

“INMOBILIARIA S.F. LIMITADA y otros (XXX)
con C. S. B. y Soc. de Inversiones P. Ltda. (ZZZ)”

ÁRBITRO ARBITRADOR: SR. JOSÉ TOMÁS GUZMÁN SALCEDO

20 de Octubre de 1999
Rol 108-98

SUMARIO: Incumplimiento de pacto de no competencia temporal en actividades empresariales definidas en el pacto. Constitucionalidad del pacto de no competir. Cuestión de legitimación procesal activa.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La controversia en la acción principal se radica en que los demandados formaron parte de la sociedad demandante desarrollando actividades y negocios en común. Por escritura pública del 15 de enero de 1998 ante el Notario Eduardo Pinto P., los demandados abandonaron la sociedad demandante cediendo todos sus derechos a los otros socios en dicha sociedad. En cláusula 8 del mismo instrumento público mencionado, se pactó la prohibición de los socios salientes —demandados en la causa— de competir, dentro o fuera del país, en las actividades empresariales de la sociedad a la cual pertenecieron —demandante principal en la causa—, directa ni indirectamente, personalmente o por interpósita persona, entendiéndose que la sociedad demandante principal se dedica al diseño, construcción, montaje y comercialización de jaulas, barcazas, plataformas de cosecha flotantes, silos de alimentación y todos los productos que hasta fecha señalada en el pacto haya comercializado la sociedad demandante. La prohibición se pactó por 15 meses contados desde el 1º de enero de 1998. Asimismo se pactó una cláusula penal de 3.350 U.F. para prevenir, recíprocamente, la eventual infracción a la prohibición.

La demandante acusa a los demandados de violación de la prohibición debido a que una tercera empresa vendió unas lámparas idénticas a las comercializadas por la demandante. Esta tercera empresa comparte oficinas, fax e instalaciones con los demandados y además uno de sus socios es hermano de la cónyuge de uno de los demandados. Se agrega que existió un fax enviado por el demandado principal a un cliente extranjero mediante el cual le comunica su separación de la empresa demandante principal y ofrece sus servicios coincidentes con los de la demandada, con la sola salvedad de la venta de jaulas hasta marzo de 1999.

En su contestación, los demandados descalifican a dos de los demandantes por carecer de legitimación procesal activa, ya que no fueron parte del pacto de no competencia temporal y niegan que hayan infringido el pacto por cuanto ni el vínculo de parentesco invocado por la demandante, ni el hecho de compartir oficinas constituyen pruebas. También afirmaron que la lámpara en cuestión sólo es similar, en apariencia, a la comercializada por la demandante. Agregaron que, aún cuando se estime que hubo infracción al pacto, ello habría importado el ejercicio de un derecho constitucional irrenunciable que tiene supremacía sobre cualquier convención.

En atención a lo sostenido, la parte demandante pidió se condenara al pago de la cantidad penal pactada.

En la demanda reconvenzional, esta parte refrenda su argumentación anterior, al pedir se declare la nulidad del pacto por adolecer de objeto ilícito por contravenir derechos constitucionales irrenunciables como son el derecho de propiedad, al trabajo y a ejercer una actividad económica. Además se pidió la condena al pago de \$ 20.000.000 por los gastos motivados por la demanda principal y por daño moral.

DOCTRINA: En cuanto al Derecho, que la obligación de no competir convenida entre las partes, por un tiempo breve y limitada a ciertas áreas de la actividad profesional no pugna contra derechos constitucionales. Que no es efectivo que la prohibición constituya renuncia al ejercicio de facultades inherentes a tales derechos porque si así fuera, todas las prohibiciones convencionales de enajenar y celebrar actos y contratos e incluso la constitución de ciertas garantías reales, serían contrarias a la Constitución. El principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes de un contrato establecer limitaciones a sus derechos que pueden consistir en obligaciones de no hacer, como es el caso de autos. De acogerse la tesis, significaría que la prohibición del art. 404 N° 4 del Código de Comercio que impide a los socios de la sociedad colectiva explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que opera la sociedad, es inconstitucional, o que la causal de despido por la ejecución por parte del trabajador de negociaciones dentro del giro de la empleadora que hubieren sido prohibidas consagrada en el N° 2 del art. 160 del C. del Trabajo, también sería inconstitucional.

El pacto de no competir encuentra su causa en la decisión libremente convenida por las partes de dividir las áreas de actividad que antes fueron comunes. La prohibición convenida por las partes en el pacto, si bien significa una limitación temporal del ejercicio de la actividad empresarial, no afecta a los derechos en su esencia.

