarrollan los siguientes temas: **(i)** se exponen algunas consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales; **(ii)** se analizan el contenido y alcance de las declaraciones y garantías pertinentes de la cláusula quinta del Contrato; **(iii)** se abordan aspectos generales de la excepción de caducidad opuesta por ZZ; **(iv)** se abordan aspectos generales de la excepción de falta de materialidad opuesta por ZZ; **(v)** se analiza la discusión entre las partes acerca del concepto de daño; **(vi)** se analizan las diferencias relativas al umbral de daño o indemnización contenido en la cláusula décima del Contrato; y **(vii)** se hace una breve referencia a otras defensas generales planteadas por ZZ.

I. RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES

3. Esta controversia se centra en la interpretación y aplicación de la cláusula quinta del Contrato, que contiene declaraciones y garantías de los promitentes vendedores respecto de las Compañías. Aunque las partes concuerdan en que las declaraciones y garantías constituyen un pacto lícito y eficaz, amparado por la autonomía privada, mantienen diferencias acerca del régimen de responsabilidad que de ellas se deriva. En particular, ZZ ha planteado que algunos de los reclamos contenidos en la demanda no serían infracciones a la cláusula quinta o no causarían perjuicios a XX debido al conocimiento que ésta habría tenido (mediante el proceso de *due diligence* definido en el párrafo 33 de las Definiciones del Contrato) sobre la información declarada y garantizada. XX, por su parte, sostiene que su conocimiento sobre la información revelada es insuficiente para eximir de responsabilidad a ZZ, la que depende de la sola circunstancia de que esa información sea falsa o inexacta. Es conveniente entonces comenzar el análisis de esta disputa con algunas consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales (en esencia, los párrafos que siguen recogen el planteamiento expuesto en Barros y Rojas, “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, *Estudios de Derecho Civil V*, Abeledo Perrot, 2010, p. 511).

4. Las declaraciones y garantías contractuales constituyen una práctica contractual que ha sido desarrollada particularmente en contratos de compraventa cuyo objeto son derechos o acciones en sociedades. La venta en tales casos se refiere al interés en una empresa o establecimiento de comercio, cuya precisa determinación está sujeta a asimetrías de información entre las partes. En la medida que los contratos de intercambio operan bajo el principio de que cada parte debe velar por sus propios intereses (*caveat emptor*) y las negociaciones bajo condiciones de asimetría imponen a cada parte el costo de proveerse de información que no posee, las declaraciones y garantías persiguen precisamente neutralizar estas asimetrías de información y mitigar los costos de transacción que experimentan las partes en una negociación de estas características. Esta función debe ser considerada al momento de interpretar su alcance.

5. En esencia, las declaraciones y garantías son afirmaciones que una de las partes (usualmente el vendedor) formula a la otra respecto de las calidades de la cosa objeto del contrato, asumiendo el riesgo de que esas calidades sean falsas o inexactas. A diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las afirmaciones que las partes formulan durante la negociación de un contrato, las declaraciones y garantías se integran al contrato y dan lugar a obligaciones de naturaleza contractual. Por eso, mientras la falsedad o inexactitud de una afirmación efectuada en la etapa de negociación puede afectar la validez del contrato o dar lugar a responsabilidad precontractual, la falsedad o inexactitud de una declaración o garantía da lugar a responsabilidad contractual.

6. En este sentido, las declaraciones y garantías presentan naturalmente características de obligaciones de resultado, porque su cumplimiento no atiende a la conducta o diligencia desplegada por el deudor, sino a la verdad de la declaración efectuada en interés del acreedor. El principal efecto de estas obligaciones es que el deudor no puede invocar el empleo de la diligencia debida para justificar su incumplimiento, sino sólo que éste se debió a circunstancias ajenas a su ámbito de control.

7. Conviene aclarar, sin embargo, que las declaraciones y garantías no tienen por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer, sino más bien una promesa de verdad y exactitud de lo declarado. De esto se siguen dos importantes consecuencias:

- a) la acción de ejecución forzada es incompatible con la naturaleza de la promesa, pues no se persigue la ejecución de una prestación, por lo que el principal remedio del acreedor ante el incumplimiento de lo prometido es la acción de indemnización de perjuicios;
- b) el incumplimiento de la promesa compromete la responsabilidad del deudor en una manera más estricta que una obligación de resultado, pues ni aún el caso fortuito puede servirle de excusa para justificar su incumplimiento, a menos que algo distinto pueda inferirse inequívocamente del contrato; las declaraciones y garantías tienen por objeto atribuir el riesgo de falsedad o inexactitud a la parte que ha revelado la información, de modo que alegar que esa información es falsa o inexacta por caso fortuito en nada altera la responsabilidad del declarante por la inefectividad su promesa.

8. De lo anterior se sigue que, en principio, el conocimiento que pueda haber tenido XX en virtud del *due diligence* sobre las materias declaradas y garantizadas por ZZ no afecta la responsabilidad de ésta por la eventual falsedad o inexactitud de las mismas. Como se señala en el artículo de Glenn D. West y Kim M. Shah presentado por XX, las partes podrían haber regulado el efecto de ese conocimiento, sea para excluir (*anti-sandbagging clause*) o reafirmar (*knowledge savings clause*) la responsabilidad de ZZ por declaraciones falsas o inexactas. Los antecedentes del caso muestran, sin embargo, que las partes excluyeron del Contrato un borrador de cláusula que garantizaba el conocimiento de XX de los riesgos e incertidumbres inherentes a la adquisición de las acciones de TR sobre la base de la información recibida y evaluada en el *due diligence*. Este hecho no fue controvertido por ZZ y además es confirmado por las declaraciones de los testigos don F.O. (declaración oral, pp. 4, 5, 21 y 22) y don S.D. (declaración oral, p. 18), quienes señalaron que durante la negociación del Contrato los promitentes vendedores propusieron dar efecto vinculante a la información revelada en el proceso de *due diligence*, lo que no fue aceptado por XX. Los mismos testigos don F.O. (declaración escrita, pp. 3 y 4) y don S.D. (declaración oral, p. 1), en conjunto con el señor M.O. (declaración escrita, pp. 3 y 4), describieron el *due diligence* como un procedimiento breve y referencial, lo que es coherente con la intención declarada de XX de no darle efecto vinculante. Asimismo, el párrafo 33 de las Definiciones del Contrato describe el *due diligence* como

“el proceso de revisión y conocimiento, entre otra, de la información y documentación financiera, contable, operacional, legal, tributaria, de recursos humanos, permisos y de sistemas informáticos de las Compañías que estuvo disponible en el *data room* virtual; las entrevistas y presentaciones con el personal, los auditores y asesores de las Compañías y la revisión e inspección de diversos locales de venta y los centros de distribución existentes en México y en Chile”. Esta definición es meramente descriptiva y no contiene calificación alguna acerca de los efectos del *due diligence* sobre los riesgos del Contrato.

9. Sin perjuicio de lo anterior, el régimen general de responsabilidad descrito no obsta al contenido y alcance particular de las declaraciones y garantías establecidas en el Contrato, pues la eventual responsabilidad de ZZ depende de los términos precisos en que ésta en cada caso se obligó. En consecuencia, aunque el conocimiento de XX no pueda ser invocado como una excusa general de responsabilidad (según lo expuesto en el considerando anterior), podría ser relevante a efectos de analizar el contenido de las obligaciones que aquí se discuten. Corresponde entonces determinar el contenido y alcance de las declaraciones y garantías de la cláusula quinta, cuestión que se abordará en la siguiente sección.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO

10. Como se ha señalado, la cláusula quinta del Contrato contiene un conjunto de declaraciones y garantías de ZZ respecto de las Compañías. XX sostiene que cuatro de ellas habrían sido incumplidas: **(i)** Cuentas Sociales (cláusula quinta, número 5), **(ii)** Litigios y Procedimientos Administrativos (cláusula quinta, número 7), **(iii)** Impuestos (cláusula quinta, número 9) y **(iv)** Administradores, Personal Directivo y Empleados (cláusula quinta, número 11).

11. Antes de analizar estas disposiciones por separado, conviene tener presente el enunciado general de la cláusula quinta, cuyo texto es el siguiente:

“Para los efectos de este Contrato, salvo en lo indicado en cada uno de los Anexos que se mencionan en esta cláusula quinta, cada uno de los Promitentes Vendedores efectúa las declaraciones contenidas en los números siguientes y garantiza al Promitente Comprador que ellas son completas y verdaderas a esta fecha y lo serán a la Fecha de Cierre”.

12. A juicio de este Árbitro, el texto transcrito contiene tres aspectos relevantes:

a) Las declaraciones y garantías comprenden no sólo la información contenida en la cláusula quinta sino también en los respectivos anexos. Esto es coherente con lo señalado en la cláusula decimoquinta del Contrato, cuyo párrafo 4 establece:

“Los Anexos al Contrato se considerarán para todos los efectos legales como parte integrante del mismo”.

La misma idea se encuentra recogida en el párrafo 25 de las Definiciones del Contrato, según el cual:

“‘Contrato’ significa el presente contrato de promesa de compraventa de acciones de que da cuenta este instrumento, incluidos sus Anexos”.

b) La garantía otorgada por ZZ a XX consiste en que las declaraciones contenidas en la cláusula quinta son *completas y verdaderas*. Aunque ambas calificaciones están relacionadas, conviene diferenciarlas a efectos de analizar el cumplimiento de las garantías que aquí se discuten.

Por una parte, la cláusula quinta garantiza que las declaraciones son *completas*, es decir, que no existe información adicional a la indicada en la propia cláusula y sus anexos que deba ser revelada conforme al sentido de la respectiva declaración, sin perjuicio del criterio de materialidad, que es analizado más adelante. Por otra parte, la cláusula quinta también

garantiza que las declaraciones son *verdaderas*, es decir, que la información contenida en la cláusula y sus anexos es real y efectiva.

c) En general, la garantía otorgada por ZZ está limitada temporalmente desde la fecha del Contrato hasta la Fecha de Cierre, la que conforme al párrafo 38 de las Definiciones del Contrato consiste en la fecha de publicación del aviso que dio cuenta del éxito de la OPA. Esto significa, en concreto, que la garantía otorgada por ZZ cubre el período comprendido entre el 17 de mayo y el 3 de octubre de 2010, ambos días inclusive, sin perjuicio de las fechas específicas contenidas en otros párrafos de la misma cláusula.

13. Teniendo en cuenta el marco general referido, a continuación se analizan las cuatro declaraciones y garantías discutidas por las partes.

A. CUENTAS SOCIALES

14. Conforme a lo señalado en la parte expositiva de esta sentencia, la discusión entre las partes se centra en los dos primeros párrafos de esta garantía, cuyo texto es el siguiente:

“Los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos (los cuales se adjuntan como Anexo V.5.a a este Contrato), reflejan adecuadamente la situación financiera de dichas compañías a las fechas de los mismos, así como los resultados de sus operaciones y su resultado patrimonial. En el caso de TR dichos estados financieros han sido preparados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile según éstos recogen las normas IFRS (*International Financing Reporting Standards*), y las normas de la SVS, esto es, conforme a las normas de contabilidad aplicables en Chile. (...). En el caso de Farmacias TR4 de C.V. dichos estados financieros han sido preparados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en México según éstos recogen las Normas de Información Financiera Mexicana (*NIF*)”.

“Los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos, contienen provisiones consistentes con los principios de contabilidad generalmente aceptados y que las Compañías han aplicado habitualmente en el pasado respecto de deudas incobrables o dudosas, obligaciones y pasivos (reales, contingentes y otros), incluyendo, entre otros, obligaciones tributarias, obligaciones con empresas relacionadas, y compromisos financieros existentes a la fecha de los mismos, todos los anteriores en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. Todas las reservas incluidas en los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos, reflejan adecuada y suficientemente los montos de tales obligaciones y pasivos, en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. A la fecha de los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos, las Compañías no tenían ninguna obligación ni pasivo, de carácter acumulativo, incondicional, contingente u otro, derivado de sus actividades comerciales o eventos concurrentes o anteriores a dichas fechas, que debiendo estarlo de acuerdo a los principios de contabilidad descritos en el literal anterior, no estén reflejados en ellos”.

15. Según se desprende del texto transcrito, esta declaración garantiza diversas cuestiones respecto de los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos de las Compañías, esto es, los estados financieros auditados consolidados de TR y TR4 al 31 de diciembre de 2009 y los estados financieros consolidados de TR y TR4 al 31 de marzo de 2010, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 36 y 37 de las Definiciones del Contrato. En particular, las cuestiones que esta cláusula garantiza son:

a) Que los estados financieros reflejan adecuadamente la situación financiera, los resultados operacionales y el resultado patrimonial de las Compañías a las fechas de los mismos.

b) Que los estados financieros contienen provisiones consistentes con los principios de contabilidad generalmente aceptados y aplicados habitualmente por las Compañías respecto de deudas incobrables o dudosas, obligaciones y pasivos, y compromisos financieros existentes a las fechas de esos estados financieros.

c) Que los estados financieros incluyen reservas que reflejan adecuada y suficientemente los montos de tales obligaciones y pasivos, en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados.

d) Que los estados financieros reflejan todas las obligaciones y pasivos de las Compañías derivados de sus actividades comerciales o eventos concurrentes o anteriores a las fechas de los mismos y que deban reflejarse en ellos de acuerdo a los principios de contabilidad aplicables.

e) Que los estados financieros han sido elaborados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile y México, respectivamente.

16. A efectos de analizar correctamente los incumplimientos alegados por XX, el contenido y alcance de esta garantía debe armonizarse con las calificaciones generales indicadas en el considerando 12. De este ejercicio interpretativo se desprenden las siguientes conclusiones:

a) La verdad y completitud de la declaración no es una calificación abstracta o indefinida, sino se encuentra precisamente determinada por los principios de contabilidad aplicables a los respectivos estados financieros. En otras palabras, la declaración no garantiza que los estados financieros contienen toda la información financiera de las Compañías, sino sólo aquella que *debe* ser revelada conforme a los principios contables pertinentes a efectos de reflejar *adecuadamente* la situación financiera de las Compañías.

b) La declaración debe entenderse referida, en principio, a la información existente a las fechas de los estados financieros y no al período comprendido entre la fecha del Contrato y la Fecha de Cierre. Aunque el encabezado de la cláusula quinta establece que las declaraciones de los promitentes vendedores son completas y verdaderas en este último período, aplicar ese horizonte temporal a los estados financieros definidos por el propio Contrato supondría extender el alcance de esos estados financieros a una fecha posterior a su emisión. Desde luego, este entendimiento es sin perjuicio de los deberes de revelación a que se encuentran sujetos los promitentes vendedores en virtud de las normas de contabilidad aplicables y de las demás disposiciones del Contrato (por ejemplo, el Certificado Bring Down referido en el párrafo 15 de las Definiciones del Contrato obligaba a ZZ a revelar los cambios que se hubiesen producido en los anexos del Contrato con posterioridad a su celebración).

c) Además del contenido de los estados financieros, la declaración también garantiza que éstos han sido elaborados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile y México, respectivamente.

Las partes han discutido en este punto acerca de las normas contables con arreglo a las cuales debían elaborarse los estados financieros interinos de TR4. La diferencia radica en que la cláusula quinta del Contrato establece que dichos estados financieros fueron preparados conforme a Normas de Información Financiera Mexicanas (NIF), mientras que los Estados Financieros Interinos de TR4 incluidos en el anexo V.5.a fueron preparados conforme a Normas Internacionales de Información Financiera (IFRS o NIIF).

A juicio de este Árbitro, el hecho de que los Estados Financieros Interinos de TR4 hayan sido preparados conforme a IFRS no infringe lo señalado en el Contrato, por las siguientes razones: (i) los estados financieros del año 2010 (Doc. 1.4.04) señalan claramente en sus notas que TR4 cambió las bases de preparación de NIF a IFRS, fijando el 1 de enero de 2009 como fecha de inicio del período de transición; (ii) de acuerdo con lo anterior, los últimos

estados financieros preparados conforme a NIF fueron los de 31 de diciembre de 2009, mientras que los estados financieros de 2010 fueron preparados conforme a IFRS; (iii) el Anexo V.5.a, que contiene los Estados Financieros Interinos de TR4, forma parte integrante del Contrato, por lo que las partes no sólo suscribieron el Contrato en conocimiento del cambio normativo, sino además integraron ese antecedente a los términos del Contrato; (iv) las declaraciones y garantías de la cláusula quinta fueron efectuadas “salvo en lo indicado en cada uno de los Anexos”, por lo que, a efectos de dar una interpretación armónica del Contrato, debe preferirse lo señalado en el Anexo V.5.a en razón de su especialidad.

De este modo, a efectos de analizar las inexactitudes o falsedades alegadas por XX, se tendrá por establecido que la cláusula quinta del Contrato garantiza, a este respecto, que los Estados Financieros Interinos de TR4 han sido preparados conforme a IFRS.

B. LITIGIOS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

17. Al igual que en el caso anterior, la discusión entre las partes se centra en los dos primeros párrafos de esta garantía, cuyo texto es el siguiente:

“No existen litigios o procedimientos administrativos en contra de, o iniciados por, las Compañías por un valor superior a las dos mil quinientas (2.500) Unidades de Fomento, o que teniendo un valor inferior, superen las cinco mil (5.000) Unidades de Fomento en su conjunto, salvo por aquellos contenidos en el Anexo V.7.a a este Contrato, los cuales se encuentran debidamente provisionados en los estados financieros respectivos si correspondiese conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en la jurisdicción aplicable”.

“No tienen conocimiento de la existencia de amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de ser notificadas a cualquiera de las Compañías por valores superiores a los señalados en la letra a. anterior”.

18. Como puede observarse, esta declaración se refiere a litigios y procedimientos actuales o potenciales, iniciados por o contra las Compañías, y a la forma en que ellos fueron provisionados en los estados financieros. En particular, la declaración garantiza los siguientes hechos:

a) Que no existen litigios o procedimientos administrativos iniciados por o contra las Compañías por un valor superior a UF 2.500 o que teniendo un valor inferior superen las UF 5.000 en su conjunto, salvo por los individualizados en el anexo V.7.a.

b) Que los litigios o procedimientos individualizados en el anexo V.7.a han sido provisionados en los estados financieros conforme a los principios de contabilidad aplicables.

c) Que los promitentes vendedores no tienen conocimiento de amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de ser notificadas a cualquiera de las Compañías por un valor superior a UF 2.500 o que teniendo un valor inferior superen las UF 5.000 en su conjunto.

19. Del análisis de esta garantía a la luz de las demás disposiciones del Contrato se desprenden las siguientes consideraciones:

a) Ante todo, la garantía no cubre todas las contingencias de este tipo que puedan afectar a las Compañías, sino un universo más acotado en función de dos factores: **(i)** sólo se refiere a litigios o procedimientos *existentes*, es decir, que se encuentran incoados o en trámite a la fecha del Contrato; y **(ii)** sólo se refiere a litigios o procedimientos existentes que superen cierto valor unitario o agregado, que la propia cláusula fija en UF 2.500 y UF 5.000, respectivamente.

b) La garantía también se extiende a contingencias potenciales, no de cualquier entidad, sino que reúnan las siguientes condiciones: **(i)** que se trate de “amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de ser notificadas”; y **(ii)** que éstas superen los valores

mínimos referidos en el párrafo anterior. Adicionalmente, a diferencia de los litigios existentes y del régimen general de la cláusula quinta, esta parte de la declaración no contiene una promesa acerca de la realidad, sino de la realidad *conocida* por los promitentes vendedores. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 24 de las Definiciones del Contrato, dicho *conocimiento* se circunscribe a aquel que los promitentes vendedores o don ZZ tuvieron o debieron haber obtenido actuando diligentemente respecto de materias, áreas o aspectos particulares del negocio de las Compañías o de las declaraciones que hacen referencia a ese concepto. De esto se sigue que la garantía no establece en esta materia una obligación estricta sobre los promitentes vendedores, sino un deber de diligencia cuyo cumplimiento exige apreciar la conducta que éstos desplegaron al efectuar la revelación.

c) Finalmente, atendido que el horizonte temporal de la cláusula quinta se extiende desde la fecha del Contrato hasta la Fecha de Cierre, la obligación de los promitentes vendedores no se agota en la revelación de litigios existentes y de amenazas conocidas a la fecha del Contrato, sino también exige informar acerca de contingencias acaecidas o detectadas con posterioridad, conforme a lo establecido en las normas de contabilidad aplicables y en las demás disposiciones del Contrato.

C. IMPUESTOS

20. En este caso, la discusión entre las partes se circunscribe al párrafo 9.b de la cláusula quinta, cuyo texto es el siguiente:

“Salvo lo señalado en el Anexo V.9.b, las Compañías han cumplido con su deber de efectuar Declaraciones de Impuestos, las que fueron presentadas en forma oportuna en conformidad con las leyes tributarias aplicables y de acuerdo al Conocimiento de los Promitentes Vendedores, dichas declaraciones de impuestos eran en el momento de ser presentadas veraces, completas y correctas, incluyendo en su caso la determinación de la pérdida tributaria, y a esta fecha no existen citaciones, liquidaciones o giros pendientes respecto de tales declaraciones efectuadas por la Autoridad Tributaria”.

