

Roberto Guerrero del Río

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 03 de julio de 2012

Rol 1360-2011

MATERIAS: Pactos de No Competencia - incumplimiento Acuerdos de No Competencia - nulidad de los pactos – causa ilícita – objeto ilícito - indemnización de perjuicios.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX interpuso demanda contra los señores ZZ1, ZZ2, ZZ3, por incumplimiento de obligaciones contenidas en Acuerdos de No Competencia N° 1, consistentes en obligaciones de no hacer, y en contra de las mismas personas y de las sociedades ZZ4, ZZ5 y ZZ6, por incumplimiento de Acuerdos de No Competencia N° 2, consistentes también en obligaciones de no hacer relativas a no competir, no contratación de empleados ni levantar clientes. Se solicita que se condene a los demandados a las multas estipuladas en los referidos Acuerdos de No Competencia. Los demandados, al contestar la demanda, opusieron previamente excepciones dilatorias de litispendencia y de incompetencia del Tribunal, que fueron rechazadas, y posteriormente rechazan la demanda pudiendo declarar la nulidad absoluta de los contratos, por objeto y causa ilícitas y por falta de elementos de la esencia de los contratos, y subsidiariamente se les declare nulos de nulidad relativa por el vicio de la voluntad o fuerza, y a mayor abundamiento que los Acuerdos de No Competencia N° 2 son simulados, siendo la simulación ilícita.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 a 243.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 341 a 429 y 636 a 644.

Código Civil: Artículos 1.445 a 1.469, 1.545, 1.546, 1.556 a 1.566 y 1.698 a 1.714.

Ley 19.418.

DOCTRINA: 1. Las cláusulas de no competencia son lícitas en el sistema jurídico chileno, no existiendo disposición legal que las prohíba. Tampoco puede sostenerse que celebrar una cláusula de esta naturaleza, asumiendo obligaciones de no competir en una industria determinada por un período de tiempo también determinado, constituya una vulneración del Artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la libertad de trabajo. Estos convenios no adolecen de objeto ilícito, por cuanto contravienen el orden público o las buenas costumbres, ni tampoco concurre ningún requisito o circunstancia que permita considerar estos acuerdos como contrarios a los principios que informan la libre competencia.

2. Para declarar viciado de nulidad absoluta un contrato por adolecer de causa ilícita, hay que acreditar tal circunstancia. Si se acreditó que la celebración de los pactos obedece a una contraprestación resultante de una negociación más amplia que implicaba la venta de acciones de una sociedad, y para quien en esta operación era esencial que los principales ejecutivos se mantuvieran trabajando en la empresa y que además se convinieran determinadas obligaciones en materia de no competencia, no captación de clientes ni contratación de empleados, todo ello es de común ocurrencia en transacciones de esta naturaleza, a cambio de lo cual los obligados recibieron retribuciones en dinero, por lo cual no puede demostrarse que haya habido causa ilícita, ya que esta debe ser prohibida por la ley o ser contraria a las buenas costumbres o al orden público, lo que no ocurrió en el juicio tratado.

3. No habiéndose acreditado que los Acuerdos de No Competencia no tuvieron un fin lícito, no contuvieron un plazo cierto de exigencia y que no se pagaría una compensación económica por la obligación de no competir, y en consecuencia no faltando ninguno de estos elementos esenciales, no es posible establecer que los acuerdos carezcan de los elementos de la esencia y puedan ser nulos absolutamente por esta circunstancia.

4. La fuerza, para que vicie el consentimiento, debe ser grave (capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio), es decir influir significativamente en el ánimo de quien la sufre o padece, lo que

corresponde apreciar libremente al juez, injusta o ilícita (contraria a la ley o al derecho y determinante) (el consentimiento debe ser consecuencia inmediata y directa de la fuerza). No probándose estos requisitos, no es posible declarar la nulidad relativa de los acuerdos por vicio de fuerza.