En cuanto a los hechos controvertidos, aún cuando no se haya probado fehacientemente la violación al pacto prohibitorio, el árbitro adquirió la convicción de que los demandantes siguieron ejerciendo las actividades que le estaban vedadas en virtud del pacto. El sentenciador arriba a tal convicción por el conjunto de circunstancias no desmentidas, como son que los demandados compartan oficinas y fax con la empresa vendedora de la lámpara, el fax enviado al cliente extranjero, el diseño, construcción y montaje de un pontón de silo, la ejecución de trabajos de montaje de jaulas balsas y otros hechos de los demandados citados en la sentencia. El sentenciador advierte que, en su calidad de arbitrador, pondera la prueba conforme al sentido que la prudencia y equidad le indican y que aprecia los medios de prueba en conciencia y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En cuanto a la cuestión de carencia de legitimación procesal activa planteada por los demandados, siendo la sociedad demandante principal una persona jurídica distinta de las de sus socios, no puede aceptarse que estos últimos tengan derecho a impetrar derechos o acciones que sólo corresponden a la sociedad de la cual forman parte por haber sido ésta y no aquellos los partícipes en el pacto de no competir.

4.- SENTENCIA.

SANTIAGO, 20 de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos:

- 1.- A fs. 40, don Carlos Zepeda Hernández y don Cristián Cortés Poo, ambos abogados y en representación de don J. M. F. y de las Sociedades Inmobiliaria S. F. Ltda. y Serv. e Inv. M. Ltda, —XXX— todos con domicilio en esta ciudad, calle M.C. 64, 3er. Piso, deducen demanda de cobro de pesos en juicio arbitral en contra de don C. S. B. y de su representada, la Soc. de Inversiones P. Ltda. —ZZZ—, ambos domiciliados en Avda. Salvador N° 1330 de esta ciudad a objeto de que sean condenados a pagar solidariamente a XXX la cantidad de 3.350 Unidades de Fomento.
- 2.- Fundan la acción deducida en el incumplimiento por parte de los demandados de la obligación establecida en la cláusula octava del Contrato de Compraventa de Acciones de XXX a ZZZ, celebrado por escritura pública de 15 de enero de 1998 en la Notaría de don Eduardo Pinto P., mediante la cual los demandados se obligaron a no competir, dentro o fuera del país, con XXX, ni directa ni indirectamente, personalmente o por interpósita persona, entendiéndose que la última sociedad mencionada se dedica al diseño, construcción, montaje y comercialización de jaulas, barcasas, plataformas de cosecha flotantes, silos de alimentación y todos los productos que hasta la fecha del contrato haya comercializado XXX. La prohibición de competir fue establecida por un período de 15 meses contados desde 1° de enero de 1998 y se justificó en el hecho que los señores J. M. F. y C. S. B. concluyeron a fines de 1997, antiguas relaciones comerciales mediante la reasignación de la propiedad de las sociedades, XXX, Talleres de R. Ltda y Transportes del S. Ltda, quedando las dos primeras bajo la propiedad de don J. M. F. y de Inmobiliaria S. F. Ltda. y la última, en poder de don C. S. B. y de ZZZ.
- 3.- Agregan las demandantes que junto con las adjudicaciones referidas, tanto don J. M. F. como don C. S. B. Se dividieron las áreas de actividad que antes desarrollaban en conjunto y por esa razón se obligaron recíprocamente a no competir durante el lapso indicado, en el área de trabajo asignado a su contraparte, obligación que no habría sido cumplida por la demandada.
- 4.- Que en relación con la prohibición recíprocamente convenida, las partes estipularon sendas cláusulas penales en las que se estableció que en caso de infracción de la obligación de no competir, la parte incumplidora pagaría una multa de 3.350 Unidades de Fomento a favor de Transportes del S. S.A. o de XXX según si el incumplimiento provenía de don J. M. F. o de don C. S. B., respectivamente.
- 5.- En apoyo a la imputación en orden a que la demandada no habría cumplido su obligación de no competir, la demandante cita el caso de una lámpara comercializada por XXX y ofrecida a la empresa T. S.A. La demandante cita, además para justificar sus imputaciones a la demandada en orden a no respetar su obligación de no competir, un fax transmitido por el Sr.

S., a don D.H., el que además de proceder del equipo de la sociedad G. Ing. de Sist. S.A., explicitaría la intención del Sr. S.C.B. de competir con XXX.