21. De acuerdo con el texto transcrito, la garantía referida comprende principalmente contingencias asociadas a las declaraciones de impuestos presentadas por las Compañías hasta la fecha del Contrato. En particular, la cláusula garantiza los siguientes aspectos:

a) Que salvo lo señalado en el Anexo V.9.b del Contrato, las Compañías han efectuado sus declaraciones de impuestos en forma oportuna y en conformidad con las leyes tributarias aplicables.

b) Que al momento de ser presentadas, de acuerdo al conocimiento de los promitentes vendedores, tales declaraciones de impuestos eran veraces, completas y correctas.

c) Que a la fecha del Contrato no existen citaciones, liquidaciones o giros pendientes efectuados por las respectivas autoridades tributarias en relación a dichas declaraciones de impuestos.

22. El análisis de esta garantía a la luz de las demás disposiciones del Contrato permite establecer las siguientes consideraciones:

a) De manera similar a lo señalado a propósito de la declaración sobre litigios y procedimientos administrativos, los aspectos mencionados en esta cláusula se encuentran garantizados en distintos grados: **(i)** por una parte, la presentación de declaraciones de impuestos en tiempo y forma y la inexistencia de citaciones, liquidaciones o giros pendientes constituyen promesas acerca de la realidad, cuyo cumplimiento depende únicamente de la verificación de esa realidad, sin importar si los promitentes vendedores han actuado con culpa o diligencia (de acuerdo al régimen general expuesto en los considerandos 3 a 9); **(ii)** por otra

parte, la promesa de que tales declaraciones de impuestos son veraces, completas y correctas está sujeta al *conocimiento* que tuvieron o debieron haber tenido los promitentes vendedores al momento de su presentación, lo que exige precisamente apreciar su conducta conforme a la diligencia debida (de acuerdo al párrafo 24 de las Definiciones del Contrato). Esta distinción es relevante a efectos de analizar el reclamo particular de XX, pues la diligencia de ZZ sólo es admisible como excusa si el reclamo supone una infracción al último aspecto referido.

b) El horizonte temporal de la garantía también exige realizar un análisis diferenciado de los aspectos mencionados: **(i)** por una parte, la garantía asegura que las declaraciones de impuestos son oportunas, legales, veraces, completas y correctas *al momento de ser presentadas*; **(ii)** por otra parte, la garantía señala que no existen citaciones, liquidaciones o giros pendientes *a la fecha del Contrato*. Con todo, esta distinción es sin perjuicio de los demás deberes de revelación a que están sujetos los promitentes vendedores conforme a las normas de contabilidad aplicables y a las restantes disposiciones del Contrato.

D. ADMINISTRADORES, PERSONAL DIRECTIVO Y EMPLEADOS

23. La discusión entre las partes en torno a esta garantía se circunscribe a los párrafos 11.d, 11.e y 11.f de la cláusula quinta, cuyo texto es el siguiente:

“Los contratos y/o convenios colectivos actualmente en vigor de las Compañías se incluyen en el Anexo V.11.d a este Contrato. Salvo lo señalado en el Anexo V.11.d, las Compañías no se encuentran actualmente en proceso de negociación colectiva con sus trabajadores”.

“El Anexo V.11.e a este Contrato contiene los nombres de los Ejecutivos Principales de las Compañías con indicación de sus cargos. Dichos Ejecutivos Principales no reciben ningún bono o pago por concepto de los servicios que prestan a las Compañías, que no estén debidamente documentados en sus respectivos contratos de trabajo y anexos, o en el Anexo V.11.f”.

“El Anexo V.11.f a este Contrato contiene la lista de todos los empleados de las Compañías que cuentan con pagos por cambio de controlador, *stock options* o derechos a indemnizaciones por término de las relaciones laborales, superiores a las legales”.

24. Según se desprende de los párrafos transcritos, el objeto de esta garantía es esencialmente informar acerca de la relación laboral entre las Compañías y sus trabajadores, particularmente respecto de aquellos que se encuentran sujetos a algún trato o régimen especial. De este modo, esta parte de la cláusula garantiza únicamente los siguientes aspectos:

a) Que los únicos contratos y/o convenios colectivos vigentes de las Compañías se encuentran identificados en el Anexo V.11.d, y que fuera de lo señalado en ese anexo no existen procesos de negociación colectiva entre las Compañías y sus trabajadores.

b) Que el Anexo V.11.e contiene un listado de todos los ejecutivos principales de las Compañías, quienes no reciben ningún bono o pago por sus servicios que no esté debidamente documentado en sus respectivos contratos de trabajo (incluidos sus anexos) o en el Anexo V.11.f. El párrafo 35 de las Definiciones del Contrato señala concordantemente que “ejecutivos principales” son aquellos identificados en el Anexo V.11.e del Contrato.

c) Que el Anexo V.11.f contiene un listado de todos los empleados de las Compañías, incluidos sus ejecutivos principales, que cuentan con **(i)** pagos por cambio de controlador, **(ii)** *stock options* o **(iii)** indemnizaciones por término de relación laboral superiores a las legales.

25. Reiterando el ejercicio que se ha hecho anteriormente, el análisis de esta garantía a la luz de las demás disposiciones del Contrato permite establecer las siguientes consideraciones:

a) Las tres disposiciones analizadas tienen un elemento en común: lo que en ellas se garantiza es la verdad y completitud de una *lista* de determinados antecedentes (contratos y/o

convenios colectivos vigentes, procesos de negociación colectiva en curso, ejecutivos principales de las Compañías y empleados con derecho a ciertos pagos) y no el contenido, características o efectos de los mismos. La única excepción a este respecto se encuentra en el párrafo 11.e de la cláusula quinta, que además de referirse a la nómina de los ejecutivos principales de las Compañías garantiza que los bonos o pagos a que éstos tienen derecho se encuentran debidamente documentados en sus contratos de trabajo o en el Anexo V.11.f.

b) De lo anterior se sigue que el cumplimiento de esta garantía supone básicamente determinar, conforme al tenor de la cláusula, **(i)** si existen antecedentes no incluidos en las listas que deban haberlo sido, **(ii)** si los antecedentes incluidos en las listas son parciales o incompletos, o **(iii)** si los antecedentes incluidos en las listas son inexistentes. El contenido, características o efectos de tales antecedentes no están cubiertos por esta garantía (con excepción de lo señalado en el párrafo 11.e), de manera que el riesgo de su desconocimiento es, en principio, del promitente comprador.

c) Como se ha dicho a propósito de las otras garantías analizadas, el horizonte temporal de la cláusula quinta (considerando 12.c) exige que las listas incluidas en los Anexos V.11.d, V.11.e y V.11.f sean actualizadas hasta la Fecha de Cierre, en la medida que así lo dispongan los deberes de revelación establecidos en los principios contables y en el propio Contrato.

26. Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, a continuación se realiza un análisis de las excepciones y defensas generales planteadas por ZZ. Este análisis permitirá determinar o delinear algunos criterios conforme a los cuales se decidirán estas excepciones y defensas en la parte especial de este fallo.

III. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

27. Como se reseñó en la parte expositiva, ZZ opuso a la demanda de XX una excepción de caducidad fundada en los párrafos 8 y 9 de la cláusula décima del Contrato, cuyo texto es el siguiente:

“La responsabilidad de los Promitentes Vendedores respecto de las declaraciones y garantías efectuadas en la cláusula quinta precedente permanecerá en vigor hasta dieciocho (18) meses a contar de la firma de este Contrato (...).”

“Si alguna de las Partes considera procedente solicitar una indemnización de conformidad a este Contrato, deberá notificarlo a la otra Parte por escrito, describiendo en lo razonablemente posible la base y fundamento de su requerimiento, así como su monto estimado, lo que no afectará el derecho de la Parte que solicite la indemnización a establecer un monto diverso en la demanda que pueda entablar de conformidad a lo previsto por este Contrato, todo ello dentro de los plazos de vigencia contemplados en el número siguiente”.

28. Las partes están en desacuerdo sobre el sentido y alcance de esta cláusula, en los siguientes términos:

a) ZZ sostiene que la cláusula transcrita establece una regla de caducidad convencional que limita su responsabilidad a reclamos presentados por XX antes de los 18 meses siguientes a la fecha del Contrato (es decir, a aquellos incluidos en su Carta de Reclamo). A su juicio, varias de las pretensiones de la demanda serían total o parcialmente inadmisibles por este concepto, pues su base y fundamento no habría sido previamente descrita en la Carta de Reclamo. La cláusula décima sólo permitiría a XX modificar en su demanda los montos consignados en la Carta de Reclamo, pero no incorporar partidas cuya base y fundamento no fue descrita en la misma.

b) XX no se pronuncia expresamente acerca de si la cláusula décima contiene o no una regla de caducidad. Sólo señala que si bien la cláusula impide agregar a la demanda partidas

que no hayan sido previamente incluidas en la Carta de Reclamo, nada obsta a modificar o precisar la base y fundamento de las que sí lo fueron. En otras palabras, XX sostiene que para cumplir con este requisito basta con que tanto la Carta de Reclamo como la demanda se refieran a un mismo grupo de partidas o activos. En su opinión, la interpretación de ZZ es excesivamente estricta y no se condice con los términos de la cláusula.

29. A juicio de este Árbitro, de la lectura de los párrafos transcritos se desprende que las partes efectivamente pactaron una regla de caducidad que impide a XX presentar reclamos después del plazo de 18 meses desde la fecha del Contrato. Sin embargo, de lo anterior no se sigue que deba existir identidad entre la Carta de Reclamo y la demanda de XX de la manera alegada por ZZ, porque los propios términos de la cláusula son incompatibles con esa interpretación. En efecto, el Contrato señala que las partes deberán presentar su reclamo inicial “describiendo en lo razonablemente posible la base y fundamento de su requerimiento, así como su monto estimado”. Esta disposición no obliga a XX a describir en forma exhaustiva y detallada el fundamento de sus reclamos, sino sólo en lo que sea *razonablemente posible*. De este modo, no puede imponerse a XX la carga de presentar su demanda en términos idénticos a los de la Carta de Reclamo, pues ello supondría privarla de invocar fundamentos que no le eran exigibles en ese momento.

30. Resulta más consistente con la redacción de la cláusula entender esta regla de caducidad como una que sólo excluye la presentación de *nuevos reclamos* que no hayan sido planteados en el plazo de 18 meses desde la fecha del Contrato y que hayan debido plantearse por haber sido razonablemente posible hacerlo. En opinión de este Árbitro, una interpretación tan estricta como la planteada por ZZ no sólo es incompatible con los términos de la cláusula, sino además habría requerido de algún texto expreso o inequívoco en ese sentido.

31. En razón de lo anterior, la regla establecida en la cláusula décima del Contrato será interpretada conforme a sus términos, de manera que, en principio, no se entenderán afectos a caducidad aquellos reclamos que constituyan nuevos casos o eventos de infracciones ya identificadas en la Carta de Reclamo o que deriven de una misma causa de pedir, a menos que tales casos o eventos hayan debido ser incluidos en la Carta de Reclamo por ser razonablemente posible hacerlo.

IV. EXCEPCIÓN DE FALTA MATERIALIDAD O IMPORTANCIA RELATIVA

32. ZZ ha planteado que algunos de los reclamos de XX no serían infracciones a la cláusula quinta porque carecerían de suficiente materialidad conforme a los principios de contabilidad aplicables. Esta excepción ha motivado una discusión entre las partes acerca del concepto de materialidad, en los siguientes términos:

a) ZZ sostiene que en ciertos casos los supuestos errores en la contabilidad no tienen una entidad suficiente para cumplir con el criterio de “materialidad” o “importancia relativa” que establecen las normas contables aplicables. En consecuencia, tales errores no serían un incumplimiento de su parte, con independencia de cuál sea el umbral de daños establecido en el Contrato.

b) XX alega que el criterio de materialidad no es puramente cuantitativo y que debe ser armonizado con otros principios contables, como el de fiabilidad, de manera que si ZZ contaba con antecedentes contables debía incluirlos en los estados financieros para que éstos reflejaran adecuadamente la situación de las Compañías.

33. Sobre la base de lo expuesto por el Informe CO1 (pp. 19 y 20) y los expertos señor C.T. (declaración oral, pp. 3 y 12), A.X. (declaración oral, pp. 9 y 45) y señor G.J. (declaración oral, p. 8), este punto de la discusión supone distinguir entre *materialidad contable* y *materialidad del daño*: **(i)** la materialidad contable corresponde a la entidad mínima que debe tener un error contable para ser

considerado material o relevante y, por tanto, para que pueda calificarse como un incumplimiento o infracción a las declaraciones y garantías contractuales; (ii) la *materialidad del daño*, por su parte, es el monto mínimo que deben tener los daños para ser indemnizados. El primer factor está determinado en función de los estados financieros y de los principios de contabilidad conforme a los cuales éstos se elaboraron (sin perjuicio de los casos en que el Contrato establece un criterio de relevancia distinto, como ocurre por ejemplo en el párrafo 7 de la cláusula quinta respecto de litigios o procedimientos administrativos), mientras que el segundo está expresamente regulado en la cláusula 10.7 del Contrato.

34. Aunque ambos factores confluyen a efectos de determinar la eventual responsabilidad de ZZ por incumplimientos contractuales, desde un punto de vista lógico la materialidad contable antecede a la materialidad del daño. De este modo, el umbral de UF 650 establecido en la cláusula 10.7 del Contrato sólo se aplica a los daños indemnizables una vez constatada la existencia de una infracción o incumplimiento por parte de ZZ, para lo cual es necesario tener en cuenta, entre otros factores, el criterio de materialidad definido por la técnica contable.

35. En consecuencia, la materialidad contable puede ser una defensa admisible de ZZ a efectos de excluir los incumplimientos alegados por XX. Sin embargo, esta defensa será analizada caso a caso, a la luz de los antecedentes probatorios allegados al proceso y teniendo además en cuenta los otros argumentos dados por las partes para determinar la correcta aplicación de este principio contable.

V. CONCEPTO DE DAÑO

36. Las partes también están en desacuerdo respecto a qué debe considerarse como daño y cómo debe calcularse su indemnización. El Contrato regula parcialmente esta materia en los párrafos 3 y 6 de la cláusula décima, cuyo texto relevante a estos efectos es, respectivamente, el siguiente:

“Los Promitentes Vendedores deberán indemnizar al Promitente Comprador en relación a cualquier pérdida, daño o perjuicio sufrido por este último o por las Compañías como consecuencia de la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías (...) El monto de la indemnización deberá ser igual al de la pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido por el Promitente Comprador o las Compañías, con las limitaciones contempladas en este Contrato (...)”.

“No se indemnizarán daños o perjuicios que tengan como origen actos u omisiones del Promitente Comprador. Ninguna de las partes deberá indemnizar los daños indirectos, imprevistos”.

37. En esencia, las posiciones de las partes en esta materia son las siguientes:

a) XX afirma que los daños deben calcularse “*dollar for dollar*”, es decir, que a cada monto que constituye algún incumplimiento a las declaraciones y garantías le corresponde una suma igual de indemnización. Así, en su opinión, si un activo está sobrevalorado en \$500 en los estados financieros, ZZ debe indemnizar una suma idéntica a XX por concepto de daño. Lo mismo ocurriría respecto de pasivos subvalorados u obligaciones que no se encuentran debidamente provisionadas o reveladas.

b) ZZ, en cambio, considera que debe distinguirse entre el incumplimiento y el daño efectivamente sufrido. Así, la existencia de una infracción contable no supone necesariamente que XX haya sufrido un daño. El daño debe ser probado en cada caso y no equivale al monto del error contable que constituye la infracción. De este modo, ZZ sostiene que sólo los gastos no previstos y las limitaciones a la posibilidad de generar renta o flujos constituyen daño, mientras que no lo serían aquellas infracciones que implican únicamente una corrección al valor contable de un activo o pasivo.

38. Ante todo, la cláusula 10.3 del Contrato establece que cualquier pérdida, daño o perjuicio sufrido por XX o las Compañías como consecuencia de la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías deberá ser indemnizado, y que el monto de la indemnización que corresponda deberá ser igual al de la pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido (sin perjuicio de las limitaciones que resulten aplicables). A juicio de este Árbitro, esta disposición muestra inequívocamente dos cuestiones que resultan determinantes para la resolución de esta disputa: **(i)** que el Contrato distingue entre incumplimiento y daño, pues éste debe ser una consecuencia de aquél, y **(ii)** que la indemnización correspondiente debe calcularse en función de ese daño y no de la infracción que lo originó.

39. A efectos de abordar detenidamente este punto de la discusión, a continuación se distinguen diversos supuestos que XX califica como daños, los que serán analizados a la luz de lo que el propio Contrato define en la materia. Estas consideraciones constituyen criterios generales a efectos de delimitar el análisis de los reclamos de XX en particular.

A. GASTOS IMPREVISTOS

40. Sobre este punto no existe mayor controversia entre las partes. Si XX o alguna de las Compañías debió hacer frente a alguna obligación que no se encontraba revelada en la contabilidad de las Compañías, es claro que existe una pérdida patrimonial equivalente al monto del pago efectuado, en la medida que ese desembolso resulte suficientemente acreditado y sin perjuicio de los demás requisitos establecidos en el Contrato.

B. PASIVOS SUBVALORADOS Y ACTIVOS SOBREALORADOS

41. Los pasivos subvalorados y activos sobrevalorados constituyen una parte importante de los daños alegados por XX y presentan ciertas dificultades. En estos casos, el incumplimiento a las declaraciones y garantías se configuraría por una incorrecta contabilización del valor de los activos o pasivos de las Compañías. En principio, este Árbitro estima que la mera disconformidad contable no es suficiente para que exista responsabilidad de ZZ, pues de acuerdo con la cláusula 10.3 del Contrato se requiere como elemento adicional una *pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido* por XX o las Compañías.

B.1. PASIVOS SUBVALORADOS

42. En el caso de pasivos subvalorados se requiere de un desembolso efectivo por parte de XX para hacer frente a ese pasivo, asimilándose al caso descrito en la letra **A** anterior. Para estos efectos, no existe ninguna diferencia entre el pago de un gasto no previsto y el pago de un gasto sólo parcialmente previsto. Por el contrario, la incorrecta contabilización de un pasivo que no ha debido todavía sufragarse no constituye un daño, a menos que exista una alta probabilidad o una certeza razonable de su ocurrencia para que pueda ser indemnizado como daño futuro.

B.2. ACTIVOS SOBREALORADOS

43. En el caso de los activos sobrevalorados la situación es similar. Atendido que el activo específico forma parte del patrimonio de XX, con independencia de su valor contable, no es posible afirmar que por esta sola circunstancia exista un daño patrimonial. Para que se pueda dar por establecido un daño, XX debe probar de qué manera esa errónea contabilización se traduce en un perjuicio patrimonial efectivo. La forma natural de hacerlo es demostrando que el valor contable del activo está vinculado al precio pagado por XX en virtud del Contrato, de manera que pueda concluirse que ésta pagó un sobreprecio al adquirir el activo o que percibió un menor valor en caso

de haberlo enajenado. En estos casos el error contable puede suponer un perjuicio para XX porque de ese error deriva la no obtención de un beneficio económico esperado bajo el Contrato.

44. Si bien en este caso existe evidencia de que los estados financieros de las Compañías fueron relevantes para la determinación del precio (declaración escrita de don M.O., p. 3; declaración oral de don S.D., p. 3), también se encuentra acreditado que las partes consideraron otros factores adicionales (declaración escrita de don M.O., p. 3; declaración oral de don M.O., pp. 9 y 10). De este modo, no es posible para este Árbitro, sobre la base de la prueba rendida, determinar la relación específica que existió entre el valor contable de cada activo y el precio pagado por las acciones de TR. En consecuencia, XX deberá probar en cada caso concreto cómo la existencia de un activo sobrevalorado le produce un daño, sin que sea suficiente la mera existencia de una infracción contable.

45. Lo anterior no quiere decir necesariamente que los activos sobrevalorados sean irrelevantes. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 8.2.d. en relación con las Definiciones del Contrato, la existencia de un *cambio sustancial adverso* (definido como una pérdida de valor patrimonial neto de al menos un 17,5%) permitía a XX resolver su obligación de lanzar la OPA y la posterior compra de las acciones de TR. Sin embargo, como se ha referido, de esto no se sigue que los activos sobrevalorados sean suficientes para ser considerados, en sí mismos y sin referencia a antecedentes adicionales, como un daño. En efecto, el sistema de remedios del Contrato replica el esquema general de remedios del Código Civil, otorgando a XX, en diversas cláusulas, las típicas acciones que se siguen del incumplimiento contractual (con la excepción de que la acción de cumplimiento forzado es incompatible con la naturaleza de las declaraciones y garantías contractuales, según lo mencionado en el considerando 7).

46. De esta manera, un incumplimiento de ZZ que tenga magnitud suficiente como para ser calificado de *cambio sustancial adverso* otorga a XX la opción de resolver el Contrato. Si dicho incumplimiento no tiene esa magnitud, otorga a XX la opción de demandar indemnización de perjuicios, en la medida que tales perjuicios existan y que se cumplan las demás condiciones establecidas en el Contrato. Los remedios de resolución e indemnización conferidos por el Contrato se encuentran sujetos a requisitos distintos y deben ser analizados en sus propios términos, al igual como sucede en general en el Derecho Civil.

C. ACTIVOS INEXISTENTES

47. Aunque un activo inexistente es similar a un activo sobrevalorado, en este caso existen razones prácticas que facilitan su calificación como daño indemnizable. En efecto, se ha señalado que no existen antecedentes que permitan relacionar el precio pagado por XX con el valor contable de los activos de las Compañías (considerando 44), de manera que el solo error contable resulta insuficiente para calificar *per se* como daño un activo sobrevalorado. La contabilización de un activo inexistente es, sin embargo, una situación distinta. En el caso de un activo sobrevalorado, XX efectivamente tiene en su patrimonio ese activo, con independencia de que su valor contable deba ser ajustado. Por esta razón, para demostrar que esa sobrevaloración le produce un daño, XX debe probar alguna relación entre el valor contable de ese activo y el precio al que lo adquirió. El caso de un activo inexistente, en cambio, supone que XX ha pagado por algo que no recibió, lo que se traduce necesariamente en el pago de un sobreprecio o en la imposibilidad de percibir su valor producto de su enajenación.