5. Aun cuando una persona jurídica no sea parte de un Acuerdo de No Competencia, si en su favor se pactó una indemnización en caso de incumplimiento, tiene legitimación activa para demandar el pago de dicha indemnización.

6. Habiéndose acreditado ante el Árbitro que algunas de las partes no cumplieron las obligaciones relativas a no competencia, a no captación de clientes y a no contratación de empleados, contenidos en los Acuerdos de No Competencia, procede el pago de las multas establecidas a título de cláusula penal.

7. Que no es necesario pedir la resolución del contrato ni el cumplimiento forzado, para demandar el pago de una cláusula penal, en caso de incumplimiento de obligaciones de una de las partes.

DECISIÓN: Se acoge parcialmente la demanda interpuesta por la sociedad XX, en contra de los demandados, en cuanto ellos incumplieron las obligaciones contractuales de no hacer consignadas en los Acuerdos de No Competencia N° 1, y se rechaza respecto a los Acuerdos de No Competencia N° 2, por carecer el Árbitro de competencia para conocer de esta parte de la demanda, al no ser la demandante parte del acuerdo de arbitraje correspondiente. No se condena en costas a los demandados, por considerar que tuvieron motivos plausibles para litigar.

Se rechaza la demanda reconvenzional.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 3 de julio de 2012.

VISTOS:

A fs. 102, consta la resolución de fecha 21 de abril de 2011 del Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., mediante la cual se designa como Árbitro Arbitrador a don Roberto Guerrero del Río para conocer y resolver la controversia existente entre XX con los señores ZZ1, ZZ2 y ZZ3, y con las sociedades ZZ4, ZZ5 y ZZ6, en relación con el cumplimiento del Contrato de Compraventa de Acciones de la sociedad TR1, entre XX y TR2, y de los Anexos 15-F, 15-G y 15-I, denominados Acuerdos de No Competencia, todos de fecha 28 de octubre de 2004 y del Acuerdo de No Competencia entre TR1 y ZZ6, del Acuerdo de No Competencia entre TR1 y ZZ4 y del Acuerdo de No Competencia entre TR1 y ZZ5, todos estos últimos de fecha 28 de mayo de 2009.

A fs. 106, consta la notificación efectuada al Árbitro de su nombramiento, con fecha 16 de mayo de 2011, ocasión en que este aceptó el cargo, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

A fs. 107, consta la resolución del Árbitro, autorizada por la secretaria general del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, de fecha 18 de mayo de 2011, que da por constituido el compromiso y cita a las partes a comparendo con el fin de fijar el procedimiento, precisar las materias del juicio arbitral y resolver cualquier otro asunto atinente al arbitraje.

A fs. 144 y siguientes, rola el Acta del comparendo celebrado el 8 de junio de 2011, en el que las partes procedieron a precisar el objeto del arbitraje y acordaron las normas de procedimiento, sin perjuicio de aplicar, cuando fueren pertinentes, las disposiciones del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial

Internacional. Se dejó constancia en el Acta que el Árbitro tendrá el carácter de arbitrador, de acuerdo con los contratos que dan origen a la controversia.

A fs. 154 y siguientes, rola la demanda interpuesta por el holding XX, (en adelante también XX), representada para estos fines por don J.S., todos domiciliados para estos efectos en DML, comuna de Providencia, en contra de los señores ZZ3, por sí y en representación de ZZ6, ambos domiciliados en Vía Azul 4351 A, Lo Curro, Comuna de Vitacura; de ZZ1, por sí y en representación de ZZ4, ambos domiciliados en DML, comuna de Lo Barnechea; y de ZZ2 por sí y en representación de ZZ5, ambos con domicilio en DML, comuna de Lo Barnechea.