- 6.- La demandante sostiene que tomó conocimiento que T. S.A. había comprado unas lámparas idénticas a las ofrecidas por XXX, a una empresa denominada G. Ing. de Sist. S.A., en adelante G., cuyos socios son los señores P. J. J. P. P. y D. P. de P., el primero de los nombrados hermano de la cónyuge del Sr. C.S.B. y director de la Sociedad de Transportes del S. S.A., nombrado una vez que el Sr. C.S.B. y ZZZ tomaron el control de la misma.
- 7.- Las circunstancias indicadas, unidas al hecho que la cónyuge de don C. S. B. es socia de ZZZ, que comparten oficina con G. y que el diseño de la lámpara comercializada por esta última es idéntico al desarrollado por XXX, llevan a los actores a concluir que tanto ZZZ, como su socio el Sr. C.S.B., han infringido su obligación de no competir con XXX, utilizando al efecto a G.
- 8.- Se infiere finalmente de la demanda, que el incumplimiento de la prohibición de competir en que habrían incurrido las demandadas importa una infracción a las disposiciones de los arts. 1545, 1546 y 1560 del Código Civil. En virtud de ello y fundados en los arts. 1535 y siguientes del Código citado, demandan el pago de la pena estipulada a favor de XXX.
- 9.- Se confirió traslado a los demandados a fs. 52.
- 10.- A fs. 11 9, contesta la demanda don S.L.H., por sus representados don C.S.B. y ZZZ, solicitando su rechazo con costas.
- 11.- Argumentan las demandadas que la referida cláusula contractual y las obligaciones que en ella se expresan no pueden producir efectos sino entre quienes suscribieron la escritura de 15 de enero de 1998, esto es XXX, por una parte, y don C.S.B. y ZZZ por la otra, de modo que tanto don J.M.F. como Inmobiliaria S.F. Ltda. carecerían de legitimación procesal activa. Asimismo, sostiene que la demanda, en cuanto se dirige en contra de ZZZ, también debe ser desestimada por cuanto no se dice cómo se ha infringido la cláusula y porque el giro de esta sociedad es totalmente ajeno a la fabricación de lámparas, salvo que se estime que ella ha financiado el negocio a G., circunstancia que deberán probar las demandantes.
- 12.- En relación con el fondo de la pretensión, las demandadas niegan que don C.S.B. haya competido directa o indirectamente con XXX y, en lo que se refiere a la lámpara en cuestión, manifiesta que el sólo hecho del parentesco existente entre la cónyuge del Sr. C.S.B., y los accionistas de G., no constituye prueba en contrario, así como tampoco el hecho de compartir las mismas oficinas. La lámpara por su parte, no correspondería a un diseño original de XXX, pero en todo caso, la desarrollada por esta última sociedad sólo es similar en apariencia a la elaborada por G.
- 13.- Por último, las demandadas manifiestan que aún en el caso que se estimare que han ejecutado

algún acto en contravención a lo pactado en la cláusula octava de la escritura de modificación de XXX, ello habría importado ejercer un derecho constitucional irrenunciable, que tiene supremacía por sobre cualquier convención.