48. De lo anterior se sigue que en el caso de un activo inexistente no es necesario demostrar una relación entre el valor contable del activo y su precio de adquisición para acreditar la efectividad del daño, sino sólo a efectos de determinar su monto. Al respecto, atendido que sí existe evidencia de que los estados financieros de las Compañías fueron al menos un factor para la determinación del

precio del Contrato (considerando 44), a falta de otros antecedentes se entenderá que el valor contable de un activo inexistente equivale al daño sufrido por XX.

D. PROVISIONES Y PASIVOS CONTINGENTES

49. Varios de los reclamos de XX se refieren a provisiones no efectuadas o a pasivos contingentes no revelados, es decir, situaciones que envuelven algún grado de incertidumbre o que no están bajo el control de la compañía y que pueden afectar su realidad financiera.

50. Si bien la falta de una provisión o la omisión de un pasivo contingente pueden eventualmente constituir infracciones a las declaraciones y garantías (suponiendo que se cumplen los requisitos establecidos en el Contrato), de la sola infracción, atendida su naturaleza, no se sigue que XX haya sufrido un perjuicio. En efecto, si las Compañías todavía no han debido hacer frente a una obligación no provisionada o el riesgo que el pasivo envuelve no se ha materializado, no existe un daño indemnizable, a menos que haya una alta probabilidad o una certeza razonable de su ocurrencia para que, desde un punto de vista jurídico, ese pasivo pueda ser calificado como daño futuro (considerando 42). Correlativamente, si el riesgo de un pasivo no revelado se ha materializado y XX ha debido enfrentar algún tipo de desembolso, existe para ella un daño similar al que deriva de gastos imprevistos, en los términos expuestos en la letra **A** anterior.

VI. UMBRAL DE DAÑOS O INDEMNIZACIONES

51. Según se reseñó en la parte expositiva, las partes también difieren acerca del sentido y alcance de los párrafos 3 y 7 de la cláusula décima del Contrato, cuyo texto relevante es el siguiente: “Los Promitentes Vendedores deberán indemnizar al Promitente Comprador en relación a cualquier pérdida, daño o perjuicio sufrido por este último o por las Compañías como consecuencia de la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías contenidas en la cláusula quinta (...) El monto de la indemnización deberá ser igual al de la pérdida, daño o perjuicio efectivamente sufrido por el Promitente Comprador o las Compañías, con las limitaciones contempladas en este Contrato (...) El monto de la indemnización estará limitado al 43,1% de la pérdida, daño o perjuicio que dicha falsedad, inexactitud o infracción represente para TR (...)”.

“Sólo habrá lugar al pago de la indemnización cuando el monto acumulado de indemnizaciones que deban ser pagadas por pérdidas, daños o perjuicios de conformidad a lo estipulado en el número 3 precedente exceda de cien mil (100.000) Unidades de Fomento. Este último monto en ningún caso operará como un deducible de las cantidades a ser indemnizadas, sino que sólo como un umbral que una vez excedido da derecho a solicitar la indemnización completa que corresponda (...)”.

52. La controversia entre las partes se circunscribe a la aplicación del umbral de UF 100.000 establecido en las cláusulas transcritas. En esencia, la discusión es la siguiente:

a) ZZ señala que el umbral de UF 100.000 se aplica al monto de la indemnización que se determine en este juicio. Es decir, para que exista obligación de indemnizar, el daño sufrido por XX debe ser superior a UF 232.018, de manera que el 43,1% que debe pagar ZZ supere el umbral de UF 100.000.

b) La posición de XX ha evolucionado durante el juicio. En su demanda parece señalar que el umbral de UF 100.000 se aplica al daño total sufrido. De esta manera, el monto mínimo a indemnizar sería de sólo UF 43.100. Luego, en su réplica, XX niega que esa haya sido su posición y sostiene que el umbral de UF 100.000 se refiere al monto de la indemnización. Sin embargo, tanto en las observaciones a la prueba como en los alegatos de clausura XX sostuvo que el monto de UF 100.000 se aplicaría al monto total de los daños y no a la indemnización.

53. Ante todo, el Contrato distingue claramente entre daño e indemnización: **(i)** por una parte, el párrafo 3 de la cláusula décima se refiere a cualquier *pérdida, daño o perjuicio* efectivamente sufrido; **(ii)** por otra parte, la misma cláusula señala que la *indemnización* estará limitada únicamente al 43,1% del perjuicio sufrido por XX. Atendida esta diferencia, el umbral de UF 100.000 contenido en la cláusula 10.7 está referido expresamente al monto a pagar por indemnizaciones y no al daño sufrido. Esta conclusión se desprende del claro tenor literal de las cláusulas referidas.

54. Correlativamente, el umbral máximo de UF 1.000.000 también está referido al monto de la indemnización y no del daño. En efecto, la cláusula 10.7 señala que “el monto máximo a ser indemnizado por los Promitentes Vendedores o el Promitente Comprador de conformidad con esta cláusula décima, por todos los eventos que pudiesen ocurrir, será de un millón (1.000.000) de Unidades de Fomento”. De esta manera, tanto el umbral mínimo como el máximo del Contrato están fijados en función de la indemnización y no del daño. Si las partes hubiesen querido que el umbral mínimo fuese aplicable en función del daño sufrido y que el máximo se calculara de acuerdo a la indemnización, podrían haber utilizado una redacción más clara para expresar esta diferencia, teniendo en cuenta que se trata de un contrato largamente negociado entre partes expertas.

55. Adicionalmente, la Carta de Reclamo enviada por XX a ZZ en noviembre de 2011 hace referencia al monto de UF 100.000 como un umbral de la indemnización a pagar y no del daño sufrido. En consecuencia, todo indica que antes de iniciado el presente arbitraje XX compartía la interpretación de ZZ respecto a la cláusula 10.7 del Contrato.

56. El único antecedente que contradice esta interpretación es la declaración testimonial del señor F.O. (declaración oral, pp. 6 y 7), la cual es insuficiente, a juicio de este Árbitro, para contrarrestar las conclusiones referidas anteriormente. En efecto, en su declaración el señor F.O. simplemente afirma que el umbral de UF 100.000 se aplica al daño sufrido, pero no ofrece ninguna explicación al respecto.

57. Por las razones expuestas en los considerandos precedentes, los párrafos 3 y 7 de la cláusula décima serán aplicados conforme a la interpretación planteada por ZZ, que en opinión de este Árbitro es la que más se ajusta al sentido y alcance del Contrato.

VII. OTRAS DEFENSAS DE ZZ

58. Además de las excepciones recientemente analizadas, ZZ invocó un conjunto de circunstancias que, a su juicio, pondrían en evidencia la falta de fundamento de la demanda de XX. Estas circunstancias son: **(i)** la Carta de Reclamo sería manifiestamente abultada; **(ii)** XX habría omitido revelar sus reclamos como hecho esencial ante la SVS, lo que además sería inconsistente con la información financiera declarada a esa entidad; **(iii)** las infracciones alegadas por XX no habría sido ajustadas en los estados financieros posteriores al Contrato; **(iv)** los expertos presentados por XX habrían emitido opiniones contradictorias con sus auditorías previas; **(v)** los expertos presentados por XX carecerían de independencia; **(vi)** los informes preparados por tales expertos no expresarían certeza u opinión alguna; **(vii)** las pretensiones de la demanda serían inconsistentes con la Carta de Reclamo y con los informes de expertos en que se apoyan; y **(viii)** XX habría cambiado su tesis con respecto al umbral de UF 100.000 establecido en la cláusula 10 del Contrato.

59. En circunstancias que estas alegaciones se refieren a aspectos secundarios de la disputa, ellas sólo serán analizadas respecto de cada reclamo en particular, en la medida que resulte necesario.

II) RECLAMOS EN PARTICULAR

60. El análisis de los reclamos particulares de XX se realizará en la misma secuencia en que éstos fueron planteados en los escritos de discusión. En cada caso se comenzará con una breve exposición del reclamo y luego se abordarán las cuestiones en que se fundamentan las excepciones o defensas de ZZ, en el siguiente orden: **(i)** cuestiones relativas a la admisibilidad del reclamo; **(ii)** cuestiones relativas a la existencia y prueba de la infracción; **(iii)** cuestiones relativas a la existencia y prueba de los perjuicios. Las defensas de ZZ que constituyen variantes o aspectos complementarios de estos tres grupos han sido agrupadas o subsumidas en el grupo pertinente. Atendido que, en general, las excepciones de ZZ han sido planteadas de manera alternativa, en caso de acogerse una de ellas sólo se analizarán las restantes en la medida que sea necesario.

I. CRÉDITOS POR IMPUESTOS A LA RENTA PAGADOS EN EL EXTRANJERO

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

61. XX sostiene que los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos de TR habrían incluido entre sus activos cuatro créditos por impuestos a la renta pagados en el extranjero. Por diversas razones, estos créditos no podían ser recuperados, por lo que en lugar de registrarse como activos debieron haberse contabilizado como pérdida o gasto. La indebida activación de estos créditos habría ocasionado una sobrevaloración del patrimonio de TR.

62. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** caducidad parcial del reclamo, **(ii)** inexistencia de infracción contable y **(iii)** insuficiencia de prueba. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

63. Los créditos a que se refiere este reclamo han sido identificados de la misma forma en que fueron analizados por las partes durante el arbitraje. De este modo, **(i)** el crédito N° 1 corresponde al crédito por \$579.711.391 asociado a TR Investment Limitada, **(ii)** el crédito N° 2 corresponde al crédito por \$20.237.815 asociado a Inversiones Internacionales TR13, **(iii)** el crédito N° 3 corresponde al crédito por \$679.117.783 asociado a TR Investment Limitada, y **(iv)** el crédito N° 4 corresponde al crédito por \$306.270.040 asociado a TR Investment Limitada.

B. CADUCIDAD PARCIAL DEL RECLAMO

64. Como se señaló en la parte general (considerandos 29 a 31), la regla de caducidad establecida en la cláusula décima del Contrato impide demandar por cuestiones que no hayan sido incluidas en la Carta de Reclamo y que hayan debido estarlo por ser *razonablemente posible* hacerlo. A efectos de analizar la excepción de caducidad parcial opuesta por ZZ en este punto, conviene revisar separadamente los créditos que se verían afectados por esta situación.

65. Respecto al crédito N° 2, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) El Informe CO Chile (p. 8) señala que la alegada infracción contable fue descubierta “a consecuencia del *due diligence* efectuado” por esa firma, el que, según las declaraciones contestes de los señores A.X. (declaración oral, p. 2), C.T. (declaración oral, p. 2) y G.J. (declaración oral, pp. 1 y 2), se efectuó inicialmente entre los meses de julio y septiembre de 2011, es decir, antes de la presentación de la Carta de Reclamo. Más aún, el testigo señor G.J. reconoció que este crédito fue detectado por CO Chile conjuntamente con el crédito N° 1 (declaración oral, pp. 14 y 15), a pesar de lo cual no fue incluido en la Carta de Reclamo.

b) A juicio de este Árbitro, las declaraciones de estos expertos constituyen un indicio suficiente para concluir que la infracción relativa al crédito N° 2 fue conocida con anterioridad a la Carta de Reclamo y que por tanto pudo ser incluida en ésta.

- c) A falta de antecedentes que expliquen por qué este crédito no fue incluido en la Carta de Reclamo, a diferencia de lo ocurrido con el crédito N° 1, este Árbitro estima que su inclusión en la demanda resulta inadmisibles por razón de caducidad.
66. Respecto al crédito N° 3, son determinantes las siguientes consideraciones:
- a) Aunque en su Carta de Reclamo XX alegó la existencia de un crédito mal activado en la contabilidad de TR Investment Limitada, el fundamento de su reclamo se refiere genéricamente al incumplimiento de lo establecido en el Artículo 41-A de la Ley de la Renta y en la Circular N° 25 del SII de 25 de abril de 2008.
- b) A juicio de este Árbitro, si bien la razón específica que gatilla el reclamo (falta de respaldo del pago del impuesto) es distinta a la señalada en la Carta de Reclamo (crédito no utilizado oportunamente), el crédito N° 3 no constituye un nuevo reclamo sino más bien un nuevo caso o evento de lo alegado en la Carta de Reclamo, pues en ambos casos existe una misma causa de pedir, la que está dada por la infracción a una misma norma tributaria (es decir, en ambos casos no se cumpliría con alguno de los supuestos que dicha norma establece para la utilización de los créditos).
- c) Por otra parte, las explicaciones contenidas en el Informe CO Chile (p. 10) y en las declaraciones de los testigos don G.J. (declaración oral, pp. 1 y 2) y don A.X. (declaración oral, p. 2) muestran que, debido a la falta de antecedentes suficientes, esta inconsistencia sólo pudo ser detectada en 2012, de manera que su no inclusión en la Carta de Reclamo puede tenerse por justificada y por tanto no cubierta por la regla de caducidad.
67. Respecto del crédito N° 4, son determinantes las siguientes consideraciones:
- a) Al igual que lo señalado acerca del crédito N° 3, las explicaciones contenidas en el Informe CO Chile (p. 10) y en las declaraciones de los testigos don G.J. (declaración oral, pp. 1 y 2) y don A.X. (declaración oral, p. 2) muestran que esta situación sólo pudo ser conocida en 2012, una vez que contaron con mayores antecedentes relativos a la contabilidad de TR.
- b) Por esta razón, y teniendo en cuenta la manera en que ha sido entendida la regla de caducidad (considerando 31), este Árbitro estima que este crédito no está cubierto por esa sanción, de modo que su inclusión en la demanda resulta admisible (en otras palabras, se trata de un evento o caso adicional de un problema detectado en la Carta de Reclamo pero que no pudo ser razonablemente incluido en ella por falta de antecedentes).

C. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

68. A efectos de analizar la excepción de inexistencia de infracción opuesta por ZZ a este respecto, conviene revisar separadamente los créditos que se verían afectados por esta situación, excluyendo el crédito N° 2 en atención a lo señalado precedentemente.
69. Respecto de los créditos N° 1 y N° 4, son determinantes las siguientes consideraciones:
- a) Aunque ZZ sostiene que estos créditos habrían sido activados en razón de que así fue sugerido por sus asesores tributarios, la sola invocación de esta asesoría es insuficiente, especialmente si se tiene en cuenta que no existen antecedentes que demuestren la existencia de esa asesoría ni que permitan evaluar la razonabilidad de sus conclusiones.
- b) Por otro lado, aunque la falta de ajuste de los estados financieros posteriores a la detección de la infracción podría ser eventualmente una infracción a la contabilidad de TR incurrida con posterioridad al Contrato, esta circunstancia no obsta a la existencia de infracciones anteriores cometidas por la antigua administración de TR que resulten relevantes a efectos de las declaraciones contractuales.
- c) En definitiva, no existen antecedentes que permitan establecer que la activación de estos créditos se ajustó a los principios de contabilidad aplicables.

70. Respecto del crédito N° 3, son determinantes las siguientes consideraciones:
- a) XX alega una infracción contable en razón de la falta de antecedentes que acrediten el pago del impuesto en el extranjero. Por su parte, ZZ alega que el referido impuesto fue efectivamente pagado y que la ausencia de comprobante no significa que no lo haya sido.
 - b) En opinión de este Árbitro, la carga de acreditar el pago del impuesto en el extranjero corresponde a ZZ, pues es el fundamento de su excepción de cumplimiento de la declaración o garantía invocada (Artículo 1.698 del Código Civil).
 - c) Aunque este Árbitro está de acuerdo con que la falta de comprobante no es, en principio, equivalente a la falta de pago, y que ZZ enfrentó ciertas dificultades probatorias en el curso del juicio, no existen antecedentes que permitan concluir que el impuesto fue efectivamente pagado, de manera que no puede tenerse por cumplida la respectiva declaración o garantía. Como la misma parte señala, habría sido posible valerse de otros medios (como algún certificado del SII) para cumplir con esta carga probatoria, lo que en la práctica no ocurrió.
71. Atendido que la discusión en torno a esta excepción se refiere a los supuestos de las normas tributarias y contables aparentemente infringidas, el rechazo de la excepción no obsta a la exigencia de que las infracciones concretas alegadas por XX resulten efectivamente acreditadas, lo que se analizará en el párrafo siguiente.

D. FALTA DE PRUEBA

72. ZZ también opuso como defensa la falta de prueba de la infracción y del perjuicio alegado por XX en este reclamo. De acuerdo con lo expuesto en el considerando 61, el reclamo de XX recae fundamentalmente en que la contabilidad de TR contendría activos inexistentes. A juicio de este Árbitro, lo anterior supone acreditar, a lo menos, la contabilización de esos créditos como activos en los estados financieros de TR. Tratándose de una materia particularmente técnica, resulta necesario ponderar los antecedentes contables disponibles a la luz de los informes de expertos presentados por las partes. A estos efectos, se revisarán separadamente los créditos que se verían afectados por esta excepción.

73. Respecto del crédito N° 1, son determinantes las siguientes consideraciones
- a) El Informe CO Chile (pp. 8 y 9) y las declaraciones de sus autores permiten concluir suficientemente que este crédito (en conjunto con el crédito N° 2) fue incluido como activo en los estados financieros de TR de los años 2009 y 2010. En efecto, los testigos don G.J. (declaración oral, p. 17), don C.T. (declaración oral, p. 24) y don A.X. (declaración oral, p. 22) fueron contestes en señalar que la activación de estos créditos obligó a efectuar una corrección en los estados financieros del año 2011.
 - b) Aunque el señor G.J. señaló que los estados financieros no son fáciles de comprender por un lector inexperto (declaración oral, p. 19), sus explicaciones (declaración oral, p. 18) permiten advertir que los estados financieros del año 2011 efectivamente contienen una corrección en el rubro “activos por impuestos corrientes” por la suma de \$648.806.000 (Doc. 1.4.11, nota 4). Si bien esta cifra no coincide exactamente con el monto de los créditos que motivaron la corrección (créditos N° 1 y N° 2), es razonable atribuir esa diferencia a la circunstancia de que la contabilidad de TR Investment Limitada era llevada en dólares, conforme a la explicación dada por el testigo señor C.T. (declaración oral, p. 33).
 - c) De este modo, establecido que los créditos N° 1 y N° 2 fueron rebajados de la contabilidad de TR en los estados financieros del año 2011, es razonable inferir que dichos créditos fueron efectivamente activados en los estados financieros de los años 2009 y 2010. En consecuencia, este Árbitro tendrá por probado que el crédito N° 1 fue contabilizado como

activo en los estados financieros de TR, situación que constituye una infracción a la cláusula quinta y un perjuicio para XX, pues supone incluir en la contabilidad un activo que, conforme a las normas contables aplicables, no debía registrarse como tal (considerandos 16.a y 48).

74. Respecto de los créditos N° 3 y N° 4, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) A diferencia de lo señalado respecto del crédito N° 1, las explicaciones de los expertos de XX no permiten establecer con claridad si los estados financieros de TR fueron corregidos a efectos de dar cuenta de la indebida activación de estos créditos. En efecto, los expertos don C.T. (declaración oral, pp. 24 y 35) y don A.X. (declaración oral, p. 22) manifestaron no tener claridad sobre este punto, mientras que el señor G.J. (declaración oral, pp. 17 y 18) señaló que los estados financieros del año 2012 contendrían un ajuste de patrimonio por este concepto, aunque sin identificar o explicar ese ajuste en notas.

b) En opinión de este Árbitro, esta circunstancia no obsta a la existencia de la infracción contable alegada por XX (considerando 69.b), pero sí impide o al menos dificulta darla por probada, pues no es posible constatar suficientemente, a partir de la revisión de esos estados financieros, que los ajustes realizados en ellos hayan tenido su origen en la precisa activación de los créditos. Si bien el señor G.J. indicó que dicho ajuste podría identificarse por una persona experta (declaración oral, pp. 19 y 20), el Informe CO1 (pp. 10 y 11) expuso en forma clara y detallada una serie de inconsistencias en la documentación contable acompañada por XX que en definitiva impiden validar lo indicado por el señor G.J.

c) En circunstancias que XX no se hizo cargo de las observaciones levantadas en este punto por el Informe CO1 y que no existen en el proceso otros antecedentes que permitan aclarar suficientemente esta situación, este Árbitro carece de elementos para dar por probada la activación de los créditos N° 3 y N° 4 en los términos alegados por XX. Tratándose de un reclamo fundado en la presencia de activos inexistentes en la contabilidad de TR, XX tenía la carga de acreditar suficientemente la contabilización de esos activos en los estados financieros de TR, cuestión que no ocurrió.

E. CONCLUSIÓN

75. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, **(i)** se acogerá la excepción de caducidad parcial respecto del crédito N° 2, **(ii)** se rechazará la excepción de inexistencia de infracción y **(iii)** se acogerá la excepción de falta de prueba respecto de los créditos N° 3 y N° 4. En consecuencia, se acogerá parcialmente el reclamo de XX, teniéndose por establecido que ZZ incumplió lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato al contabilizar como activo el crédito N° 1, lo que se traduce en un perjuicio para XX equivalente al valor registrado de ese activo inexistente, esto es, \$579.711.391, según lo señalado en el considerando 48.

II. MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (CHILE)

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

76. XX sostiene que, de acuerdo a la política contable de TR, las mejoras implementadas a los locales arrendados por la Compañía eran amortizadas en un período estándar de 15 años. Este plazo de amortización habría sido excesivo en comparación con los respectivos contratos de arriendo, cuya duración promedio sería de 5 o 6 años. Asimismo, existirían numerosas mejoras que habrían sido reemplazadas en los locales pero sin ser dadas de baja en la contabilidad de la Compañía, permaneciendo indebidamente activadas. Ambas circunstancias habrían originado una sobrevaloración del activo de TR.

77. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** caducidad parcial del reclamo, **(ii)** inexistencia de infracción contable en el plazo de amortización, **(iii)** reconocimiento por

la nueva administración de inexistencia de infracción contable en cuanto al plazo de amortización, (iv) ausencia de prueba de error contable en denunciada sustitución de mejoras y (v) ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. CADUCIDAD PARCIAL DEL RECLAMO

78. La Carta de Reclamo de XX señala que “[c]onforme a las reglas de valuación establecidas por las IFRS, las mejoras en los locales arrendados deben amortizarse durante el período que se establece en los contratos de arrendamiento, sin perjuicio de que el contrato sea prorrogado”. XX explica en su demanda que esta norma contable no sólo habría sido infringida por el excesivo plazo de amortización asignado a las nuevas mejoras implementadas en los locales de TR, sino también por el hecho de dar de baja las mejoras antiguas antes de ese plazo y sin desactivarlas de la contabilidad. Aunque este segundo supuesto no fue mencionado en la Carta de Reclamo, ambas conductas constituyen, a juicio de XX, infracción a una misma norma contable, la NIC 16, que es referida en la Carta de Reclamo como la base contable infringida.

79. En opinión de este Árbitro, de lo señalado precedentemente se sigue que la infracción caracterizada como “mejoras sobre mejoras” no es un nuevo reclamo de XX, sino una nueva faceta relacionada con el reclamo anterior, pues en ambos casos se imputa a ZZ haber depreciado mejoras sin observar los criterios establecidos en la NIC 16.

80. A mayor abundamiento, los expertos de XX señores A.X. (declaración oral, p. 26) y C.T. (declaración oral, pp. 41 y 42) señalaron de manera conteste que la infracción de “mejoras sobre mejoras” sólo fue detectada con precisión, por falta de información, durante la segunda fase de su análisis, esto es, después de la Carta de Reclamo, lo que justifica que dicha infracción no haya sido expresamente incluida en ella.

81. De este modo, y de acuerdo al criterio adoptado en esta sentencia (considerandos 29 a 31), la demanda de XX resulta, en este punto, admisible.

C. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

82. Como se ha expuesto precedentemente, el reclamo de XX contiene dos supuestos relacionados: (i) por una parte, las nuevas mejoras implementadas en los locales de TR habrían sido amortizadas, de acuerdo con la política contable de la Compañía, en un período de 15 años, el que sería excesivo e inconsistente con la duración promedio de los contratos de arriendo de dichos locales; (ii) por otra parte, las mejoras antiguas no sólo habrían sido sustituidas antes de esos 15 años, sino además no habrían sido dadas de baja en la contabilidad de TR luego de ser sustituidas. Aunque ambos supuestos están relacionados, por razones de orden serán analizados en forma separada.

83. En cuanto a la infracción por “excesivo plazo de amortización de las mejoras”, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) La infracción alegada por XX supone demostrar que la vida útil asignada a las mejoras de locales arrendados (15 años) es inconsistente con la duración de los respectivos contratos de arrendamiento. En opinión de este Árbitro, este último punto no puede limitarse a examinar los plazos nominales de dichos contratos, sino debe atender a la duración real de los mismos. Como se muestra en el Informe CO1 (p. 12), la propia NIC 16 invocada por XX establece inequívocamente que la estimación de la vida útil de un activo es una cuestión de criterio *basada en la experiencia* que la compañía tenga con activos similares, lo que exige considerar en el análisis la posibilidad de prorrogar los referidos contratos.

b) Los Informes CO Chile (pp. 11 a 13) y CO4 (pp. 9 a 11) y los documentos aportados por XX no permiten demostrar que la *experiencia* de TR en el arrendamiento de sus locales es

inconsistente con su política contable. En particular, prácticamente todos los contratos de arrendamiento acompañados (Doc. 2.1.2.01) admiten la posibilidad de prorrogar su vigencia, sin que existan antecedentes acerca de la duración efectiva del goce por TR de los locales arrendados. De este modo, no es posible para este Árbitro concluir que la amortización de mejoras a 15 años es excesiva o inconsistente con la realidad.

c) Por lo demás, los estados financieros posteriores al Contrato (Docs. E.7.2010.3 a E.7.2013.1) muestran que, bajo la nueva administración de TR, la política de amortización o vida útil para mejoras de locales arrendados siguió siendo la misma. Aunque XX ha sugerido que, a diferencia de la administración anterior, esta vez la política de 15 años sí estaría fundada en los criterios de la NIC 16, no existen antecedentes que permitan demostrar esa afirmación. Por el contrario, el experto don C.T. declaró que los estados financieros posteriores al Contrato no contienen ajustes por excesivo plazo de amortización sino sólo por “mejoras sobre mejoras” (declaración oral, p. 48), declaración que no hace sino confirmar que la alegación de XX por excesivo plazo de amortización de mejoras carece de fundamento.

84. En cuanto a la infracción por activación de “mejoras sobre mejoras”, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) En opinión de este Árbitro, este segundo supuesto del reclamo exige acreditar, a lo menos, los siguientes elementos: (i) que en los locales de TR se implementaron determinadas mejoras; (ii) que dichas mejoras sustituyeron mejoras anteriores; y (iii) que las mejoras sustituidas permanecieron indebidamente activadas en la contabilidad de TR.

b) Conviene aclarar a este respecto que la sola sustitución de una mejora no obliga a darla de baja en la contabilidad de una empresa. En efecto, el Informe CO1 (p. 15) explica detalladamente que el párrafo 67 de la NIC 16 sólo exige dar de baja un activo cuando la compañía lo enajena o dispone de él por otra vía, o cuando no se espera obtener beneficios económicos futuros por su uso, enajenación o disposición. De esto se sigue que es posible sustituir una mejora y mantenerla en el activo fijo de la empresa sin que ello suponga una infracción contable (como sería el caso, por ejemplo, de un letrero que se guarda en una bodega para su eventual uso en otro local). La misma NIC 16 confirma este criterio al señalar que la amortización de un bien no cesa cuando el activo está sin utilizar o se ha retirado del uso activo, a menos que haya sido amortizado por completo. De este modo, para tener por establecida la infracción alegada no basta con acreditar que las mejoras fueron sustituidas, sino además que ellas se mantuvieron *indebidamente* en la contabilidad de TR.

c) XX acompañó un conjunto de facturas (Docs. 2.1.2.02 y 2.1.2.03) que acreditan la compra de diversos tipos de bienes para sus locales comerciales. Si bien estas facturas permiten presumir que entre los años 2007 y 2010 se implementaron mejoras en esos locales, ello no implica que tales mejoras hayan sustituido mejoras antiguas. Aunque podría asumirse que bajo un criterio de normalidad al menos parte de esas mejoras se adquirió en reemplazo de mejoras antiguas, de los documentos acompañados no es posible establecer la magnitud exacta de las mejoras reemplazadas.

d) De acuerdo a lo señalado en el Informe CO Chile (p. 12 y anexo II) y lo indicado en los documentos pertinentes (Doc. 5.1.2 de fs. 1460 y Docs. 2.1.2.02 y 2.1.2.03), la nueva administración de TR realizó un ajuste en los estados financieros posteriores al Contrato por un monto de aproximadamente \$450 millones, que corresponde al valor amortizado de las mejoras de que dan cuenta las facturas acompañadas. De esto se infiere que XX asumió, sin distinción, que las mejoras adquiridas reemplazaron mejoras antiguas y que las mejoras reemplazadas debían darse de baja en la contabilidad de la Compañía. Sin embargo, aun cuando pudiere asumirse hipotéticamente que las mejoras antiguas fueron efectivamente

reemplazadas, XX no acompañó ningún antecedente que acredite que dichas mejoras debían darse de baja por encontrarse en alguno de los supuestos establecidos en el párrafo 67 de la NIC 16. Por esta razón, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los créditos por impuestos pagados en el extranjero (considerando 73), el solo ajuste en los estados financieros no puede entenderse como prueba de infracción contable, pues era contablemente posible que las mejoras reemplazadas se mantuvieran activadas en los libros de TR, sin que rigiera exigencia de darlas de baja.

e) En consecuencia, si bien pudo haber existido una infracción imputable a ZZ por haber mantenido en el activo fijo de TR mejoras que debían darse de baja, los antecedentes acompañados al proceso no permiten determinar la efectividad ni menos la magnitud de esa infracción, pues no se ha acreditado que tales mejoras fueron reemplazadas, ni que ellas debían darse de baja conforme a lo dispuesto en la NIC 16.

D. AUSENCIA DE PERJUICIO

85. Sin perjuicio de lo anterior, conviene tener presente que, de acuerdo con lo expuesto en los considerandos 43 y 44, el reclamo de XX constituye una hipótesis de activo sobrevalorado que exige probar que la infracción contable produjo un detrimento efectivo en el patrimonio de TR.

86. Atendido que no es posible para este Árbitro determinar la efectividad ni la magnitud de la infracción alegada, tampoco existen elementos que permitan valorar el daño que habría sufrido la demandante por esa hipotética infracción.

E. CONCLUSIÓN

87. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, (i) se rechazará la excepción de caducidad parcial y (ii) se acogerán las excepciones de inexistencia de infracción y ausencia de perjuicio. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX.

III. CONDICIONES ASOCIADAS A PLAN DE STOCK OPTIONS DE TR

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

88. XX alega que los estados financieros de TR no habrían revelado suficientemente la existencia de un plan de *stock options* que beneficiaba a ejecutivos de las Compañías Chilenas y Mexicanas. El plan permitía a estos ejecutivos adquirir acciones de la empresa mediante mutuos otorgados por ella misma, los que serían pagados -entre otros modos- con cargo a las ganancias que los ejecutivos obtuvieran tras la venta de sus acciones. En caso que las acciones fueran vendidas a un precio menor que el de adquisición, el saldo insoluto sería condonado y asumido por TR. El reclamo de XX consiste en que los promitentes vendedores no habrían revelado la totalidad del pasivo contingente asociado al plan, particularmente en lo referido al impuesto único aplicable a la condonación de deudas.

89. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) caducidad parcial del reclamo, (ii) inexistencia de infracción contable y (iii) ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. CADUCIDAD PARCIAL DEL RECLAMO

90. A diferencia de lo alegado por ZZ, la Carta de Reclamo presentada por XX (Doc. 1.3.01) no recae únicamente en la falta de provisión de la contingencia, sino además identifica otros problemas asociados al plan. En efecto, la Carta de Reclamo también señala que producto del plan de *stock options* TR debió enfrentar el pago de un impuesto único por gastos rechazados y del impuesto de primera categoría sobre la utilidad en la enajenación de las acciones, y que el pago del impuesto por

gastos rechazados habría sido menor si TR no hubiese repartido dividendos a los ejecutivos del plan. En definitiva, la Carta de Reclamo expone que las condiciones del plan de *stock options* “debieron haber sido reflejadas en los Estados Financieros, en términos de cuantificar el monto de la eventual pérdida que se habría producido si todos los ejecutivos beneficiados hubiesen optado por enajenar sus acciones a la fecha de dichos Estados Financieros”.

91. Aunque la infracción alegada en la demanda de XX está planteada en términos bastante más acotados, este Árbitro estima que ella no constituye un nuevo reclamo sino una precisión de los problemas detectados en la Carta de Reclamo. En otras palabras, la demanda de XX y su Carta de Reclamo tienen en este punto un mismo fundamento o causa de pedir, circunstancia que impide acoger la excepción de caducidad alegada por ZZ, en los términos en que ésta ha sido interpretada (considerando 31).

C. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

92. Ante todo, la infracción alegada por XX en este reclamo se refiere específicamente a la incompleta revelación de un pasivo contingente. De acuerdo con lo expuesto por XX, la principal norma contable en esta materia es la NIC 37, referida a “Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes”. El párrafo IN 19 de esta norma establece, como cuestión general, que los pasivos contingentes no deben ser reconocidos contablemente pero sí revelados en los estados financieros de la compañía, a menos que la salida de recursos que incorporen beneficios económicos tenga una probabilidad remota. En concordancia, el párrafo 28 de la NIC 37 establece que la compañía debe revelar *en notas* la existencia de pasivos contingentes, *de la forma en que se exige en el párrafo 86*.

93. De los párrafos mencionados se desprende que la NIC 37 exige que los pasivos contingentes de la compañía sean revelados en notas y que dicha revelación se ajuste a lo establecido en el párrafo 86. Esta última regla señala: “a menos que la posibilidad de una eventual salida de recursos para liquidarla sea remota, la entidad debe dar, para cada tipo de pasivo contingente al final del período sobre el que se informa, una breve descripción de la naturaleza del mismo y, cuando fuese posible: **(a)** una estimación de sus efectos financieros, medido según lo establecido en los párrafos 36 a 52; **(b)** una indicación de las incertidumbres relacionadas con el importe o el calendario de las salidas de recursos correspondientes; y **(c)** la posibilidad de obtener eventuales reembolsos”.

94. La norma transcrita muestra que un pasivo contingente debe describirse con cierta precisión, de manera que los usuarios de los estados financieros puedan comprender su naturaleza, sus efectos financieros, las incertidumbres que envuelve y la posibilidad de percibir reembolsos. Sin embargo, dicha norma no exige describir las consecuencias tributarias de ese pasivo, como lo son los impuestos que pueden derivarse de la aplicación de la Ley de Impuesto a la Renta. Más aún, de los párrafos 86 y 41 de la NIC 37 se desprende que los efectos financieros del pasivo contingente deben medirse “antes de impuestos”, pues sus consecuencias fiscales se encuentran reguladas en la NIC 12, que no fue invocada por las partes.

95. Por otro lado, el Informe CO1 (p. 18) explica que, conforme a lo dispuesto en el Marco Conceptual, la normativa contable asume que los usuarios de los estados financieros “tienen un conocimiento razonable de las actividades económicas y del mundo de los negocios, así como de su contabilidad, y también la voluntad de estudiar la información con razonable diligencia”.

96. A juicio de este Árbitro, del claro tenor literal de las normas contables invocadas y de la explicación ofrecida por los expertos de ZZ se desprende que la nota 27 de los estados financieros de TR es completa, verdadera y ajustada a los principios de contabilidad aplicables, situación que impide dar por establecida la infracción que XX alega. No obsta a esta conclusión lo señalado en los Informes CO Chile (pp. 22 a 24) y CO4 (pp. 11 a 13), pues sus observaciones a este respecto se

centraron simplemente en la probabilidad de que TR tuviera que condonar la deuda de sus accionistas (con las consecuencias tributarias que ello tendría) y en la necesidad de revelar el plan de *stock options*, pero no se refirieron a la *forma y alcance* que debía tener esa revelación.

D. CONCLUSIÓN

97. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, **(i)** se rechazará la excepción de caducidad parcial y **(ii)** se acogerá la excepción de inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

IV. TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DE P.D.

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

98. XX sostiene que con fecha 14 de diciembre de 2009 se puso término por mutuo acuerdo al contrato de trabajo celebrado entre TR y doña P.D., quien se desempeñaba como subgerente de Negocio RX de la Compañía. En el finiquito correspondiente, de 31 de diciembre de 2009, TR se comprometió a pagar a la señora P.D. una indemnización voluntaria de \$83.937.175, en tres cuotas. Sostiene también la demandante que el mismo 14 de diciembre de 2009 TR y la señora P.D., actuando por sí y en representación de su sociedad TR5, suscribieron un convenio adicional. En virtud de este convenio tanto la señora P.D. como su sociedad contrajeron una obligación de no competir. TR, por su parte, se obligó a pagar a la sociedad una suma de \$140.000.000, en tres cuotas pagaderas al 4 de enero, 31 de marzo y 30 de junio de 2010. El reclamo de XX consiste en que los estados financieros de TR sólo registraron un gasto de \$90.000.000 por las dos primeras cuotas del convenio, omitiendo la tercera. A su juicio, ésta debió haberse provisionado en los estados financieros a efectos de reconocer la totalidad de la deuda.

99. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** inexistencia de infracción contable y **(ii)** falta de materialidad. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. FALTA DE MATERIALIDAD

100. En el considerando 35 se ha estimado que la materialidad o relevancia contable puede ser una defensa admisible de ZZ a efectos de excluir los incumplimientos alegados por XX. En circunstancias que esta excepción está definida en función de los principios de contabilidad de los estados financieros de TR (considerandos 33 y 34), conviene revisar las normas contables pertinentes a la luz de las explicaciones ofrecidas por las partes y sus expertos.

101. Ante todo, las normas contables invocadas en este reclamo muestran que el principio de materialidad o relevancia no es un estándar absoluto, sino debe aplicarse en forma equilibrada y prudencial, conforme a las circunstancias del caso concreto. En efecto, el Boletín Técnico N° 1 del Colegio de Contadores (Doc. A.20.9) señala que el criterio de materialidad debe aplicarse ante “situaciones que no encuadran con los principios y normas aplicables y que, sin embargo, no presentan problemas debido a que el efecto que producen no distorsiona a los estados financieros considerados en su conjunto”, agregando que “no existe una línea demarcatoria que fije los límites de lo que es y no significativo”, debiendo aplicarse “el mejor criterio para resolver lo que corresponda en cada caso de acuerdo con las circunstancias”. La norma NIC 1 (Doc. A.20.1), por su parte, define el criterio de materialidad en función de omisiones o inexactitudes que puedan, individualmente o en su conjunto, “influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estados financieros”, agregando que la materialidad “dependerá de la magnitud y la naturaleza de la omisión o inexactitud, enjuiciada en función de las circunstancias particulares en que se haya producido”.

102. Aunque en el caso particular los expertos de ambas partes declararon que la obligación de TR no sería material en su monto (declaración oral de don A.X., p. 46; Informe CO1, p. 19), este Árbitro estima que ello no habilita a ZZ a invocar esta defensa. En efecto, de la circunstancia que los estados financieros hayan registrado las dos primeras cuotas de la deuda (hecho no desconocido por ZZ) se desprende que la administración de TR juzgó pertinente y relevante, en este caso concreto, revelar esa información, por lo que no puede invocar la inmaterialidad de la tercera cuota a efectos de justificar su omisión sin que ello suponga contradecir su conducta anterior. De este modo, a falta de otros antecedentes que justifiquen la falta de provisión de dicha cuota en los estados financieros, este Árbitro estima que la excepción de falta de materialidad resulta improcedente.

C. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

103. La defensa de ZZ en este punto consiste en que la NIC 37 invocada por XX sólo obligaría a provisionar obligaciones presentes que deriven de un suceso pasado. A su juicio, la falta de provisión de la tercera cuota no sería una infracción, porque se trataba de una obligación derivada de un suceso futuro que no se devengaría sino hasta unos tres meses después de los Estados Financieros Interinos.

104. En opinión de este Árbitro, del análisis del convenio suscrito entre TR y doña P.D. y TR5 (Doc. 2.1.4.05) se desprende que los pagos comprometidos por TR correspondían a una obligación sujeta a plazo y no a condición. En efecto, el único hecho que hacía incierto el pago de la tercera cuota era el incumplimiento de la obligación de no competir asumida por la señora P.D. y su sociedad, en cuyo caso la cuota pendiente se imputaría a la multa establecida a favor de TR. Sin embargo, el eventual incumplimiento de una obligación no significa que la obligación correlativa esté sujeta a condición, sino más bien que el acreedor tiene a salvo los remedios contractuales que por ese incumplimiento correspondan.

105. De este modo, pese a no estar devengada, la tercera cuota adeudada por TR cumplía con todos los supuestos para ser provisionada en los estados financieros, lo que, al no haberse hecho, constituye una infracción a la cláusula 5.5.b del Contrato.

D. CONCLUSIÓN

106. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se rechazarán las excepciones de falta de materialidad e inexistencia de infracción. En consecuencia, y teniendo en cuenta que el respectivo desembolso no fue controvertido por ZZ (desembolso que, en todo caso, se encuentra acreditado por los comprobantes acompañados por XX, Docs. 2.1.4.06 y 2.1.4.08), se acogerá el reclamo de XX, teniéndose por establecido que ZZ incumplió lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato al no provisionar en los estados financieros de TR la totalidad de la deuda para con doña P.D. y TR5, lo que se traduce en un perjuicio para XX equivalente al referido desembolso, esto es, \$41.500.000, según lo expuesto en los informes CO4 (p. 14) y CO Chile (p. 14) y lo señalado en el considerando 50.

V. GARANTÍAS DE ARRIENDO

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

107. XX sostiene que los estados financieros de TR reconocieron como activo las garantías otorgadas por la Compañía a los arrendadores de sus locales comerciales. Dichas garantías, sin embargo, devinieron en incobrables, por lo que la administración debió haber constituido provisiones a su respecto para reconocer el riesgo de incobrabilidad o de menor devolución. El no haberlo hecho ocasionó, según XX, una sobrevaloración del activo de TR.

108. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** prueba absolutamente insuficiente, **(ii)** inexistencia de infracción contable y **(iii)** ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. FALTA DE PRUEBA

109. De acuerdo con las categorías identificadas en los considerandos 40 a 50, el reclamo interpuesto por XX corresponde a una hipótesis de activos inexistentes, pues se trataría de créditos contabilizados como activos que, atendida su incobrabilidad, deberían haberse registrado como provisiones. A juicio de este Árbitro, un reclamo de esta naturaleza supone acreditar, a lo menos, **(i)** la existencia y monto de las garantías, **(ii)** la efectividad de que ellas se encontraban activadas en los estados financieros de TR y **(iii)** la incobrabilidad de las mismas a la fecha de esos estados financieros (entendiéndose por este concepto la prescripción de las acciones respectivas o cualquier otro antecedente que muestre la incobrabilidad del crédito).

110. Como fue alegado por ZZ, la única evidencia material acompañada a este respecto consiste en un conjunto de cartas, actas de entrega y finiquitos que dan cuenta del término de los contratos de arriendo a que estarían asociadas las garantías mencionadas (Doc. 2.1.5.01). De una revisión detallada de dichos documentos se desprenden, sin embargo, numerosas deficiencias e inconsistencias que impiden dar por probados los supuestos referidos precedentemente.

En efecto: **(i)** ninguno de los documentos acompañados da cuenta de la existencia y monto de las garantías alegadas, salvo por la carta relativa al local L-46 y el finiquito relativo al local L-227 (con el agregado de que en este último el monto de la garantía no coincide con el alegado por XX); **(ii)** los documentos relativos a los locales L-71, L-148, L-157 y L-438 se refieren a inmuebles que no coinciden o que coinciden sólo en parte con los indicados por XX en su demanda; **(iii)** respecto de los locales 0370 y 0445 no existe documento alguno de sustento; **(iv)** de los documentos acompañados se desprende que las acciones para solicitar la restitución de las garantías no estaban prescritas a las fechas de los estados financieros de TR ni a la Fecha de Cierre (incluso la carta relativa al local L-148 muestra que el arriendo terminó después de esos estados financieros); y **(v)** de los dos finiquitos acompañados, el relativo al local L-227 hace expresa referencia a que la devolución de la garantía se encuentra pendiente, mientras que el relativo al local L-438 es sólo un borrador que carece de fecha y firma.

111. Las observaciones referidas precedentemente no sólo impiden verificar las garantías alegadas por XX, sino también muestran que no existe antecedente del cual pueda inferirse su irreuperabilidad a las fechas relevantes, que es el principal supuesto de la infracción reclamada.

112. En circunstancias que los informes CO Chile y CO4, como asimismo las declaraciones de sus autores, no aportaron ningún antecedente que permita respaldar sus conclusiones, este Árbitro no tiene otra alternativa que rechazar este reclamo por manifiesta falta de prueba.

C. CONCLUSIÓN

113. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de falta de prueba. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

VI. MULTAS LABORALES

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

114. XX sostiene que existirían más de 90 multas laborales impagas cursadas a TR desde el año 2007 en adelante, cuyo monto no habría sido revelado ni provisionado en los Estados Financieros Interinos. Esta infracción habría ocasionado gastos imprevistos a XX.

115. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) prueba insuficiente, (ii) inexistencia de infracción por falta de materialidad y (iii) ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. FALTA DE MATERIALIDAD

116. Se ha dicho en esta sentencia que las normas contables invocadas por las partes muestran que el estándar de materialidad o relevancia debe aplicarse en forma equilibrada y prudencial, conforme a las circunstancias del caso concreto (considerando 101).

En este caso, la nota 22 de los Estados Financieros Interinos de TR (Doc. 1.4.02), referida a “Contingencias y Compromisos”, indica lo siguiente: “Farmacias TR y sus sociedades filiales no han sido legalmente notificadas acerca de la existencia de una o más acciones judiciales, que puedan haber iniciado en su contra, diferentes de las indicadas en el párrafo precedente y que persigan obtener el pago de ciertas cantidades que ellas supuestamente adeuden con motivo del ejercicio de sus actividades propias y que excedan la responsabilidad de la Sociedad en una cantidad nominal, individual y aproximada de M\$35.000”.

A esta nota debe agregarse lo señalado en la carta del estudio de abogados AB11, acompañada por ZZ (Doc. Fs. 1535) e incluida en el *data room* virtual (según fue reconocido por XX mediante escrito de fs. 850), que informa a los antiguos auditores de TR acerca de litigios, reclamos y/o evaluaciones “que involucran montos por sobre M\$200.000 individualmente o partidas que involucran montos inferiores que excedan los M\$200.000 en su totalidad”.

117. De los antecedentes referidos se desprende que el umbral de materialidad definido al momento de elaborarse los estados financieros de TR, para el caso concreto de juicios u otras acciones legales, excede con creces el monto de las multas laborales alegadas por XX, individual y conjuntamente consideradas. El Informe CO1 (p. 22) explica en este punto que “[e]n el curso normal de los negocios, una empresa como TR se ve enfrentada a demandas presentadas por sus exempleados y a sanciones impuestas por la autoridad laboral, las cuales en general son de una cuantía relativa bastante menor”, agregando que “es costumbre de las sociedades anónimas en Chile el no efectuar provisiones sobre estos montos ni tampoco revelarlos en sus estados financieros, sino que llevarlos a gasto cuando se pagan efectivamente”. En contraste, los informes CO4 (pp. 16 y 17) y CO Chile (pp. 21 y 22) nada dicen acerca de la materialidad o relevancia de las multas laborales, mientras que el único experto de XX que se refirió a este tema, el señor A.X., se limitó a señalar que el umbral de materialidad dependería de quién sea el usuario de los estados financieros (declaración oral, p. 56).

118. Sobre la base de un análisis comparativo de los medios de prueba referidos, este Árbitro estima que se encuentra suficientemente acreditado que las multas laborales alegadas por XX se encuentran bajo el umbral de materialidad o relevancia definido a este respecto en los estados financieros de TR, por lo que, en concordancia con lo señalado en el considerando 35, no es posible concluir que la falta de provisión o revelación de esta partida constituya una infracción a la cláusula quinta del Contrato.

C. AUSENCIA DE PERJUICIO

119. Aunque lo señalado precedentemente es suficiente para rechazar el reclamo de XX, conviene agregar que más de la mitad de las multas laborales fueron reveladas en el anexo V.11.c del Contrato (así se concluye al comparar ese anexo con el Anexo IX del Informe CO Chile).

120. Atendido que el Anexo V.11.c forma parte de una garantía distinta a la referida a los estados financieros de TR, la revelación de esas multas en el anexo no obsta a su omisión en los estados financieros, a los que les resulta aplicable un umbral de materialidad que no opera en el caso del

anexo. Sin perjuicio de ello, la circunstancia de que estas multas hayan sido parcialmente reveladas en el Contrato es indicativa de que XX asumió la contingencia como parte de sus riesgos, lo que impide imputar el daño alegado a ZZ, al menos el que corresponde a las multas efectivamente reveladas.

D. CONCLUSIÓN

121. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, **(i)** se acogerá la excepción de falta de materialidad y **(ii)** se acogerá parcialmente la excepción de ausencia de perjuicio. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

VII. MEJORAS A LOCALES ARRENDADOS (MÉXICO)

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

122. XX sostiene que las mejoras efectuadas a los locales arrendados por TR4 no habrían sido amortizadas conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en México. Esta infracción se fundaría en los siguientes aspectos: **(i)** las mejoras habrían sido amortizadas en un período superior a la vigencia de los respectivos contratos de arriendo, **(ii)** la Compañía habría aplicado una errada política de ajuste por deterioro de sus activos fijos y **(iii)** existirían mejoras sustituidas que no habrían sido dadas de baja en la contabilidad de TR4. La concurrencia de estos tres factores habría ocasionado una sobrevaloración en el activo de la Compañía.

123. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** caducidad parcial del reclamo, **(ii)** el reclamo se funda en norma contable errada, **(iii)** inexistencia de infracción contable en el plazo de amortización, **(iv)** reconocimiento por la nueva administración de inexistencia de infracción contable en cuanto al plazo de amortización, **(v)** inexistencia de petición indemnizatoria en cuanto al deterioro de activos fijos, **(vi)** inexistencia de error contable en cuanto al deterioro de activos fijos, **(vii)** inexistencia de petición indemnizatoria en cuanto a las supuestas sustituciones, **(viii)** inexistencia de prueba suficiente en cuanto a las supuestas sustituciones y **(ix)** ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. CADUCIDAD PARCIAL DEL RECLAMO

124. La Carta de Reclamo señala en este punto que la base y fundamento del requerimiento es que “[c]onforme a las reglas de valuación establecidas por las NIF, las mejoras en los locales arrendados deben amortizarse durante el período que se establece en los contratos de arrendamiento, sin perjuicio de que el contrato sea prorrogado”. XX explica en su demanda que este reclamo estaría configurado por tres infracciones relacionadas: **(i)** el plazo de amortización para mejoras a locales arrendados definido en los estados financieros de TR4 sería excesivo e inconsistente con la duración de los respectivos arriendos; **(ii)** la evaluación del valor de recuperación de los activos fijos de TR4 no se habría calculado sobre la base de cada sucursal considerada como unidad generadora de efectivo; y **(iii)** existirían mejoras reemplazadas en los locales de TR4 que no habrían sido dadas de baja de su contabilidad. ZZ afirma que esta última infracción no habría sido incluida en la Carta de Reclamo, lo que la haría inadmisibles en razón de caducidad.

125. De manera similar a lo señalado a propósito de las Compañías Chilenas (considerandos 78 y 79), este Árbitro advierte que si bien la alegación de “mejoras sobre mejoras” no fue mencionada en la Carta de Reclamo, dicha conducta constituye, a juicio de XX, una infracción que ratifica la existencia de activos sobrevalorados en contravención al Boletín C-6 invocado en la Carta de Reclamo. La estrecha relación entre estos supuestos también fue explicada por el experto señor

A.P. (declaración oral, p. 36), quien además manifestó que en la Carta de Reclamo sólo se describieron aquellas partidas que a esa fecha podían envolver algún incumplimiento, las que sólo fueron precisadas y profundizadas al preparar la demanda, una vez que contaron con mayores antecedentes y aclaraciones en la materia (declaración oral, pp. 25 y 26).

126. De este modo, todo indica que la infracción caracterizada como “mejoras sobre mejoras” no es un nuevo reclamo de XX, sino una nueva faceta o variante que está íntimamente relacionada con el reclamo “mejoras a locales arrendados”, y cuya omisión en la Carta de Reclamo no parece injustificada. En consecuencia, se tendrá por establecido que la demanda de XX es, en este punto, admisible.

C. FALTA DE PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS

127. La segunda excepción de ZZ también atiende a la admisibilidad del reclamo. En esencia, sostiene que de las tres infracciones alegadas por XX sólo una de ellas (“excesivo plazo de amortización”) tiene una pretensión indemnizatoria asociada (US\$8.026.000), a diferencia de las otras dos (“deterioro de activos fijos” y “mejoras sobre mejoras”), que sólo son cuantificadas (US\$3.853.000 y US\$1.292.000, respectivamente). Por esta razón, cualquier indemnización que se conceda en relación a estas últimas infracciones adolecería de ultrapetita. XX, por su parte, reitera que las tres infracciones son el fundamento de un mismo reclamo (“mejoras a locales arrendados”) y que el valor de las dos últimas no fue agregado al petitorio de la demanda para evitar una doble indemnización.

128. En concordancia con lo señalado en el considerando 125 anterior, este Árbitro entiende que las infracciones denominadas “deterioro de activos fijos” y “mejoras sobre mejoras” no son reclamos autónomos, sino que fueron planteadas por XX para reforzar su alegación de que las mejoras correspondientes estarían sobrevaloradas. Este es el entendimiento que se desprende, por lo demás, de las explicaciones ofrecidas por el experto señor A.P. (declaración oral, pp. 33 a 37). De este modo, es claro que una eventual sentencia condenatoria no puede extenderse a más de lo pedido por este reclamo (US\$8.026.000), pero de ello no se sigue que las referidas infracciones, en cuanto fundamentos del mismo reclamo, no deban ser analizadas.

D. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN Y AUSENCIA DE PERJUICIO

129. A la luz de lo determinado en los considerandos precedentes, a continuación se analizarán las tres infracciones alegadas por XX como fundamento de su reclamo. Aunque ellas están relacionadas, por razones de orden serán abordadas en forma separada.

130. En cuanto a la infracción por “excesivo plazo de amortización”, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) De acuerdo a lo señalado en el considerando 16.c, el análisis de esta infracción exige diferenciar entre los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos de TR4. En efecto, se ha establecido en esta sentencia que la cláusula 5.5.a del Contrato garantiza que los estados financieros de TR4 fueron confeccionados con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados en México, lo que, a raíz de la transición determinada por la Compañía, se traduce en que los Estados Financieros fueron preparados conforme a NIF, mientras que los Estados Financieros Interinos lo fueron conforme a IFRS.

b) Esta distinción resulta en principio relevante, pues según dan cuenta los Informes CO México (pp. 10 y 11) y CO2 (pp. 19 y 20), los criterios que ambas normas recogen en materia de amortización de mejoras son distintos. Por una parte, el Boletín C-6 de las NIF señala: “En el caso de locales arrendados, en los cuales se hacen adaptaciones, no es aconsejable depreciar estas adaptaciones durante el período de vida útil que se le estima al edificio. Una

práctica más sana y conservadora consiste en cargar el costo de las adaptaciones a una cuenta especial y amortizarlas durante el período de arrendamiento. Aunque el contrato pueda ser renovado o un nuevo arrendatario beneficiarse de las adaptaciones, no es conveniente depender de estas posibilidades para conservar en el activo fijo por largo tiempo este tipo de adaptaciones sujetas a cambios”. En contraste, según da cuenta el Informe CO2 (p. 20), el Boletín C-6 ajustado a IFRS establece: “En el caso de adaptaciones a locales arrendados el costo de adquisición debe depreciarse durante el período de arrendamiento. El período de arrendamiento debe considerar la expectativa más razonable de renovación del contrato”.

c) De las normas transcritas se desprende que antes de la transición a IFRS las mejoras a locales arrendados debían ser amortizadas conforme a un criterio conservador, bajo el cual no era recomendable considerar las posibles renovaciones de los contratos de arriendo para determinar la vida útil de los activos. Después de la transición, en cambio, la amortización debía considerar la expectativa más razonable de renovación. De acuerdo con ello, los Estados Financieros de TR4 (Docs. E.18.2009a y E.18.2009b, nota 3.h) indican que “[l]as mejoras a locales arrendados se amortizan durante el período útil de la mejora o el término del contrato, el que sea menor”, declaración que resulta consistente con el criterio conservador establecido en las NIF.

d) ZZ ha señalado en su defensa que tanto antes como después de la transición a IFRS la práctica de TR4 era depreciar las mejoras de sus locales arrendados teniendo en cuenta la renovación de los contratos, pues existían antecedentes suficientes para confiar en esa renovación. A su juicio, esta política no infringía el Boletín C-6 de las NIF, pues éste no prohibía depreciar las mejoras sobre la base de las posibles renovaciones de los contratos de arriendo, sino se limitaba a señalar que ello no era aconsejable.

e) Aunque es cierto que el Boletín C-6 de las NIF establece una recomendación y no una obligación de amortizar las mejoras sin considerar las renovaciones de los arriendos, la nota 3.h de los Estados Financieros de TR4 es inequívoca en señalar que la amortización se realizaría sobre la base del *menor plazo* entre el período útil de las mejoras y el término de los contratos. En opinión de este Árbitro, esta declaración no admite la posibilidad de calcular la vida útil de las mejoras teniendo en cuenta las eventuales renovaciones de los arriendos, por mucho que éstas hayan sido probables, pues ello supondría extender la vida útil más allá del *término de los contratos*. De esto se sigue que la práctica de depreciación reconocida por ZZ no sólo fue contraria a la recomendación de las NIF, sino también a la política definida en los propios Estados Financieros de TR4.

f) La situación de los Estados Financieros Interinos de TR4 es completamente distinta. Como se ha reiterado, éstos debían confeccionarse conforme a normas IFRS, las que establecen que las mejoras a locales arrendados se amortizan durante el período de arrendamiento, debiendo considerarse la expectativa más razonable de renovación del contrato. De esta manera, los Estados Financieros Interinos de TR4 (Doc. E.19.2010.1, nota 2.3.d) declaran que la vida útil estimada para mejoras a locales arrendados es de 15 años, la que conforme a lo explicado por ZZ incluye la expectativa más razonable de renovación. Consistentemente con ello, los estados financieros posteriores al Contrato y al cambio de control de TR4 (Docs. 1.4.10, E.20.2011 y E.21.2012) mantienen la misma estimación. El experto señor A.P. declaró a este respecto que los estados financieros posteriores al Contrato no contienen ningún ajuste por concepto de plazo de amortización de mejoras, precisamente porque ellos se ajustaron a IFRS (declaración oral, p. 45).

g) Como puede apreciarse, la práctica de amortización de mejoras de TR4 parece infringir las normas de contabilidad de los Estados Financieros, pero no así las de los Estados

Financieros Interinos. La pregunta que esto plantea es cómo conciliar ambas situaciones a efectos de analizar la infracción reclamada por XX, que no distingue entre ellas. En opinión de este Árbitro, aunque es posible concluir que los Estados Financieros no eran consistentes con lo establecido en el Boletín C-6 de las NIF, los Estados Financieros Interinos reflejaban adecuadamente la situación de la Compañía en un momento mucho más próximo a la celebración del Contrato. El testigo señor M.O. reconoció en este sentido la relevancia de los Estados Financieros Interinos, que fueron los últimos estados financieros a los que XX tuvo acceso antes de la negociación del Contrato, que ocurrió durante el segundo trimestre de 2010 (declaración oral, p. 11).

h) De lo anterior se sigue, a juicio de este Árbitro, que XX no puede reclamar la existencia de un sobreprecio por los activos de TR4 (en lo que se refiere a mejoras de locales arrendados), pues la valoración de estos activos estaba correctamente contabilizada en los estados financieros analizados por XX antes de adquirir la Compañía. En consecuencia, aunque puede concluirse que existió una infracción parcial a la cláusula 5.5.a del Contrato, no es posible establecer que esa infracción causó un detrimento a XX (por concepto de activos sobrevalorados) que no haya sido asumido por ésta en virtud del Contrato.

131. En cuanto a la infracción por “deterioro de activos fijos”, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) XX sostiene en este punto que tanto los Estados Financieros como los Estados Financieros Interinos de TR4 incurrieron en una infracción en la estimación del valor de recuperación de los activos fijos, la que se traduciría en una sobrevaloración de los mismos. Esta parte del reclamo se funda en el Boletín C-15 de las NIF, según el cual el valor de recuperación de los activos no financieros debe estimarse sobre la base de una *unidad generadora de efectivo*, que corresponde al grupo de activos más pequeño al que puede atribuirse un flujo de efectivo independiente. La infracción alegada por XX consiste en que los estados financieros de TR4 habrían utilizado como medida de valoración los activos de todas las sucursales tomadas en conjunto, en circunstancias que cada sucursal debiera considerarse como una unidad generadora independiente. Atendida esta infracción, los propios promitentes vendedores habrían realizado un ajuste por MX\$48.351.000 en los estados financieros de diciembre de 2010. ZZ niega la existencia de esta infracción y asegura que el ajuste realizado se debió a la transición de NIF a IFRS, no a un error contable.

b) Ante todo, el ajuste referido por XX se encuentra explicado en la nota 29.a de los estados financieros de TR4 al 31 de diciembre de 2010 (Doc. 1.4.10), cuyo texto es el siguiente: “Después de analizar ciertas condiciones del mercado y de la industria en la que actualmente opera la Compañía, así como determinar que con base en ciertas condiciones preexistentes antes de la fecha de transición de NIF Mexicanas a NIIF, la evaluación del valor de recuperación de los activos no financieros se debió haber calculado con base en el valor de uso de los activos de cada sucursal como unidades generadoras de efectivo individuales y no con base en el total de activos de las sucursales tomadas en su conjunto como una sola unidad generadora de efectivo. La Compañía reestimó la evaluación de deterioro del valor de recuperación de los activos no financieros antes de la fecha de transición de NIF Mexicanas a NIIF, derivando esto en un ajuste sobre el valor en libros de los inmuebles, mobiliario y equipo, el cual no es el resultado de un cambio en política contable materia de la transición de NIF Mexicanas a NIIF”.

c) De manera similar a lo que más adelante se señala con respecto al reclamo por “activos disponibles para la venta” (considerando 137), si bien la nota 29 de los estados financieros a diciembre de 2010 contiene diversas explicaciones derivadas de la “Adopción por primera vez

de NIIF”, el párrafo recién transcrito es inequívoco en advertir que el ajuste realizado está fundado en *ciertas condiciones preexistentes a la fecha de transición de NIF Mexicanas a NIIF*.

d) Cabe advertir, sin embargo, que el ajuste referido ya había sido efectuado en los Estados Financieros Interinos de TR4 que precedieron al Contrato. En efecto, la nota 30 de esos estados financieros (Doc. 1.4.04), también titulada “Adopción por primera vez de NIIF”, da cuenta de un ajuste en la partida “deterioro de activos fijos” por un monto muy similar al ajuste detallado en los estados financieros a diciembre de 2010, fundado en la siguiente explicación: “[c]onforme a NIC 36 para el ajuste por deterioro se considera la generación de flujo, valor de mercado del local y condiciones del local”. En esencia, esta explicación coincide con lo señalado en la nota 29.a de los estados financieros a diciembre de 2010, que fundamenta el ajuste en *ciertas condiciones del mercado y de la industria en la que actualmente opera la Compañía*. A ello debe agregarse que la NIC 36 (Doc. A.20.6), referida al “deterioro del valor de los activos”, define *unidad generadora de efectivo* como “el grupo identificable de activos más pequeño capaz de generar entradas de efectivo que sean, en buena medida, independientes de los flujos de efectivo derivados de otros activos o grupos de activos”. La similitud que existe entre esta norma y el Boletín C-15 de las NIF confirma que el ajuste no se debió a un cambio de política contable sino a una revalorización de la partida determinada por la Compañía.

e) La demandante reconoce en su escrito de réplica (p. 59) que el ajuste referido fue incluido en los Estados Financieros Interinos que precedieron al Contrato, pero afirma que la explicación de dicho ajuste fue confusa y que sólo pudo comprender su verdadero alcance una vez emitidos los estados financieros a diciembre de 2010. En opinión de este Árbitro, los términos de la nota 30 de los Estados Financieros Interinos son suficientemente claros como para advertir el origen del ajuste, de modo que debe asumirse que XX conoció o debió conocer dicho ajuste con anterioridad a la celebración del Contrato. De este modo, aunque puede concluirse que los Estados Financieros de TR4 adolecieron de un error contable, XX tampoco puede reclamar la existencia de un sobreprecio por este concepto, pues los activos quedaron correctamente contabilizados en los Estados Financieros Interinos, antes de que adquiriera la Compañía.