En la demanda se solicita que se declare que los demandados incumplieron las obligaciones contractuales de no hacer consignadas en los contratos denominados Acuerdos de No Competencia, de fechas 28 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2009; y que atendido el incumplimiento de estas obligaciones, se condene a cada uno de los demandados, tanto personas naturales como personas jurídicas a pagar una indemnización de \$ 95.706.357, a título de cláusula penal, más reajustes e intereses; que, además de los pagos correspondientes a las indemnizaciones antes señaladas, se les condene a indemnizar el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, montos cuya determinación se reserva para la etapa de la ejecución de la sentencia, por los perjuicios causados a la demandante; que también se ordene a los demandados el cese de todos los actos que impliquen el no cumplimiento de los Acuerdos de No Competencia de fechas 28 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2009, tanto en lo que se refiere a competir en la industria como a levantar clientes y contratar empleados, y que se condene a los demandados al pago de las costas de la causa.

La demandante señala al respecto que el 28 de octubre de 2004 XX celebró con TR2 un contrato de compraventa de acciones de la sociedad anónima cerrada TR1 S.A. (en adelante también TR1), en virtud de la cual TR2 vendió 589.534.651 acciones de TR1 a XX. En dicho contrato comparecieron en calidad de accionistas de TR2, entre otros, los señores ZZ1, ZZ3 y ZZ2. En conformidad a la cláusula séptima del Contrato de Compraventa, las partes convinieron que era una condición esencial para la celebración de ese contrato, el que cada uno de los accionistas vendedores suscribiera un contrato que, entre otras materias, obligaba a la no competencia en la industria, no captación de clientes ni contratación de empleados, obligación que concretaron respecto a los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2, en los anexos 15-F, 15-G y 15-I, respectivamente, del Contrato de Compraventa, que denominaron "Acuerdos de No Competencia". En esos anexos se establecieron y especificaron las obligaciones de no competencia en la industria, de no captación de clientes y de no contratación de empleados, en los términos que en las cláusulas respectivas se pactó, acordándose también que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones en ellos convenidas daría derecho a XX a exigir, a título de cláusula penal, una pena compensatoria de \$ 95.766.357, a cada uno de los contratantes infractores.

Además, con fecha 28 de mayo de 2009, se suscribieron sendos Acuerdos de No Competencia entre TR1 y las sociedades ZZ6, esta representada por don ZZ3; ZZ4, representada por don ZZ1 y ZZ5 representada por ZZ2. Todos estos acuerdos son del mismo tenor y en ellos se obliga las sociedades de inversiones por sí y por todos sus dependientes, socios y/o apoderados, durante la vigencia de las relaciones de cada uno de los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 con XX, a no desarrollar las mismas actividades que las que desarrolla TR1, esto es las relativas a la publicidad, y haciendo extensivas también las obligaciones de no competencia pactadas en los contratos de compraventa del año 2004, así como también las obligaciones de no captación de clientes y de no contratación de empleados. La contraprestación de estas obligaciones consistió en el pago efectuado a las sociedades, del equivalente a US\$ 300.000 en el caso de ZZ6, y de US\$ 100.000 en cada uno de los casos de ZZ4 y de ZZ5.

La demandante da una lata explicación de la forma en que los demandados habrían incumplido las obligaciones contenidas en los acuerdos antes referidos, tanto en lo relativo a la no competencia, como en lo que respecta a no levantar clientes ni a la no contratación de empleados.

A fs. 185 y siguientes consta el escrito de la parte demandada de oposición de excepciones dilatorias de litispendencia y de incompetencia del Tribunal.

A fs. 243 y siguientes consta el traslado de la parte demandante respecto a las excepciones dilatorias o interpuestas.

A fs. 261, consta la resolución de este Árbitro de fecha 8 de agosto de 2011, mediante la cual se rechazaron las excepciones dilatorias opuestas, y se fijó un plazo de 5 días para que la parte demandada contestara la demanda.

A fs. 265 rola el escrito presentado por la parte demandada, que en lo principal contesta la demanda, y en subsidio interpone demanda reconvenzional de resolución de contratos e indemnización de perjuicios.