- 14.- Don C.S.B., actuando por sí, y también en representación de ZZZ, deduce demanda reconvenzional en contra de don J.M.F. y de la Sociedad Inmobiliaria S.F. Limitada y solicita, primeramente, que se declare la nulidad de la cláusula que les prohibió competir con XXX, por adolecer de objeto ilícito, toda vez que importa la renuncia a derechos que tienen el carácter de irrenunciables como lo son los derechos de propiedad, al trabajo y a ejercer una actividad económica. En segundo término, demanda reconvenzionalmente perjuicios materiales por \$ 10.000.000.- correspondientes a los gastos y honorarios que les irroga la defensa en el pleito y \$ 10.000.0000.- por el daño moral que afecta a don C.S.B., en su calidad de persona natural y como socio de ZZZ y de Transportes del S. S.A.
- 15.- A fs. 131 se tuvo por contestada la demanda y se confirió traslado para contestar la reconvencción.
- 16.- A fs. 134 rola la contestación de la demanda reconvenzional y se solicita el rechazo de la misma por no adolecer la cláusula impugnada de objeto ilícito, por carecer el Sr. C.S.B. y ZZZ, de legitimación activa para deducir la acción intentada y por no ser la indemnización de perjuicios, propia de una demanda de nulidad.
- 17.- Sostienen los demandados reconvenzionales que la cuestionada cláusula no significa renuncia de derechos constitucionales, ni siquiera suspensión de los mismos, por cuanto ella sólo contempla una limitación, que libre y voluntariamente han establecido las partes de un contrato, por un período breve y determinado, al ejercicio de ciertas actividades cuyo objeto fue el de regular las relaciones comerciales y la actividad de las partes en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Las demandantes reconvenzionales carecerían de legitimación activa para demandar la nulidad de la cláusula contractual impugnada pues ellos celebraron el contrato conociendo o, al menos, debiendo conocer el vicio que invocan.
- 18.- A fs. 223, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que rola en autos.
- 19.- De acuerdo a la naturaleza del cargo de árbitro arbitrador conferido por las partes, el suscrito ponderará la prueba rendida en los términos que le manda la ley, el Reglamento Procesal de Arbitrajes, y la interpretación emanada al efecto, de la E. Corte Suprema. En efecto, el art. 637 del Código de Procedimiento Civil faculta al árbitro arbitrador a fallar "en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten". El Artículo 30 del Reglamento Procesal de Arbitrajes señala que el valor de los medios de prueba será apreciado en conciencia y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Por último, según cita el Profesor Patricio Aylwin en su tratado "El Juicio Arbitral"; la E. Corte Suprema ha resuelto que los árbitros "tienen, en cuanto al fallo, amplia libertad, ya que las partes lo entregan por completo a su personal prudencia y sentido de justicia". Que, de acuerdo con lo anterior, el Tribunal está dotado de amplias facultades para la valoración de la prueba y haciendo uso de esta prerrogativa, en esta sentencia se darán por acreditados los hechos que, produzcan al árbitro íntima convicción en su conciencia

respecto de su efectividad y se aplicarán los criterios de equidad que, también en conciencia, estime adecuados.

Con lo relacionado y considerando:

I.- En lo concerniente a la acción principal:

A.- En cuanto a la falta de legitimación procesal activa de don J. M. F. y de Inmobiliaria S.F. Ltda.:

1. Que la demanda de fs. 40 fue interpuesta por los abogados señores Carlos Zepeda H. y Cristián Cortés P., ambos en representación de don J. M. F. y de las sociedades "Inmobiliaria S.F. Limitada y XXX y solicitan que se condene a los demandados a pagar a la última sociedad mencionada la pena de 3.350 Unidades de Fomento estipulada en la cláusula novena de la escritura pública de 15 de enero de 1998, otorgada en la Notaría de don Eduardo Pinto Peralta.
2. Que la mencionada escritura agregada a fs. 267 y siguientes, da cuenta de una modificación de la sociedad XXX, por la cual, la hasta entonces, socia ZZZ vendió la totalidad de su participación en el haber social a Inmobiliaria S.F. Limitada y a don J.M.F. Como consecuencia de las cesiones de derechos, se retiró de XXX, la sociedad ZZZ quedando como únicos socios de la misma, Inmobiliaria S.F. Limitada y don J.M.F.
3. Que las cláusulas 88 y 98 de la referida escritura contemplan, respectivamente, el pacto de la socia que se retira de la sociedad y de don C.S.B. de no competir con XXX y el establecimiento de una multa de 3.350 U.F. que ZZZ y don C.S.B. se obligan a pagar solidariamente a XXX en caso de incumplimiento del pacto referido.
4. Que el objeto de la demanda principal de autos es precisamente, el cobro de la pena antes referida, pretensión que sólo puede hacer valer la sociedad en cuyo favor ella fue establecida, esto es, XXX. Que siendo XXX una persona jurídica distinta de sus socios, no puede entenderse que estos últimos tengan derecho a impetrar, a título personal, derechos o acciones que sólo pueden corresponder a la primera, por lo que procede acoger la excepción de falta de legitimación procesal activa opuesta por las demandadas a fs. 119.