132. En cuanto a la infracción por “mejoras sobre mejoras”, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) La infracción alegada por XX en este punto es esencialmente similar a la referida a las Compañías Chilenas. Sin embargo, existe una diferencia que deriva de las distintas normas contables a que debían sujetarse los estados financieros de TR4. En efecto, según se vio en el considerando 84.b, bajo normas IFRS las mejoras sustituidas sólo deben darse de baja de la contabilidad cuando la compañía enajena el activo o dispone de él por otra vía, o cuando no se espera obtener beneficios económicos futuros por su uso, enajenación o disposición. En concordancia con ello, la nota 2.3.d de los Estados Financieros Interinos de TR4 (Doc. 1.4.04) señala que “[u]n activo de inmuebles, mobiliario y equipo se da de baja al venderse o cuando ya no se esperan beneficios económicos futuros derivados de su uso o venta”. En contraste, el Boletín C-6 de las NIF establece derechamente que en caso que se sustituyan mejoras existentes “el costo de la pieza reemplazada así como la depreciación acumulada, deben darse de baja de las cuentas correspondientes”. De este modo, el análisis de esta infracción supone, al igual que las otras infracciones de este reclamo, abordar diferenciadamente las situaciones de los dos estados financieros cuestionados.

b) Con todo, antes de realizar cualquier análisis a ese respecto es necesario recordar que la infracción de “mejoras sobre mejoras” alegada por XX exige acreditar dos elementos indispensables: **(i)** que en los locales de TR4 se implementaron determinadas mejoras y **(ii)** que dichas mejoras sustituyeron mejoras anteriores. En este aspecto el presente reclamo está sujeto a los mismos requisitos que el efectuado a propósito de las Compañías Chilenas (considerando 84.a).

c) Lo cierto es que en el expediente no existen antecedentes que permitan acreditar los supuestos mencionados. En efecto, los únicos documentos aportados a este respecto son los papeles de trabajo utilizados por CO México para la elaboración de su informe (Docs. 2.2.1.12, 2.2.1.13 y 2.2.1.14), que contienen un listado de mejoras aparentemente asociadas a los locales de TR4 entre los años 2007 y 2011. No existe, sin embargo, ningún indicio que permita determinar si esas mejoras fueron instaladas o sustituidas en dichos locales. Cabe advertir que el autor del Informe CO México, señor A.P., declaró haber analizado muestras de todas las facturas que darían cuenta de las mejoras implementadas (declaración oral, pp. 53 a 55). Dichas facturas no fueron acompañadas al expediente y, en todo caso, tampoco permitirían determinar la magnitud de las mejoras que habrían sido reemplazadas. En consecuencia, este Árbitro carece de antecedentes para dar por establecida la infracción de “mejoras sobre mejoras”, como tampoco los perjuicios que de ella derivarían.

E. CONCLUSIÓN

133. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, **(i)** se rechazarán las excepciones de caducidad parcial y falta de pretensiones indemnizatorias y **(ii)** se acogerán las excepciones de inexistencia de infracción y ausencia de perjuicio (con la prevención de que las infracciones por “excesivo plazo de amortización” y “deterioro de activos fijos” se han tenido por parcialmente establecidas). En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX.

VIII. ACTIVOS DISPONIBLES PARA LA VENTA

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

134. XX sostiene que los estados financieros de TR4 registraron ciertos inmuebles como activos disponibles para la venta, atendida la decisión de la antigua administración de venderlos en el corto plazo. Sin embargo, el valor libro de estos activos habría sido mayor a su valor de mercado, lo que se habría traducido en una sobrevaloración del patrimonio de TR4.

135. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** inexistencia de infracción contable, **(ii)** el ajuste estaba ya efectuado en los Estados Financieros Interinos de TR4, **(iii)** el valor de los activos estaba adecuadamente justificado tanto en los Estados Financieros como en los Estados Financieros Interinos y **(iv)** ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

136. En virtud de la cláusula quinta del Contrato los promitentes vendedores garantizaron que los estados financieros de TR4 fueron elaborados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en México. Conforme a lo señalado en el considerando 16.c, esto significa que los Estados Financieros de 2009 fueron preparados conforme a NIF, mientras que los Estados Financieros Interinos de 2010 fueron preparados conforme a IFRS. XX ha alegado en su demanda que *ambos* estados financieros serían incorrectos, pues el valor en libros reportado en ellos para los activos disponibles para la venta sería mayor al valor de mercado en los avalúos realizados por especialistas en la materia en los años 2008 y 2009, lo que infringiría lo dispuesto por el Boletín C-

15. Este error habría sido corregido por los auditores de TR4 en los estados financieros de diciembre de 2010, constatándose con ello la existencia de un *activo sobrevalorado* en los estados financieros del Contrato.

137. Como alega XX, la nota 29 de los estados financieros de TR4 a diciembre de 2010 (Doc. 1.4.10) da cuenta de un ajuste por MX\$19.240.000 en la partida “activos disponibles para la venta”, en los siguientes términos: “[c]on base en ciertas condiciones el mercado y en algunas condiciones económicas preexistentes antes de la fecha de transición de NIF Mexicanas a NIIF, la Compañía determinó que el valor razonable de los Activos Disponibles para la Venta debería reestimarse para reflejar tales condiciones que prevalecían en tales fechas, el cual no es el resultado de un cambio en política contable materia de la transición de NIF Mexicanas a NIIF”. En opinión de este Árbitro, aunque este ajuste se encuentra dentro de los que debió efectuar TR4 con motivo de la transición de NIF a IFRS, la nota es especialmente clara en advertir que la revalorización de la partida está fundada en *condiciones de mercado y económicas previas a la fecha de transición*, y no en el cambio de política contable. Esta explicación es consistente con lo expuesto en el Informe CO México (p. 13), según el cual la infracción al Boletín C-15 provendría del mayor valor que los Estados Financieros y los Estados Financieros Interinos de TR4 asignaron a dichos activos en comparación con los avalúos realizados por especialistas en la materia durante los años 2008 y 2009.

138. Con todo, ZZ está en lo cierto cuando señala que este ajuste ya había sido realizado en los Estados Financieros Interinos de marzo de 2010. En efecto, la nota 30 de esos estados financieros (Doc. 1.4.04) da cuenta de un ajuste en la partida “valor razonable de activos disponibles para la venta” por el mismo monto que el ajuste detallado en los estados financieros de diciembre de 2010. La misma nota 30 explica que el valor de las propiedades disponibles para la venta ha sido ajustado “con base en avalúos”, lo que en esencia coincide con el argumento dado por XX para fundar su reclamo. Cabe agregar que este ajuste no fue explicado por XX ni por sus asesores expertos. Si bien el señor A.P. negó que los Estados Financieros Interinos hayan sido ajustados, su afirmación sólo se basa en que él no vio los ajustes realizados (declaración oral, p. 59).

139. De lo anterior se desprende que la infracción detectada por XX sólo se circunscribe a los Estados Financieros de 2009, pues los Estados Financieros Interinos de 2010 realizaron el ajuste correspondiente. Con todo, aunque esto puede entenderse como una infracción de ZZ a la cláusula quinta del Contrato (pues en definitiva los Estados Financieros de 2009 no observaron la norma de contabilidad aplicable), este Árbitro estima que no es posible inferir de ella un perjuicio imputable a ZZ. En efecto, el perjuicio alegado por XX consiste en que los estados financieros del Contrato habrían registrado un activo sobrevalorado en MX\$19.240.000. Se ha visto, sin embargo, que esa sobrevaluación fue ajustada y revelada antes de la celebración del Contrato (como también lo advierte el Informe CO2, p. 27), por lo que cualquier efecto de ese ajuste debe tenerse por asumido por XX en virtud del Contrato.

C. AUSENCIA DE PERJUICIO

140. A mayor abundamiento, se ha explicado en esta sentencia que la sola existencia de un activo sobrevalorado en la contabilidad de las Compañías no es demostrativa de un perjuicio patrimonial para XX (considerandos 43 y 44). La verificación de un perjuicio por este concepto está sujeta a que XX acredite que su patrimonio se ha visto efectivamente disminuido por la diferencia contable alegada, cuestión que en este caso no ha ocurrido.

D. CONCLUSIÓN

141. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerán las excepciones de inexistencia de infracción y ausencia de perjuicio. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX.

IX. PASIVOS POR PLAN DE PENSIONES

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

142. XX sostiene que con fecha 20 de diciembre de 1991 las Compañías Mexicanas establecieron un plan de pensiones a favor de sus empleados de planta y tiempo completo, cuyo objeto era complementar los beneficios otorgados por el sistema de seguridad social mexicano. En diciembre de 2002, luego de tomar el control de las Compañías Mexicanas, los promitentes vendedores habrían decidido no continuar con el plan y dejar de ofrecerlo a los trabajadores, a pesar de lo cual el plan nunca fue cancelado. Luego de ello la antigua administración habría identificado un “grupo crítico” de 81 trabajadores que habían cumplido los requisitos para pensionarse o que estaban próximos a cumplirlos. La administración habría ofrecido a estos trabajadores un pago único de beneficios a fin de disminuir el riesgo de demandas laborales, el que sólo fue aceptado por 40 de ellos. Respecto de los trabajadores no incluidos en el “grupo crítico”, XX sostiene que la administración habría asumido el riesgo de que pretendieran hacer exigible el plan de pensiones, riesgo no fue revelado ni provisionado en los estados financieros de TR4. Dichos estados financieros sólo registraron pasivos por 18 trabajadores pensionados, provisión que además habría sido incorrecta debido a un cambio de tasa en el cálculo actuarial.

143. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) inexistencia de infracción contable, (ii) inexistencia de un perjuicio cierto e inevitable, (iii) ausencia de prueba de los perjuicios y (iv) improcedencia de reclamo por cambio de tasa en el cálculo actuarial. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

144. De acuerdo a lo señalado, el reclamo de XX tiene dos aspectos: (i) el primero se refiere a que los estados financieros de TR4 contienen una provisión por la existencia de un plan de pensiones a favor de 18 trabajadores, en circunstancias que dicho plan beneficiaría a todos los trabajadores de la Compañía; (ii) el segundo se refiere a que la provisión por los 18 trabajadores habría sido mal efectuada debido a un cambio de tasa en los respectivos cálculos actuariales. Atendido el orden en que este reclamo fue discutido por las partes, ambos aspectos serán analizados de manera separada.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

145. XX alega que los estados financieros de TR4 dan cuenta de un plan de pensiones a favor de 18 trabajadores jubilados, cuyo costo se vería reflejado en una provisión. Dicha provisión sería sin embargo insuficiente, pues el plan estaría actualmente vigente y beneficiaría a todos los trabajadores de la Compañía. La defensa de ZZ, por su parte, se basa principalmente en que el plan habría sido cancelado el año 2002, de manera que sólo debían provisionarse los pagos adeudados a los 18 trabajadores que alcanzaron a jubilar antes de la cancelación. A la luz de estas alegaciones, este Árbitro estima que el reclamo de XX exige tener por establecidos los siguientes elementos: (i) que el plan de pensiones se encuentra actualmente vigente; (ii) que el plan de pensiones cuenta con *participantes* a quienes deberán efectuarse pagos; y (iii) que dichos pagos no fueron provisionados en los Estados Financieros ni en los Estados Financieros Interinos de TR4. La excepción de inexistencia de infracción opuesta por ZZ será analizada sobre la base de estos tres elementos.

146. En cuanto a la vigencia del plan de pensiones, son determinantes las siguientes consideraciones:

- a) En términos generales, el plan de pensiones era un plan de jubilación ofrecido por diversas filiales de TR4 a sus trabajadores desde fines del año 1991, cuyo objeto era complementar los beneficios de seguridad social establecidos en la legislación mexicana (Doc. 2.2.3.12, Artículo I). De acuerdo a lo señalado en los Informes TR12 (párrafos A, H e I), Informe de TR10 (pp. 43 y 44) e Informe de TR11 (pp. 12 y 33), atendido que se trataba de un

beneficio complementario y extralegal, el plan podía ser cancelado por la Compañía en cualquier momento, con la única limitación de que ello no podía afectar los derechos de trabajadores que hubieran jubilado a esa época conforme a los términos del propio plan. La primera cuestión discutida por las partes se refiere precisamente al ejercicio de esta facultad. Ante el reclamo de XX, ZZ ha alegado que el plan fue cancelado por TR4 el año 2002, por lo que los trabajadores perdieron la posibilidad de acogerse al mismo, con excepción de los que ya estaban jubilados en ese momento. En contraste, XX sostiene que el plan nunca fue cancelado sino que simplemente dejó de ofrecerse en enero de 2003, de modo que los trabajadores de TR4 todavía pueden acceder a sus beneficios.

b) Aunque no existen en el expediente antecedentes que acrediten directamente el acto de cancelación del plan por parte de TR4, ZZ sostiene que los siguientes documentos demostrarían que ello efectivamente sucedió: **(i)** estados financieros de TR y TR4 posteriores al cambio de control (Docs. E.20.2011, E.16.2012.4 y E.17.2013.1); **(ii)** informe actuarial de la firma TR14 (Doc. 2.2.3.08); y **(iii)** sentencia dictada en el caso “OR” (Doc. 2.2.3.24). Si bien estos documentos asumen directa o indirectamente que el plan se canceló (aunque sin explicar de manera consistente la forma ni la fecha en que ello habría ocurrido), a juicio de este Árbitro son insuficientes para tener por acreditada esa circunstancia.

c) En efecto, contrariamente a lo que dichos documentos asumen, la prueba acompañada por XX (Informe de TR9, pp. 12 y 13; Doc. 2.2.3.21) muestra que a comienzos del año 2003, es decir, después de la supuesta cancelación, la Compañía reconoció la existencia de un “grupo crítico” de 81 trabajadores que a esa fecha habían cumplido con los requisitos para jubilar bajo el plan o que estaban próximos a cumplirlos, de los cuales 40 solicitaron y recibieron un pago único de beneficios bajo el amparo del plan. Siguiendo la lógica de los Informes TR12 (párrafo K), Informe de TR10 (p. 21) e Informe de TR11 (pp. 10, 24 y 29), hacia fines de 2002 los trabajadores del “grupo crítico” eran sólo *participantes* del plan que tenían una mera expectativa de percibir sus beneficios, por lo que si la cancelación del plan hubiese efectivamente ocurrido, esos trabajadores no habrían tenido derecho a recibir pago alguno. De esto se sigue que los pagos realizados por TR4 a los trabajadores del “grupo crítico”, que se extendieron desde 2003 a 2010, constituyen una práctica prolongada e inconsistente con la cancelación del plan, que impide a este Árbitro tener por acreditada dicha cancelación sobre la base de los documentos invocados por ZZ. Aunque los expertos don D.V. (declaración oral, p. 10) y don L.B. (declaración oral, pp. 5 y 6) sugirieron que los pagos referidos se habrían debido a una liberalidad o incluso a un error de la Compañía, esas solas afirmaciones son insuficientes para contrarrestar lo señalado en los comprobantes respectivos (Doc. 2.2.3.21), que establecen explícitamente que tales pagos se realizaron “de acuerdo al plan de pensiones”, sin hacer ninguna reserva respecto a que éste había sido cancelado.

d) En consecuencia, no es posible para este Árbitro tener por acreditada la cancelación del plan, sin perjuicio de que las partes están de acuerdo en que éste al menos dejó de ofrecerse hacia fines de 2002.

147. En cuanto a la existencia de *participantes* que puedan beneficiarse del plan de pensiones, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) El plan de pensiones distingue tres clases de trabajadores a efectos de delimitar su cobertura (Doc. 2.2.3.12, Artículo II): **(i)** el *empleado*, definido como “[c]ualquier persona que preste sus servicios a la Compañía que sea de planta y de tiempo completo”; **(ii)** el *participante*, definido como “[c]ualquier empleado que por satisfacer los requisitos establecidos en el Artículo III, inciso 1, de este Plan sea un acreedor potencial de los beneficiarios (sic) del mismo y cuya afiliación al mismo no hubiese terminado como resultado

de lo especificado en el Artículo III, inciso 2°; y (iii) el *jubilado*, definido como “[c]ualquier persona que por haber sido partícipe de este Plan y cumpliendo los requisitos para jubilarse, se encuentra recibiendo una pensión de jubilación del presente Plan”. De estas definiciones se desprende que el plan de pensiones beneficia únicamente a aquellos *participantes* que cumplan con los requisitos para jubilar, de manera que mientras no los cumplan tienen una *mera expectativa*.

b) Para ser *participantes*, a su vez, los *empleados* deben reunir los siguientes requisitos (Doc. 2.2.3.12, Artículo III): (i) “[s]er empleado de planta y tiempo completo y prestar sus servicios bajo contrato individual de trabajo”; (ii) “[t]ener tres años de servicio en la Compañía”; (iii) “[n]o encontrarse cubierto por ningún otro Plan de Jubilación en vigor en la Compañía, exceptuando los beneficios establecidos por la Ley del Seguro Social y cualquier tipo de disposiciones legales o contractuales que en la materia existan o llegaren a existir”; (iv) “[p]resentar a la Compañía solicitud debidamente requisitada proporcionando todos los datos que ésta requiera para sus registros y archivos, y aceptando sin reserva todos los términos y condiciones del Plan”; y (v) “[e]l empleado participará en el Plan a partir del día inmediato siguiente a la fecha en que haya cumplido con todos los requisitos anteriormente señalados”. De estos requisitos se desprende que para ser *participante* no basta con tener una determinada situación laboral, sino que además es necesaria una manifestación expresa de voluntad en orden a aceptar el plan ofrecido por la Compañía.

c) XX alega en su demanda que, como el plan nunca fue formalmente cancelado, los trabajadores de TR4 todavía podrían acceder a sus beneficios, lo que supondría un costo para la Compañía que no fue debidamente provisionado en sus estados financieros. De acuerdo a lo explicado anteriormente, resulta evidente que no todos los *empleados* de TR4 pueden ser beneficiarios del plan, sino sólo aquellos que tengan la calidad de *participantes*. A ello se agrega la circunstancia de que mientras los participantes no jubilen sólo tienen una mera expectativa de percibir los beneficios, expectativa que puede incluso perderse si concurre alguno de los supuestos contemplados en el Artículo III.2 del plan. Para que la infracción reclamada por XX sea entonces plausible, resulta indispensable acreditar, a lo menos, la existencia de trabajadores *participantes* del plan de pensiones que tengan la expectativa de acceder a sus beneficios.

d) La prueba aportada por XX en este punto ha sido, sin embargo, insuficiente. No existe en el expediente ningún antecedente que acredite que los empleados de TR4 son participantes del plan, ni siquiera respecto de aquellos que trabajan en la Compañía desde antes que el plan dejara de ofrecerse. El único indicio a este respecto es el Informe de TR9 (p. 13), según el cual existirían 35 empleados del “grupo crítico” (distintos de los 40 que ya recibieron un pago único) que ya habrían cumplido con los requisitos para jubilar y que por tanto serían acreedores de los respectivos beneficios. Con todo, aun asumiendo como cierto que tales trabajadores son participantes del plan, no existe ningún antecedente que permita determinar su identidad, antigüedad, edad y salario, todos ellos factores indispensables para aplicarles el plan (Doc. 2.2.3.12, Artículos II.16, II.19, V y VI). De este modo, aun cuando pudiese tenerse por cierta la existencia de trabajadores con derechos devengados a los beneficios del plan, resulta imposible determinar la magnitud de los pagos que tendrían que hacerse por ese concepto. Esta circunstancia impide no sólo tener por acreditada la infracción, sino también el pasivo contingente alegado por XX. Cabe advertir que la demandante logró demostrar que entre los años 2003 y 2010 hubo 40 participantes que recibieron pagos por concepto del plan (Doc. 2.2.3.21), por lo que no le era imposible ni difícil acreditar la existencia de nuevos trabajadores en similares condiciones.

148. En vista de que no ha sido posible constatar la existencia de una infracción en relación al primer aspecto del reclamo de XX, corresponde analizar el segundo aspecto del mismo. Como se ha señalado, los estados financieros de TR4 contienen una provisión por pensiones adeudadas a 18 trabajadores jubilados bajo el plan. XX sostiene que dicha provisión habría sido mal efectuada debido a que la antigua administración de TR4 habría aplicado una excesiva tasa de descuento al cálculo actuarial de las pensiones, lo que habría obligado a ajustar los estados financieros por un monto neto de US\$1.195.000. La defensa de ZZ en este punto se basa principalmente en la falta de prueba de la infracción.