B.- En cuanto al fondo de la acción deducida:

5. Que los demandantes han estimado que debe hacerse efectiva la pena estipulada, por cuanto don C.S.B. y ZZZ han infringido la obligación de no hacer contemplada en la cláusula 8º de la escritura de modificación de XXX esto es no competir, dentro o fuera del país, con XXX, ni directa ni indirectamente, personalmente o por interpósita persona, entendiéndose que dicha sociedad se dedica al diseño, construcción, montaje, comercialización de jaulas, barcazas, plataforma de cosecha flotantes, silos de alimentación y todos los productos que hasta la fecha de la firma de esa escritura haya comercializado XXX.
6. Que las demandadas han negado su participación directa o indirecta en el supuesto incumplimiento de su obligación de no competir. Pero, aún cuando fueren efectivas las imputaciones de la demandante, ello hubiera significado el ejercicio de derechos irrenunciables de los demandados.
7. Que en relación con este último aspecto, los demandados sostienen que la cláusula 8º de la escritura de modificación de XXX, que contiene el pacto de no competir, no puede vulnerar disposiciones constitucionales que consignan derechos fundamentales y, por lo tanto, irrenunciables como son el derecho de dominio, el derecho a la libertad de trabajo y su protección y el derecho a desarrollar cualquier actividad.
8. Que el sentenciador debe despejar previamente este punto de derecho antes de entrar al hecho propiamente controvertido.
9. Que no puede considerarse que la obligación de no competir convenida entre las partes, por un corto tiempo y referido sólo a ciertas áreas de la actividad profesional desarrollada por las demandadas, entre en pugna con los derechos constitucionales mencionados. En efecto, no cabe duda que el Sr. C.S.B. y ZZZ son titulares de los derechos que invocan y al igual que todas las personas, la Constitución Política se los asegura. Sin embargo, no es efectivo que la obligación convenida constituya renuncia al ejercicio de las facultades inherentes a esos derechos. Si así se le considerara, todas las prohibiciones convencionales de enajenar y de celebrar actos y contratos e incluso la constitución de ciertas garantías reales, deberían estimarse contrarias a la Constitución. Pero, ello no es así; el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes de un contrato establecer limitaciones a sus derechos, que pueden traducirse en obligaciones de no hacer, que es lo que ha ocurrido en autos, al limitar las partes, recíprocamente, el campo en que pueden ejercer sus actividades por un plazo determinado.
10. Que a mayor abundamiento, debe entenderse la obligación cuestionada, en el contexto de la negociación global que llevaban a cabo demandante y demandados. En ese sentido, el pacto de no competir encuentra su causa en la decisión libremente convenida por las partes de dividirse, las áreas de actividad que antes fueron comunes.

El establecimiento del pacto aparece como del todo coincidente con el propósito perseguido por los litigantes al tomar la decisión de poner término a sus actividades comunes y a la de continuarlas en forma separada. Ello justifica que las partes quisieron evitar interferencias y malas prácticas tales como la competencia desleal que significaría que una de ellas, aprovechando los conocimientos o el "know how" adquirido antes de la separación, intervenga durante el período de vigencia de la prohibición, en cualquiera de las áreas de negocios adjudicadas a su contraparte. Incluso, el pacto deja abierta la probabilidad que lo anterior ocurra, en cuyo caso la parte que infrinja la obligación incurre en una pena pecuniaria, que fue libremente acordada.

Como acertadamente lo señala la demandante, de acogerse el planteamiento de los demandados, habría que concluir que la prohibición del artículo 404 N° 4 del Código de Comercio que impide a los socios de la sociedad colectiva explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que opera la sociedad, es inconstitucional. Igualmente inconstitucional sería la norma del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo que establece como causal de despido sin derecho a indemnización, la ejecución por parte del trabajador, de negociaciones dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidos por escrito en el respectivo contrato por el empleador. Esos contratos de trabajo adolecerían por ende, de idéntico vicio. Estas disposiciones tienden a evitar lo que se conoce como competencia desleal, y si bien significan limitaciones al ejercicio de la profesión del socio o del trabajador en su caso, no afectan a los derechos en su esencia.

Lo mismo ocurre en el caso de autos, con la salvedad que la prohibición no fue impuesta, sino convenida libremente por las partes y tuvo una duración limitada en el tiempo, elementos que permiten desestimar la alegación de la demandada por improcedente. Debe considerarse además que los demandados, en ningún caso se encuentran habilitados para desconocer la validez de una cláusula contractual en cuya elaboración participaron y cuya naturaleza, contenido y alcances conocieron o al menos debieron haber conocido.

11. Aclarado entonces, que el convenio que impuso a los demandados la prohibición de competir con XXX existe y constituye una estipulación lícita, conforme a derecho, corresponde analizar el hecho controvertido señalado en los puntos 4 al 7 del auto de prueba, esto es si efectivamente los demandados infringieron el pacto o la prohibición de no competir durante el período señalado.
12. Que ambas partes están contestes en que la sociedad G. Ing. de Sist. S.A. comercializó, durante el período de vigencia de la prohibición, un modelo de lámparas sumergibles.
13. Que carece de importancia que la lámpara diseñada por XXX sea idéntica a la comercializada por G., por cuanto la prohibición se refiere, en general, a los

“productos que hasta la fecha del convenio haya comercializado XXX y no a ciertos y determinados productos de idéntico diseño y desarrollo”.

14. Que de otra parte, el término comercializar no se encuentra definido en la ley por lo que se le dará el significado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésima primera edición del año 1992, asigna a dicha acción: “Dar a un producto industrial, agrícola, etc., condiciones y organización comerciales para su venta”.

Así, comercializar un producto no se imita a la acción de venderlo sino que incluye las gestiones previas para preparar su venta, en términos que debe entenderse que el proceso de diseño, manufactura, oferta y prueba de un producto, forma parte de su comercialización. Debe desestimarse, en consecuencia, la afirmación de los demandados en orden a que, XXX jamás comercializó las referidas lámparas.

15. En relación con la prueba documental, se ha justificado que G. S.A. contempla dentro de sus actividades, la fabricación de lámparas salmoneras (copia de folleto de G. Chile S.A. acompañada por las demandados rolante a fojas 75 a 117) sin que se haya acreditado la existencia de alguna vinculación societaria o comercial entre los demandados y esa empresa.

Los atestados de los testigos que depusieron por exhorto en Puerto Montt y Castro, por los demandantes, no contribuyeron con sus dichos a justificar las pretensiones de estos últimos en relación con las lámparas. Lo mismo puede concluirse, en relación con el rubro de las lámparas, de la absolución de posiciones rendida por el Sr. S. a fs. 570 y sgtes.

16. Que aún cuando según ha quedado establecido, la demandante no ha probado con sujeción estricta a la ley que G. haya actuado como un gestor de los demandados, en calidad de mandatario financiado por éstos, o que sus operaciones les hayan reportado algún beneficio económico, específicamente, en la venta de lámparas sumergibles a la empresa T., pues sus imputaciones se fundan en sospechas o presunciones, este árbitro ha adquirido la convicción que tanto el Sr. C.S.B. como las sociedades a través de las cuales él opera, siguieron, de hecho, ejerciendo las actividades que les estaban vedadas, durante la vigencia del pacto de no competir. En efecto, si bien puede aparecer como meramente casual, como hechos accidentales y aún justificables en razón de los vínculos de parentesco existentes, el que las empresas ZZZ y G. y éstas junto al Sr. C.S.B. compartan las mismas oficinas, y hasta el mismo equipo de fax, estas circunstancias, unidas a los demás antecedentes a los que se hará referencia, permiten deducir, en conciencia, que el demandado Sr. C.S.B., faltó a la obligación de no competir con XXX, en los términos estipulados.
17. Uno de los antecedentes más claros que denotan la voluntad del demandado de continuar ejerciendo las actividades del giro de XXX, durante la vigencia del pacto,

lo constituye el documento en idioma inglés, citado parcialmente en la demanda y agregado a fojas 158 y 311, no objetado, consistente en un fax en que el Sr. C.S.B., junto con comunicarle al Sr. D.H., el hecho de su separación con el Sr. J.M. y su retiro de XXX, le informa que tanto él como ZZZ (ex socia de XXX) siguen operando, que XXX no se encuentra en una buena situación, que por ello le ofrece sus servicios y reconoce estar trabajando con una entidad relacionada comercialmente con XXX, de nombre A. y que probablemente lo hará con otra, de nombre P.C. En esta comunicación, el demandado sólo admite haber convenido en no vender jaulas hasta marzo de 1999, sin hacer referencia a los demás productos singularizados, tanto específica como genéricamente en la cláusula que contiene el pacto que le impidió competir. Por lo anterior es que debe concluirse que el fax mencionado es, por una parte, una abierta invitación a dejar de trabajar con XXX y continuar haciéndolo con los demandados, ya sea personalmente o a través de terceros y por otra, implica un reconocimiento expreso en el sentido que la demandada, ya al 21 de junio de 1998, fecha del fax, ejercía operaciones en el giro reservado a XXX, circunstancias por sí solas suficientes para dar por establecido el incumplimiento de la obligación de no hacer que se le imputa a don C. S. B. Lo expresado en la comunicación aludida constituye, a juicio del árbitro, un elemento de convicción suficiente para concluir que, al menos, la demanda ejecutó una oferta dentro de la actividad en la cual se había obligado a no intervenir por un período determinado. Aún cuando de esa oferta no se hubieren derivado operaciones comerciales completas, el sólo hecho de plantearla, implica un perjuicio para la parte que se había reservado esa actividad comercial.