149. El principal antecedente que daría cuenta de esta infracción es un memorándum preparado por el señor H.H., funcionario de la gerencia de Contraloría de TR4 (Doc. 2.2.3.01). En esencia, dicho documento explica lo siguiente: “La administración de la compañía venía contemplando un proceso de otorgar al personal que había adquirido el derecho de la pensión a diciembre del 2002, un pago único al 50% del costo total adquirido a la fecha de la negociación, con lo cual finiquitó los compromisos adquiridos de 147 personas que representaron el 89% del costo de los derechos de los empleados adquiridos a esa fecha. Actualmente se tienen 18 personas disfrutando el beneficio del plan de pensiones. Derivado de lo anterior, y hasta el cierre del ejercicio del año 2010 se venía considerando en los supuestos de las hipótesis actuariales una tasa de descuento post jubilatoria del 20% anual, sustentado en que el beneficio adquirido por los jubilados a Diciembre del 2002 se venían negociando al 50% del costo total. Al cierre del ejercicio 2011, la administración realizó un ajuste a los resultados de ejercicios anteriores por \$21.159.952 pesos, derivado del cambio en la tasa de descuento al pasar del 20% al 7.75%, bajo el criterio de que los 18 pensionados ya vienen recibiendo del pago de las rentas mensuales de forma constante y difícilmente van aceptar el pago al 50% de un derecho ya adquirido”.

150. Para sustentar estas afirmaciones el memorándum del señor H.H. dice adjuntar un extracto del informe actuarial preparado al cierre del ejercicio 2011, “donde se determinó el pasivo a reconocer en el balance general, originado por el ajuste a la variable de la tasa de descuento”. Dicho informe, sin embargo, no fue anexado al memorándum. Este Árbitro ha revisado los informes preparados por TR15 para los años 2008 a 2012 (Docs. 2.2.3.04 a 2.2.3.07) con el objeto de verificar lo señalado por el señor H.H., pero ello no ha sido posible. En efecto, tales informes no muestran que se hayan realizado cambios en el cálculo actuarial de las pensiones ni aportan indicios de las razones dadas por el señor H.H. para justificar el ajuste realizado al cierre del ejercicio 2011. De este modo, a falta de antecedentes independientes, no es posible para este Árbitro dar por establecida la infracción que, según XX, motivó el ajuste a los estados financieros de TR4.

C. CONCLUSIÓN

151. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

X. PROVISIÓN POR DEVOLUCIONES DE INVENTARIOS CON XX DE C.V.

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

152. XX sostiene que antes de la compra de TR, su filial XX de C.V. distribuía productos farmacéuticos, de salud, belleza, consumo, mercaderías generales y publicaciones a TR4, existiendo entre ambas una serie de cuentas que debían reflejarse en sus estados financieros. Uno de los aspectos que esas cuentas detallaban eran las devoluciones que habitualmente se producían de las mercaderías distribuidas por la filial, las que debían ser debidamente respaldadas. El reclamo de XX

se funda en que los estados financieros de TR4 habrían subvalorado las cuentas por pagar a la filial, pues dichas cuentas incluían devoluciones de inventario que no estaban debidamente respaldadas.

153. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) inexistencia de infracción contable, (ii) el reclamo se funda en norma contable errada y (iii) ausencia de prueba de la infracción y del perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

154. En esencia, esta infracción alegada por XX se refiere a una hipótesis de pasivo subvalorado. En particular, la deuda de TR4 con su proveedor de productos farmacéuticos sería mayor a la registrada en los estados financieros debido a que no existen antecedentes que demuestren la extinción de esa deuda por concepto de devolución de inventarios; a fin de corregir esta situación, la administración de TR4 habría efectuado una provisión en los estados financieros de 2010 y 2011.

155. La principal defensa de ZZ en este punto consiste en señalar que, si bien no existe respaldo de las devoluciones, los productos habrían sido efectivamente restituidos al proveedor. De este modo, el reclamo de XX no constituiría una infracción contable, sino simplemente un problema de respaldo de las referidas devoluciones.

156. Si bien es cierto que la sola alegación de falta de respaldo no es suficiente para tener por configurada la infracción que aquí se analiza, los informes de auditoría interna de TR4 (Docs. 2.2.4.01, 2.2.4.03 y 2.2.4.04) son, en opinión de este Árbitro, un claro indicio de que el procedimiento de devolución de mercaderías de la Compañía sufrió percances que impidieron el registro adecuado de dichas devoluciones, situación que fue detectada al cierre del ejercicio del año 2009, esto es, antes de la celebración del Contrato.

157. Atendido lo anterior, y en circunstancias que los problemas que originaron esta contingencia provienen del período en que TR4 no era administrada por XX, este Árbitro estima que es carga de ZZ acreditar los supuestos de su excepción, esto es, que las mercaderías en cuestión fueron efectivamente devueltas al proveedor de TR4 o cualquier otra circunstancia que permita justificar la extinción de la deuda con ese proveedor.

158. Los antecedentes del proceso no permiten alcanzar esa conclusión. Por el contrario, según se ha dicho, todo indica que el sistema de devolución de inventarios de TR4 efectivamente experimentó los problemas de registro que fundan el reclamo de XX, según dan cuenta los informes emanados de la propia gerencia de TR4 en una época anterior al Contrato (Docs. 2.2.4.03 y 2.2.4.04).

159. La infracción alegada por XX resulta entonces plausible, pues no existen antecedentes que justifiquen la disminución de la cuenta por pagar al proveedor de TR4 en cumplimiento con los criterios recogidos en el Boletín C-9 (respecto de los Estados Financieros) y en la norma IFRS 9 (respecto de los Estados Financieros Interinos).

C. FALTA DE PRUEBA

160. El reclamo de XX recae en la existencia de un pasivo subvalorado en la contabilidad de TR4. Si bien XX tiene legitimación activa para demandar indemnización por perjuicios ocasionados a las Compañías (cláusula 10.3 del Contrato), tratándose de un pasivo subvalorado ese derecho exige que TR4 haya incurrido en un desembolso efectivo para hacer frente al pasivo o, si así no fuera, que a lo menos justifique una probabilidad alta de que deberá hacerlo en el futuro (considerando 42).

161. Este Árbitro no ha podido advertir ninguno de los dos supuestos. En efecto, XX no alegó haber incurrido en gastos a raíz de esta contingencia y tampoco existen antecedentes que así lo sugieran. Por otra parte, los mismos informes acompañados por XX (Docs. 2.2.4.01, 2.2.4.03 y 2.2.4.04) muestran que la administración de TR4 enfrentó la contingencia mediante provisiones en

los estados financieros que representan una *estimación aproximada* de lo que tendría que pagar la Compañía en caso que la deuda se cobre, lo que se explicaría por la misma dificultad de identificar y registrar las devoluciones.

162. En este escenario es imposible calificar como suficientemente cierta la posibilidad de que TR4 deba realizar un pago y menos aún el monto que ese pago tendría, lo que impide calificar la contingencia como un daño indemnizable bajo el Contrato.

D. CONCLUSIÓN

163. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, **(i)** se rechazará la excepción de inexistencia de infracción y **(ii)** se acogerá la excepción de falta de prueba. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX.

XI. JUICIOS EN CONTRA DEL SEÑOR S.R.

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

164. XX plantea este reclamo por la falta de revelación en los anexos del Contrato de un conjunto de juicios que involucraron al antiguo director Corporativo de Negocios de TR, señor S.R. Sostiene la demandante que en junio de 2009 el señor S.R. exploró la posibilidad de que TR distribuyera un test que permitía predecir el sexo del feto, fabricado por la empresa norteamericana TR6. Luego de que las negociaciones con TR6 fracasaran, el señor S.R. y su cónyuge formaron la sociedad TR7, con el objeto de desarrollar un producto similar al de TR6. Este hecho llevó a que TR6 presentara una demanda en contra del señor S.R., su cónyuge y TR por infracciones a deberes de confidencialidad, enriquecimiento ilícito y uso fraudulento de información comercial, entre otras imputaciones. En marzo de 2010, una vez conocida la denuncia de TR6, la administración de TR inició una investigación interna que terminó con el despido del señor S.R. Asimismo se decidió solucionar el conflicto con TR6 mediante un avenimiento, el que fue firmado en julio de 2010. En paralelo a estas acciones, en junio y agosto de 2010, respectivamente, el señor S.R. presentó en contra de TR una demanda laboral por despido injustificado y una demanda reconvenzional por difamación, esta última en el mismo juicio iniciado por TR6. XX sostiene que estos conflictos constituían pasivos contingentes que no fueron revelados en los anexos del Contrato ni en los estados financieros de TR, lo que se tradujo en una serie de gastos imprevistos para la nueva administración.

165. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: **(i)** caducidad parcial del reclamo, **(ii)** inexistencia de infracción por falta de conocimiento de los promitentes vendedores, **(iii)** inexistencia de infracción por falta de materialidad, **(iv)** inexistencia de infracción relativa a las demandas posteriores, **(v)** ausencia de perjuicio y **(vi)** el reclamo no se ha fundado en infracción a la cláusula 5.5.a. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

166. Conviene advertir que, de acuerdo con los hechos expuestos por las partes, el reclamo de XX se refiere a tres juicios que, aunque relacionados, tenían diversos objetos y causas de pedir (infracción a acuerdo de confidencialidad, despido injustificado y difamación). De esto se sigue que los perjuicios demandados por XX no derivan exclusivamente del conflicto con TR6, sino de tres juicios distintos vinculados a un mismo origen (ilícitos del señor S.R.). En consecuencia, las excepciones opuestas por ZZ se analizarán distinguiendo estos tres litigios, en concordancia con el orden previamente definido.

B. CADUCIDAD PARCIAL DEL RECLAMO

167. La discusión entre las partes en este punto se circunscribe a la tercera demanda vinculada a los conflictos entre TR y el señor S.R., interpuesta reconvenzionalmente por este último en el Distrito Este de Texas por una supuesta difamación perpetrada por TR. La defensa de ZZ se basa

esencialmente en que, a diferencia de la denuncia de TR6 y la demanda laboral intentada por el mismo señor S.R., esta tercera demanda no fue incluida por XX en su Carta de Reclamo, por lo que las pretensiones planteadas a su respecto serían inadmisibles en razón de caducidad. XX, por su parte, reitera que la cláusula décima del Contrato no impide modificar en la demanda la base y fundamento de sus reclamos y que, en todo caso, los efectos de la demanda del señor S.R. derivan directamente de los hechos descritos en la Carta de Reclamo.

168. Como se ha señalado (considerandos 29 a 31), la primera pregunta que plantea la regla de caducidad es por los antecedentes de la demanda que pudieron haber sido razonablemente expuestos por XX en su Carta de Reclamo, de manera que la demanda no se extienda a pretensiones que debieron haberse planteado en el plazo de 18 meses convenido por las partes.

169. Los antecedentes del proceso muestran que la demanda por difamación del señor S.R., notificada a TR el 18 de agosto de 2010 (Doc. 2.1.7.08), fue plenamente conocida por XX antes de su Carta de Reclamo. Así se desprende de los documentos acompañados por XX para acreditar los honorarios pagados a los abogados de TR (Doc. 2.1.7.10), según los cuales la Compañía realizó diversos pagos a firmas norteamericanas por el “caso señor S.R.” durante los años 2010 y 2011, después de la toma de control de TR y antes de la Carta de Reclamo; a juicio de este Árbitro, es indudable que a lo menos parte de estos pagos correspondieron a la asesoría legal por la demanda de difamación, pues a la época en que ellos se hicieron el conflicto con TR6 ya había terminado (Doc. 2.1.7.04).

170. Teniendo en cuenta este conocimiento de XX, que no fue negado por ésta durante el juicio, y la circunstancia de que la demanda reconventional del señor S.R. representaba una cuantía muy superior a las dos demandas anteriores, este Árbitro estima que dicha demanda debió haber sido a lo menos mencionada en la Carta de Reclamo. En vista de que ello no sucedió, las pretensiones asociadas a este concepto se tendrán por inadmisibles en razón de caducidad.

C. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

171. A continuación se analiza la defensa de inexistencia de infracción, con exclusión del reclamo relativo a la demanda por difamación del señor S.R., que se ha declarado inadmisibile por caducidad.

172. Respecto de la denuncia de TR6, son determinantes las siguientes consideraciones:

a) Ante todo, es importante tener en cuenta que la demanda presentada por TR6 en Texas no fue notificada a TR (según se encuentra reconocido por ambas partes). De esto se sigue que a esta contingencia le es aplicable la garantía establecida en el párrafo 7.b de la cláusula quinta del Contrato, referida a “amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de ser notificadas” que tengan un valor superior a UF 2.500 o que, teniendo un valor inferior, superen las UF 5.000 en su conjunto (considerando 19).

b) Los antecedentes del proceso muestran que a la fecha de celebración del Contrato la denuncia de TR6 era conocida por ejecutivos superiores de TR. Así se desprende de los documentos referidos al comité de ética de TR que investigó la situación (Docs. 2.1.7.01 y 2.1.7.11). En contraste, no existen antecedentes que acrediten que esta denuncia estaba en conocimiento de ZZ.

c) La pregunta que el reclamo de XX plantea es si ZZ *debía* tener ese conocimiento, de manera que le resulte imputable la no revelación de la demanda en el Anexo V.7.a del Contrato.

d) Como se señaló (considerando 19.b), la cláusula 5.7.b del Contrato no garantiza la revelación de cualquier demanda o amenaza, sino sólo de aquellas que hayan sido *conocidas* por ZZ a la fecha del Contrato. En este sentido, el propio Contrato define *conocimiento* como aquel que tuvieron los promitentes vendedores o que debieron haber tenido actuando

diligentemente respecto de las declaraciones que hacen referencia a este concepto. De la combinación de ambas cláusulas se desprende que a ZZ le era exigible tener conocimiento de amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de ser notificadas cuya cuantía superara los valores referidos.

e) La propia demanda de TR6 (Docs. 2.1.7.02 y 2.1.7.03) expresa que el valor estimado de la contingencia era cercano a las UF 1.700, por lo que, de acuerdo con el Contrato, no le era exigible a ZZ tener conocimiento de la misma.

f) Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando se estimare que ZZ conocía la demanda de TR6 en razón de su posición en el Contrato, de ello no se sigue que su falta de revelación constituya una infracción a la cláusula 5.7.b. En efecto, esa cláusula garantiza que, con excepción de las contingencias allí reveladas, no existen amenazas o demandas que superen los umbrales de UF 2.500 y UF 5.000, según sea el caso (considerando 19.b). En consecuencia, atendida la cuantía de la demanda de TR6, ZZ no estaba obligado a revelarla en caso que la conociera.

g) Finalmente, aunque el reclamo de XX se ubica dentro de las supuestas infracciones a la cláusula 5.7 del Contrato (“Litigios y Procedimientos Administrativos”), en sus escritos de discusión también alega que la no revelación de la demanda de TR6 constituiría una infracción a la cláusula 5.5 (“Cuentas Sociales”). En esencia, XX sostiene que la demanda también debió haber sido revelada en notas a los estados financieros de TR por tratarse de un pasivo contingente, afirmación que fue respaldada por los Informes CO4 (pp. 18 y 19) y CO Chile (p. 16). En contraste, el Informe CO1 (p. 23) sostiene que, de acuerdo con las normas de contabilidad aplicables, no era necesario revelar la demanda en los estados financieros, pues al cierre de éstos la contingencia de pérdida asociada a ella era remota. En opinión de este Árbitro, el hecho de que la demanda de TR6 no haya sido notificada a TR, tanto al cierre de los Estados Financieros Interinos como a la fecha en que éstos se confeccionaron, justifica la calificación de *contingencia remota* dada por el Informe CO1. De este modo, tampoco es posible concluir la existencia de una infracción contable por la no revelación de la demanda de TR6 en los estados financieros de TR.

173. Respecto de la demanda laboral del señor S.R., son determinantes las siguientes consideraciones:

a) Es pertinente considerar que la cláusula 5.7 garantiza la revelación de “litigios o procedimientos administrativos” y de “amenazas por escrito de acciones o demandas pendientes de notificación” existentes a la fecha del Contrato (considerando 19).

b) Como ha sido alegado por ZZ, a la fecha del Contrato el señor S.R. no había sido despedido de TR, por lo que mal podía existir la demanda por despido injustificado que luego interpuso contra la Compañía; en efecto, los documentos respectivos muestran **(i)** que el señor S.R. fue desvinculado de TR el día 2 de junio de 2010 (Doc. 2.1.7.06), **(ii)** que su demanda por despido injustificado fue presentada el 10 de junio de 2010 (Doc. 2.1.7.05) y **(iii)** que dicha demanda fue notificada a TR más de un mes después de su presentación (Doc. 2.1.7.05). De este modo, a la fecha del Contrato no existía más que la *situación* que dio origen al posterior despido del señor S.R., pero no una *demand*a ni una *amenaza* que hicieran exigible su revelación.

c) Sin perjuicio de lo anterior, se ha dicho en esta sentencia que la cláusula quinta del Contrato, en virtud de su alcance temporal, también obligaba a los promitentes vendedores a revelar información entre la fecha del Contrato y la Fecha de Cierre (considerando 19.c). Los documentos del proceso muestran a este respecto que el conflicto laboral con el señor S.R. fue revelado por ZZ en el Certificado Bring Down de 11 de agosto de 2010 (Doc. 1.1.05,

Anexo V.11.c), como también en los estados financieros interinos al 30 de septiembre del mismo año (Doc. E.7.2010.3, nota 22).

d) En consecuencia, no es posible establecer a este respecto la existencia de una infracción a la cláusula 5.7 del Contrato, como tampoco a la cláusula 5.5 del mismo.

D. CONCLUSIÓN

174. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerán las excepciones de caducidad parcial e inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

XII. LIQUIDACIÓN Y GIRO POR EXCESIVA DEPRECIACIÓN TRIBUTARIA

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

175. XX sostiene que, a raíz de una revisión efectuada el año 2010 respecto de los años tributarios 2008 y 2009, el SII constató que Inmobiliaria TR S.A. había aplicado una aceleración excesiva a la depreciación de su centro de distribución, infringiendo lo establecido en la Ley de Impuesto a la Renta. Por este motivo, el SII giró a la sociedad impuestos, reajustes, intereses y multas. Según XX, este hecho no fue revelado en los anexos del Contrato y habría obligado a la nueva administración a efectuar una provisión durante los ejercicios 2010 y 2011, ocasionando con ello perjuicios a la demandante.

176. ZZ se opone a este reclamo invocando como excepción la ausencia de prueba de la infracción y de los perjuicios.

B. FALTA DE PRUEBA

177. En el párrafo 9.b de la cláusula quinta se garantizan tres cuestiones relacionadas, pero diferentes (considerandos 21 y 22). Este Árbitro entiende que la infracción reclamada por XX se refiere a la parte final del párrafo 9.b, que garantiza que a la fecha del Contrato no existen citaciones, liquidaciones o giros pendientes efectuados por las respectivas autoridades tributarias en relación a las declaraciones de impuestos presentadas por las Compañías, salvo por las reveladas en el anexo V.9.b. En efecto, la demanda de XX describe este reclamo en los siguientes términos: “El SII, a raíz de una revisión efectuada el año 2010 respecto de los años tributarios 2008 y 2009 (años comerciales 2007 y 2008) constató una aceleración excesiva de la depreciación del inmueble del centro de distribución de Inmobiliaria TR S.A., en Chile, y giró a la Compañía impuestos, reajustes, intereses y multas por haber efectuado una deducción improcedente para efectos tributarios. Este hecho no fue declarado ni en el Anexo V.9.b, infringiendo lo dispuesto en la cláusula quinta numeral 9 b”. Atendido, entonces, que el reclamo consiste en la no revelación del giro efectuado por el SII, resulta necesario determinar si ese giro existía a la fecha del Contrato de manera que su inclusión en el Anexo V.9.b fuera exigible.

178. De los documentos acompañados a este respecto, los únicos que dan cuenta del giro del SII son los tres “Formularios 21” que ordenan el pago de los \$226.217.318 alegados por XX (Doc. 2.1.8.01). Sin embargo, de estos antecedentes es imposible determinar la fecha en que el SII realizó el cobro. La única fecha que en ellos consta es aquella en que debían pagarse los montos girados (31 de octubre de 2010), la que no sólo es posterior al Contrato sino también a la Fecha de Cierre.

179. En estas circunstancias, este Árbitro no tiene otra alternativa que rechazar el reclamo de XX por falta de antecedentes que acrediten la infracción.

C. CONCLUSIÓN

180. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de falta de prueba. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX.

XIII. TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO DEL SEÑOR J.W.

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

181. XX afirma que con fecha 28 de mayo de 2010 TR puso término por mutuo acuerdo al contrato de trabajo celebrado con don J.W., quien se desempeñaba como gerente de Precios de la Compañía y fue además testigo clave en el caso de colusión de las farmacias. Dicha terminación se haría efectiva el 31 de octubre de ese año. El mismo 28 de mayo de 2010 TR suscribió un contrato de consultoría con la sociedad TR8, de propiedad del señor J.W., el que comenzaría a regir al día siguiente en que el señor J.W. dejara de trabajar en la empresa. Alega la demandante que este contrato de consultoría fue en verdad un vehículo para encubrir una indemnización voluntaria a favor del señor J.W., la que no fue revelada en los anexos del Contrato. La situación también es descrita por la demandante como contraria a la buena fe y al espíritu de la cláusula 3.10 del Contrato, que obligaba a TR a abstenerse de celebrar contratos que no fueran necesarios para el curso ordinario del negocio por un monto superior a UF 2.500, límite apenas superior al precio del contrato de consultoría.

182. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) inexistencia de infracción, (ii) incompetencia, (iii) inexistencia de infracción a la buena fe y (iv) ausencia de perjuicio. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

183. En esencia, el reclamo de XX consiste en la no revelación del contrato de consultoría celebrado entre TR y la sociedad TR8, lo que constituiría una infracción a dos cláusulas del Contrato: (i) por una parte, el contrato de consultoría sería calificable como una indemnización voluntaria superior a la legal que TR comprometió pagar al señor J.W. (a través de su sociedad), la que debía revelarse en el listado de empleados con derecho a tal indemnización contenido en el Anexo V.11.f del Contrato; (ii) por otra parte, el contrato de consultoría también infringiría el espíritu de la cláusula 3.10 del Contrato, que obligaba a TR a no celebrar, por un determinado lapso, contratos que no fueran necesarios para el curso ordinario del negocio por un monto superior a UF 2.500, a menos que ello fuera autorizado por el promitente comprador; la infracción a esta cláusula se expresaría en que el precio del contrato de consultoría sería, sospechosamente, apenas UF 34 inferior al umbral establecido en la cláusula, a lo que se suma el hecho de que ninguno de los servicios en él previstos habría sido prestado.

184. Aunque la indemnización solicitada por XX deriva únicamente de la supuesta infracción a la cláusula 5.11.f del Contrato (pues su demanda se funda en inexactitudes o falsedades de las declaraciones y garantías), este Árbitro también analizará, conjuntamente, la pretendida infracción a la cláusula 3.10.

185. La cláusula 5.11.f garantiza la verdad y completitud de una *lista* de empleados con derecho a pagos en razón de cambio de control, *stock options* o indemnizaciones laborales superiores a las legales (considerando 25). La cláusula no se refiere al contenido, características o efectos de esa información, de modo que el cumplimiento de la garantía se limita a determinar (i) si existen antecedentes no incluidos en la lista que deban haberlo sido, (ii) si los antecedentes incluidos en la lista son parciales o incompletos, o (iii) si los antecedentes incluidos en la lista son inexistentes. Aunque el contrato de consultoría cuestionado por XX (Doc. 2.1.9.02) es posterior a la fecha del

Contrato (circunstancia que explica su no inclusión en el Anexo V.11.f), el análisis de este Árbitro se centrará en los argumentos con que XX fundamenta su reclamo.

186. La única manera de tener por incumplida la garantía referida es determinando que los pagos comprometidos por TR a Asesorías TR8 deben calificarse como una indemnización voluntaria encubierta a favor del señor J.W. Los principales documentos acompañados por XX a efectos de probar esta alegación son (i) el término y posterior finiquito del contrato de trabajo celebrado entre TR y el señor J.W. (Doc. 2.1.9.01), (ii) el contrato de consultoría celebrado entre TR y TR8 el mismo día en que se puso término a la relación laboral (Doc. 2.1.9.02), (iii) el detalle de los pagos realizados a TR8 (Doc. 2.1.9.05) y (iv) los escritos de observaciones a la prueba presentados por TR16 y TR17 ante el TDLC que mostrarían el papel clave que jugó el señor J.W. en el caso de colusión de las farmacias (Docs. 2.1.9.03 y 2.1.9.04).

187. XX argumenta que de estos antecedentes se desprenderían tres indicios que revelarían la verdadera naturaleza de los pagos realizados a la sociedad del señor J.W.: (i) el hecho de que el contrato de consultoría haya sido celebrado el mismo día del término de la relación laboral y a un precio apenas inferior al umbral establecido en la cláusula 3.10 del Contrato; (ii) el hecho de que ninguno de los servicios comprometidos en el contrato de consultoría haya sido prestado; y (iii) la circunstancia de que el señor J.W. haya sido un testigo clave en el caso de colusión de las farmacias, lo que obligaba a TR a mantener buenas relaciones con él tras el término de su contrato de trabajo.

188. Los documentos acompañados por XX no muestran por sí solos la existencia de una indemnización encubierta a favor del señor J.W. (como es esperable de cualquier antecedente al que se le imputa esa calificación), de modo que es necesario analizar si los indicios invocados por XX permiten a lo menos presumir la efectividad de dicha alegación.

189. A juicio de este Árbitro, diversas circunstancias impiden formular esa presunción:

a) Ante todo, el Anexo V.11.f del Contrato muestra que los promitentes vendedores revelaron los nombres de diversos ejecutivos que recibirían indemnizaciones superiores a las legales, algunos de los cuales también intervinieron como testigos en el caso de colusión de las farmacias. En tanto XX ha alegado que la indemnización del señor J.W. fue encubierta por el contrato de asesoría aparente, los antecedentes del proceso debieran dar indicios, a lo menos, de las eventuales razones que ZZ habría tenido para excluir al señor J.W. de esa nómina y darle un tratamiento distinto a los demás ejecutivos.

b) Aunque los expertos de XX declararon que los servicios del contrato de consultoría no se habrían prestado (declaración oral de don G.J., pp. 34 y 35; declaración oral de don A.X., pp. 63 y 64), conviene recordar que dicho contrato también remuneraba una obligación de no competir por parte del señor J.W. y TR8 (Doc. 2.1.9.02, cláusulas tercera y cuarta). En circunstancias que no existen antecedentes de que esta obligación se haya incumplido, no es posible afirmar que los pagos efectuados en virtud del contrato cuestionado hayan carecido de justificación.

c) También debe recordarse que los servicios de consultoría comprometidos por la sociedad TR8 serían prestados “a solicitud de TR” (Doc. 2.1.9.02, cláusula segunda) a partir de una fecha posterior al cambio de control (Doc. 2.1.9.02, cláusula primera). De esto se sigue que la no prestación de esos servicios no puede ser tenida por indicio de encubrimiento de ZZ, sino como una decisión de riesgo de la nueva administración de TR.

d) Por último, el hecho de que el precio del contrato de consultoría sea apenas UF 34 inferior al umbral contemplado en la cláusula 3.10 del Contrato tampoco es *per se* indicio de fraude o mala fe. Tiene razón ZZ, en opinión de este Árbitro, al alegar que la definición de ese umbral muestra que las partes acordaron permitir la celebración de contratos cuyo monto

fuera inferior a ese umbral, y no existen antecedentes que justifiquen apartarse del texto contractual. Por lo mismo, tampoco es posible concluir una infracción a la cláusula 3.10 referida.

190. En definitiva, una simulación como la alegada por XX exige acreditar indicios graves, precisos y concordantes que permitan presumir la efectividad de la alegación. Las circunstancias señaladas precedentemente impiden formular esa presunción, de manera que se tendrá por establecida la inexistencia de las infracciones reclamadas.

C. CONCLUSIÓN

191. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

XIV. PLAN DE RETENCIÓN DE EJECUTIVOS (CHILE)

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

192. XX sostiene que con fecha 4 de marzo de 2010 el Directorio de TR acordó implementar un plan de retención para ejecutivos principales de las Compañías Chilenas y Mexicanas. La implementación del plan se realizó a través de diversos actos que culminaron en un convenio colectivo de fecha 3 de mayo de 2010, cuyos términos diferían sustancialmente de lo acordado por el Directorio a comienzos de marzo, generando un costo significativamente mayor para la Compañía. XX alega que dicho plan fue revelado de manera incompleta e inexacta por los promitentes vendedores, ocasionando con ello gastos imprevistos en perjuicio de la demandante.

193. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) inexistencia de infracción, (ii) ausencia de perjuicio y (iii) cualquier perjuicio ha tenido como causa y origen actos de XX. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

194. De acuerdo a lo señalado en el considerando 25, los párrafos 11.d y 11.f de la cláusula quinta del Contrato tienen un elemento en común: lo que en ellas se garantiza es la verdad y completitud de una *lista* de determinados antecedentes (contratos y/o convenios colectivos vigentes, procesos de negociación colectiva en curso y empleados con derecho a ciertos pagos) y no el contenido, características o efectos de los mismos. De esto se sigue que el cumplimiento de estas garantías supone básicamente determinar, conforme al tenor de la cláusula, (i) si existen antecedentes no incluidos en las listas que deban haberlo sido, (ii) si los antecedentes incluidos en las listas son parciales o incompletos, o (iii) si los antecedentes incluidos en las listas son inexistentes. El contenido, características o efectos de tales antecedentes no están cubiertos por estas garantías, de manera que el riesgo de su desconocimiento es, en principio, del promitente comprador.

195. Lo anterior permite establecer que el objeto de las garantías analizadas es la revelación de cierta información objetiva, traspasando al promitente comprador la carga de investigar su contenido, características y efectos, lo que es coherente con un proceso de *due diligence* como el que antecedió a la celebración del Contrato. En efecto, pese a no tener un efecto generalmente vinculante (considerando 8), ese *due diligence* sirvió de antecedente para que XX revisara y conociera “la información y documentación financiera, contable, operacional, legal, tributaria, de recursos humanos, permisos y de sistemas de las Compañías” (párrafo 33 de las Definiciones del Contrato).

196. Con todo, este Árbitro estima que la sola confección de los Anexos V.11.d y V.11.f no agota las obligaciones de ZZ bajo estas garantías contractuales. En efecto, debe recordarse que las

declaraciones y garantías tienen por finalidad equilibrar una situación de asimetría de información (considerando 4), en atención a que la mayoría de los antecedentes de que el promitente comprador debe proveerse se encuentran bajo el control del promitente vendedor. De esto se desprende que las garantías aquí analizadas también imponen al promitente vendedor, además del deber de revelación, una obligación secundaria e implícita de poner a disposición de su contraparte la información que ésta no poseía a fin de permitirle revisar su contenido, características y efectos. La pregunta que debe responderse, entonces, no es sólo si las listas contenidas en los Anexos V.11.d y V.11.f son completas y verdaderas, sino además si ZZ puso a disposición de XX, en el proceso de *due diligence*, los antecedentes necesarios para revisar y conocer la información revelada en los anexos.

197. De una revisión de los documentos pertinentes (Docs. 1.1.02 y 2.1.10.04) se desprende (i) que el convenio colectivo de 3 de mayo de 2010 fue revelado en el Anexo V.11.d y (ii) que la lista de los trabajadores beneficiados por el mismo fue revelada en el Anexo V.11.f (“empleados con pagos por cambio de control”). XX ha alegado, sin embargo, que esta revelación habría sido incompleta e insuficiente, pues no precisaba quiénes eran los beneficiarios del convenio colectivo ni cómo o cuánto se les pagaría. En concordancia con lo señalado en el considerando anterior, corresponde analizar si los antecedentes subidos por ZZ al *data room* permitían a XX examinar los aspectos del plan de retención de ejecutivos cuyo desconocimiento alega.

198. En la materia, las partes acordaron una convención probatoria (fs. 807) sobre los siguientes puntos: (i) el 29 de marzo de 2010 se incluyó en el *data room* una minuta explicativa del convenio colectivo, la que fue accedida por asesores de XX pertenecientes a los estudios de abogados AB14, AB15, y a auditores CO7; (ii) el 4 de mayo de 2010 se incluyó en el *data room* el convenio colectivo, el que fue accedido por asesores de ZZ pertenecientes al estudio de abogados AB16; (iii) el 23 de abril de 2010 se incluyeron en el *data room* los documentos denominados “Simulación Valor Base Plan de Retención Top Managers”.

199. Aunque es cierto, como alega XX, que el convenio colectivo fue subido al *data room* con escasa anticipación a la firma del Contrato y que la convención probatoria no asegura que haya sido accedido por asesores de XX, los documentos individualizados en los puntos (i) y (iii) precedentes permitían, a juicio de este Árbitro, conocer todos los aspectos relevantes del plan de retención. En efecto, la minuta explicativa (fs. 1521), que fue subida al *data room* más de 45 días antes de la firma del Contrato, describe el plan de retención en términos esencialmente idénticos a lo señalado en el convenio colectivo (Doc. 2.1.10.04), particularmente en cuanto a sus beneficiarios, valores, base de cálculo y condiciones de aplicación. Por su parte, el documento “Simulación Valor Base Plan de Retención Top Managers” (fs. 1525), subido al *data room* casi un mes antes de la firma del Contrato, detalla la remuneración promedio mensual de cada uno de los ejecutivos beneficiarios del plan de retención, que es la misma base de cálculo definida en la minuta y recogida en el convenio colectivo. De estos antecedentes se sigue, en definitiva, que ZZ cumplió con la obligación implícita referida en el considerando 196 y que no infringió las garantías previstas en los párrafos 11.d y 11.f de la cláusula quinta del Contrato.

200. XX también alega en su demanda que el plan de retención de ejecutivos constituía un pasivo contingente que debía revelarse en notas en los estados financieros de TR, de modo que su omisión constituye una infracción a la garantía 5 de la cláusula quinta del Contrato. Es efectivo, como se expone en los Informes CO Chile (p. 19) y CO4 (pp. 22 y 23), que los pasivos contingentes de una compañía deben revelarse en sus estados financieros bajo ciertas condiciones y que el no hacerlo puede constituir una infracción de carácter contable. Sin embargo, este Árbitro estima que el costo asociado al plan de retención no puede imputarse a tal infracción. En efecto, se ha visto en los considerandos anteriores que el plan de retención fue debidamente revelado en los anexos V.11.d y

V.11.f del Contrato y que XX contó con antecedentes suficientes para conocer los términos y condiciones del mismo. De esto se sigue que, de manera similar a lo ocurrido respecto de las multas laborales (considerandos 119 y 120), los costos que TR tuvo que soportar por el plan de retención no fueron una contingencia imprevista, sino un pasivo asumido por la nueva administración en virtud del Contrato.

C. CONCLUSIÓN

201. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

XV. PLAN DE RETENCIÓN DE EJECUTIVOS (MÉXICO)

A. SÍNTESIS DEL RECLAMO

202. XX sostiene que el plan de retención acordado por el Directorio de TR también benefició a ejecutivos principales de las Compañías Mexicanas. En este caso el plan no fue implementado a través de un convenio colectivo sino mediante modificaciones a los respectivos contratos de trabajo. De todos modos el reclamo de XX es esencialmente el mismo: el plan implementado habría sido significativamente más caro que el acordado por el Directorio de TR y su revelación habría sido incompleta e inexacta.

203. ZZ se opone a este reclamo invocando las siguientes excepciones: (i) inexistencia de infracción, (ii) ausencia de perjuicio y (iii) cualquier perjuicio ha tenido como causa y origen actos de XX. Estas excepciones serán analizadas según el orden definido en el considerando 60.

B. INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN

204. Como se ha señalado, este reclamo de XX es igual al anterior, con la salvedad de que el plan de retención que benefició a los ejecutivos señores B.F. y M.P. no fue celebrado mediante un convenio colectivo sino mediante anexos (“convenios modificatorios”) a sus respectivos contratos de trabajo. Por esta razón, la infracción alegada por XX se refiere sólo a la cláusula 5.11.f del Contrato y no a la 5.11.d. Sin perjuicio de ello, a efectos de resolver este reclamo resultan aplicables las argumentaciones de los considerandos 194 a 200 precedentes.

205. Teniendo en cuenta lo anterior, este Árbitro advierte que los señores B.F. y M.P. fueron incluidos en la lista de trabajadores con pagos por cambio de controlador (Doc. 1.1.02), que corresponden precisamente a los beneficiarios del plan de retención. La pregunta que entonces debe responderse es si XX estuvo en condiciones de conocer el contenido y alcance del plan de retención respecto de estos ejecutivos.

206. Aunque la convención probatoria acordada por las partes (fs. 807) no se refiere a los convenios modificatorios suscritos con los señores B.F. y M.P., un análisis comparativo entre dichos convenios (Docs. 2.2.5.05 y 2.2.5.07) y la minuta explicativa (fs. 1521) permite concluir que, al igual que en el caso de los ejecutivos chilenos, XX estuvo en condiciones de revisar y conocer todos los aspectos del plan de retención para los ejecutivos mexicanos, particularmente en cuanto a sus beneficiarios, valores, base de cálculo y condiciones de aplicación. La única diferencia entre ambos documentos es que la minuta explicativa opera sobre una base de “remuneración bruta mensual”, mientras que los convenios modificatorios lo hacen sobre el concepto de “salario integrado”. Naturalmente, se trata de conceptos análogos cuya diferencia se explica por las distintas leyes aplicables en Chile y México, y no de una condición que haga más gravoso el plan de retención. Sin perjuicio de ello, el documento “Simulación Valor Base Plan de Retención Top Managers” (fs. 1526) detalla la “remuneración promedio mensual” de los señores B.F. y M.P. a efectos de aplicarles el

plan de retención. Por consiguiente, no es posible concluir la existencia de una infracción de ZZ a la cláusula 5.11.f del Contrato, como tampoco a su obligación implícita de proporcionar a XX los antecedentes necesarios para la adecuada revisión de la información revelada.

207. Por otra parte, XX también alega en la demanda que el plan de retención de ejecutivos no fue provisionado ni revelado en notas en los estados financieros de TR4, lo que supondría una infracción a la garantía 5 de la cláusula quinta del Contrato. Sin embargo, al igual que lo señalado respecto del reclamo anterior (considerando 200), de la circunstancia que el plan de retención haya sido debidamente revelado en el Anexo V.11.f del Contrato y comprobable en el *data room* virtual, se sigue que los costos que TR4 que tuvo que soportar por este concepto no fueron una contingencia imprevista, sino un pasivo asumido por la nueva administración en virtud del Contrato.

208. Por último, XX también ha alegado que el contrato de trabajo del señor B.F. le otorgaba una indemnización adicional a la legal en caso que la relación laboral terminara en forma voluntaria, indemnización que tampoco habría sido provisionada ni revelada en los estados financieros. Aunque este reclamo no fue incluido en la demanda y tampoco tiene una pretensión indemnizatoria asociada, de un análisis de los documentos pertinentes (Docs. 1.1.02 y 2.2.5.04) se desprende que la indemnización del señor B.F. fue revelada en el anexo V.11.f del Contrato con precisa indicación de su monto, por lo que también debe entenderse como un costo previsto y asumido por XX en virtud del Contrato.

C. CONCLUSIÓN

209. Atendido lo señalado en los considerandos precedentes, se acogerá la excepción de inexistencia de infracción. En consecuencia, se rechazará el reclamo de XX, siendo innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones invocadas.

III) RECAPITULACIÓN

210. De acuerdo a lo señalado en los considerandos 61 a 209 precedentes, se ha concluido en esta sentencia que existen dos reclamos de XX con fundamento y prueba suficientes para ser acogidos: (i) el reclamo por “créditos por impuestos a la renta pagados en el extranjero” (que ha sido parcialmente acogido) y (ii) el reclamo por “término de contrato de trabajo de doña P.D.”.

211. Conforme a lo expuesto en los considerandos 75 y 106, las infracciones atribuibles a ZZ por tales conceptos provocaron perjuicios a XX por \$579.711.391 y \$41.500.000, respectivamente, lo que equivale a \$621.211.391 en total.

212. De acuerdo a lo establecido en la cláusula 10.3 del Contrato, el monto de la indemnización debida a XX se limita al 43,1% del perjuicio (considerando 53). La aplicación de este límite al perjuicio referido da como resultado una indemnización de \$267.742.109.

213. Sin embargo, según lo señalado en el considerando 53, la cláusula 10.7 del Contrato establece que sólo habrá lugar al pago de indemnización cuando el monto de ésta exceda de UF 100.000.

214. Atendido que las partes no se pronunciaron expresamente acerca de la fecha relevante a efectos de determinar el valor de la UF y que este aspecto no se encuentra reglado en el Contrato, este Árbitro cuenta con diversas alternativas para establecer su valor, las que se extienden desde la fecha del Contrato hasta la fecha de la presente sentencia. Con todo, resulta innecesario adoptar una decisión sobre el punto, pues en todos los supuestos la indemnización atribuida a XX es entre ocho y nueve veces inferior al umbral de UF 100.000 referido.

215. De lo anterior se concluye que, aunque XX ha tenido motivos plausibles para presentar sus reclamos, lo acordado por las partes en el Contrato impide acoger su demanda.

216. En la presente sentencia sólo se ha hecho referencia a los antecedentes probatorios que han sido invocados por las partes en apoyo a sus alegaciones o que a este Árbitro han resultado especialmente relevantes para dar cuenta de los hechos disputados. Los antecedentes no referidos expresamente no modifican las conclusiones alcanzadas.

SE RESUELVE:

1. Se rechaza la demanda interpuesta por XX.
2. De conformidad con lo establecido en el Artículo 37 del Reglamento, no se condena en costas a XX por no haber sido totalmente vencida y por haber tenido motivos plausibles para litigar, de modo que cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades.
3. De conformidad con lo establecido en el Artículo 36.2 del Reglamento, fíjense los honorarios definitivos de este Árbitro en US\$110.000, de los cuales US\$34.917,74 fueron pagados por las partes a título de anticipo. Se deja constancia de que todos los demás gastos y costos del arbitraje fueron solventados por las partes, sin perjuicio de lo que corresponda pagar al CAM Santiago por concepto de tasa administrativa.

Autorícese la presente sentencia y notifíquese personalmente a los apoderados de las partes por medio de la Secretaría General del CAM Santiago.

Enrique Barros Bourie, Juez Árbitro.