18. Que a mayor abundamiento, la existencia de otras dos nuevas modalidades que habría revestido el incumplimiento de los demandados a su obligación de no competir, contribuyen a consolidar, en la conciencia del sentenciador, el convencimiento de que el pacto no fue respetado por éstos y que existió de su parte, la voluntad permanente de continuar desarrollando las actividades reservadas a XXX durante el período estipulado. Ello se concretó a través del diseño, construcción y montaje de un pontón silo para la empresa A., diseño de otro silo de alimentación, ejecución de trabajos de montaje de jaulas balsas para la empresa R.C. y la construcción de jaulas balsas, que fueron vendidas a la empresa M., sólo tres días después de expirado el plazo de prohibición, todo lo cual se desprende de los documentos exhibidos y acompañados por la demandada, específicamente, de las copias de facturas y de la imprecisión de las respuestas dadas por don C.S.B., en la audiencia de absolución de posiciones. Sobre este particular, es necesario recordar que la cláusula cuya inobservancia reclaman los demandantes, establece que para los efectos de la obligación asumida, debe entenderse que dicha sociedad XXX, se dedica al diseño, construcción, montaje y comercialización, entre otros productos, de jaulas y silos de alimentación.

De este modo, debe considerarse como infracciones a la referida estipulación, no sólo el acto de vender estos productos, sino que cualquier acción que entrañe alguna de las demás actividades señaladas. En este sentido, no cabe hacer lugar a la alegación de las demandadas, en el sentido que la obligación de no competir

se refería tan sólo a la imposibilidad de éstas de dar a la venta dichos productos. Lo anterior se ve reforzado en el hecho que el propósito perseguido por las partes al establecer esta obligación, no pudo ser otro que el de permitir que cada una de ellas desarrollara, al menos en el primer período posterior a su separación, sólo las áreas de negocios que le fueron adjudicadas y en ningún caso aquellas que se adjudicó su contraparte. Este objetivo sólo podía cumplirse, quedándole vedada a cada parte de la negociación, el intervenir en actividades que por mutuo acuerdo fueron asignadas a la otra, en toda etapa y forma de comercialización o actividad propia del giro.

19. De este modo, y como uno de los elementos de convicción considerados por el árbitro, se pueden citar las facturas Nos. 416, 419, 426 y 435, emitidas por ZZZ, que en fotocopia acompañó la propia demandada y que rolan a fs. 334, 331, 324 y 314 respectivamente, dan cuenta inequívocamente del hecho que el Sr. C.S.B., intervino durante el período de vigencia de la obligación asumida, a través de esa sociedad, en actividades propias del giro de XXX. Si bien el demandado niega haber prestado directa o indirectamente asesoría a la empresa A. en el diseño de silos de alimentación (respuesta a las preguntas 16, 17 y 19 del pliego de posiciones), esas afirmaciones aparecen desmentidas con las glosas que contienen las facturas citadas: “diseño de silo desarmable” (fact. 416 de 11.11.98); “ Ingeniería de artefacto hexagono...” (fact. 419 de 28.08.98); “Asesoría de Ingeniería proyecto hexagono” (fact. 426 de 14. 01.99); 2º pago construcción hexagono, cambio de planos por modificaciones... (fact 435 de 24. 03. 99). El contenido de estas facturas le merecen plena fe al Tribunal desde el momento que fueron exhibidas por la propia parte demandada y agregadas al expediente en fotocopias que no fueron impugnadas y de ellas se desprende claramente que ZZZ, diseñó y construyó silos durante la vigencia de la prohibición, actividades ambas comprendidas en el giro de XXX de acuerdo con lo expresado textualmente en la cláusula cuya infracción se conoce en autos.

Por lo expresado, es que no resulta verosímil lo afirmado por el Sr. C.S.B. y por su defensa, en el sentido que el primero sólo se limitó a efectuar labores de inspección de obras.

20. En cuanto dice relación con la construcción, montaje y comercialización de jaulas balsas, debe entenderse que el Sr. C.S.B. también faltó en esta parte a su obligación de no competir. La factura N° 420 emitida por ZZZ con fecha 01.12.98, así lo demuestra: “Asesoría de montaje de jaulas...”.

A la misma conclusión anterior llega este árbitro, tratándose de las jaulas que ZZZ vendió a M. el pasado 4 de abril, pues si bien a esa fecha ya había expirado la vigencia de la prohibición de no competir, no parece verosímil que esa operación se haya fraguado, esto es, que el negocio se haya convenido y las jaulas construido con posterioridad al 31 de marzo de 1999, máxime si se considera que entre esa fecha y la de facturación de las jaulas, hubo un solo día hábil, habiéndose concretado

la entrega y facturación del producto, el día domingo de resurrección, Lo anterior, unido al reconocimiento velado del apoderado de los demandados, que afirma que ni el Sr. C.S.B. ni sus empresas asumieron el compromiso de no prepararse para iniciar sus actividades una vez que expirara el período pactado, permite presumir en conciencia que la negociación con M. se gesto con anterioridad al 31 de marzo de 1999, quedando pendiente tan sólo la entrega y facturación de las jaulas.

21. Por estas consideraciones y encontrándose debidamente justificado a juicio de este árbitro que don C.S.B. Infringió la prohibición convenida con la demandante XXX, es que la demanda principal deducida a Fs. 40 deberá ser acogida, en los términos que se señalará en la parte resolutive del presente laudo.

II. En lo concerniente a la demanda reconvenicional.

1. Que don C.S.B. actuando por sí y por su representada, ZZZ, ha deducido demanda reconvenicional en contra de don J.M.F. y de la Sociedad Inmobiliaria S.F. Limitada pidiendo que se declare la nulidad de la cláusula octava del contrato de modificación de XXX de 15 de enero de 1998, y que se condene a las demandadas reconvenicionales a indemnizar los perjuicios materiales y morales por un monto total de \$20.000.000.- provocados a consecuencia de la interposición de la demanda principal, que califican de infundada.
2. Que la cláusula en referencia sería nula por adolecer de objeto ilícito, por entrañar la renuncia de derechos constitucionales inalienables, irrenunciables e imprescriptibles como son el derecho de propiedad, al trabajo y a ejercer una actividad económica.
3. Que este árbitro concuerda con las demandadas reconvenicionales que se han excepcionado argumentando que la cláusula contractual impugnada no significa renuncia a derecho alguno, sino sólo suspensión parcial, limitada en el tiempo y convenida libremente entre las partes de un contrato, a objeto de regular las relaciones comerciales y la actividad de las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, con el agregado que las actividades comprendidas en dicha estipulación están lejos de agotar la profesión de ingeniero naval del Sr. C.S.B. o el giro de ZZZ.
4. Que por lo demás, los actores reconvenicionales carecen de legitimación activa para demandar la nulidad de la cláusula comentada, por haberla suscrito conociendo o debiendo conocer el supuesto vicio de que adolecía.
5. En último término, se desestimaré la acción indemnizatoria incoada por la vía reconvenicional, por ser improcedente al haberse acogido la demanda principal y porque, a mayor abundamiento, la demandante reconvenicional no rindió prueba alguna para acreditar los perjuicios que dice haber sufrido.

6. Que deberán considerarse en esta parte los motivos I. 10 y 11 de esta sentencia, por estar referidos a la misma situación, los que justifican el rechazo de la acción deducida.
7. Por todas estas consideraciones y teniendo presente además los artículos 30 y 32 del Reglamento Procesal de Arbitrajes. Resuelvo:
 - 1.- Que se acoge la excepción de falta de legitimidad procesal activa opuesta por las demandadas, señores C.S. B.y ZZZ a fs. 119, contra don J.M.F. e Inmobiliaria S.F. Ltda.
 - 2.- Que se acoge la demanda de fs. 40 interpuesta por XXX, en contra de los referidos señores C.S.B. y ZZZ y se condena solidariamente a éstos, por haber infringido la obligación asumida en la cláusula octava de la escritura de modificación de XXX, de fecha 15 de enero de 1998 e incurrido en la multa estipulada en la cláusula novena de dicha escritura, a pagar a la última sociedad mencionada, representada por don J.M.F., la suma equivalente en pesos a la fecha del pago, de 3.350 Unidades de Fomento, más los intereses corrientes que se devenguen a contar de la fecha en que el presente laudo quede ejecutoriado, con costas.
 - 3.- Que se rechaza la demanda reconventional de fs. 119 deducida contra de don J.M.F. y de la Sociedad Inmobiliaria SF. Limitada, con costas.

Notifíquese personalmente o por cédula. Dése aviso de haberse dictado sentencia.

Dictada por José Tomás Guzmán Salcedo, Juez Árbitro.