En lo principal del escrito de contestación de la demanda, la parte demandada solicita se declare que los pactos de no competencia suscritos en los años 2004 y 2009 son nulos de nulidad absoluta; en subsidio de lo anterior, que se declare que los pactos son nulos de nulidad relativa por vicio de la voluntad, fuerza; en subsidio de lo anterior, para que se rechace la acción por cuanto esta no puede conducir a que se declaren resueltos los pactos o se declare que se deben cumplir forzosamente, siendo por tanto improcedente la indemnización de perjuicios de cualquier origen solicitada; en subsidio de lo anterior, para que se rechace la demanda dado que la demandante no cumplió ni estuvo dispuesta a cumplir con la obligación de pago establecida en la cláusula segunda párrafo final de los Pactos de No Competencia de 28 de octubre de 2004; en subsidio de lo anterior, respecto de don Tomás ZZ3, se rechace la demanda dado que la demandante no ejerció dentro del término establecido en la cláusula pertinente su acción de exigir la no competencia, la no captación de clientes ni la no contratación de empleados, por lo que a su respecto ninguno de los pactos le son exigibles por el ejercicio extemporáneo del derecho de la demandante; y en subsidio de lo anterior, para que se declare que el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre los Acuerdos de No Competencia suscritos el 28 de mayo de 2009, dado que quien demanda, XX, no es parte de dichos contratos; y en subsidio de lo anterior, para que se declare que XX carece de legitimación activa para demandar en estos autos por lo que se debe rechazar la demanda, y, finalmente, que se condene en costas a la demandante. En el otrosí la parte demandada, en subsidio de que no se acoja la nulidad de los contratos y no se rechace la demanda, y de que no se declare incompetente para conocer de estos autos respecto de los contratos de 2009, interpone demanda reconvenzional de resolución de contratos e indemnización de perjuicios en contra de XX y se declare:

Que XX incumplió los Acuerdos de No Competencia, no captación de clientes y no contratación de empleados; que XX incumplió los acuerdos celebrados el 28 de mayo de 2009 entre TR1 por una parte y ZZ6, ZZ5 y ZZ4 por la otra; que en virtud de esos incumplimientos se declaren resueltos los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004 y los celebrados el 28 de mayo del 2009; que dichos incumplimientos causaron perjuicios a los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1 y a las sociedades ZZ6, ZZ5 y ZZ4; que se declare que XX se encuentra obligada a indemnizar de perjuicios a los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1 y a las sociedades de inversión antes mencionadas, y que se condene en costas a la demandada reconvenzional.

A fs. 297 se rectificó la demanda reconvenzional referida precedentemente, en cuanto a que se le eliminó el carácter de subsidiaria de la misma.

A fs. 308 vta., consta la resolución del Árbitro de fecha de 14 de septiembre de 2011, en la cual se fijó la cuantía de la causa en \$ 574.239.222, sin perjuicio de tener presente que adicionalmente hay otra parte de la cuantía indeterminada, y se determinaron los honorarios del Árbitro.

A fs. 309 y siguientes, rola la contestación de la demanda reconvenzional presentada por XX.

A fs. 327 vta., por resolución de 3 de octubre de 2011, se citó a las partes a la audiencia de conciliación, para el día 17 de octubre del mismo año, cuya acta rola a fs. 329.

A fs. 332 rola la resolución del Árbitro, de 8 de noviembre de 2011, por la cual se puso término a la etapa de conciliación y se recibió la causa a prueba, fijándose los puntos de prueba, resolución que fue objeto de reposiciones.

A fs. 348, consta la resolución de 29 de noviembre de 2011, en la cual se resolvió sobre las reposiciones al auto de prueba.

Como consecuencia de lo anterior, los puntos de prueba fijados fueron los siguientes:

- 1.- Incumplimiento por parte de los demandados y/o de las sociedades de que son dueños o accionistas principales de la obligación de no levantar clientes.
- 2.- Incumplimiento por parte de los demandados y/o de las sociedades de que son dueños o accionistas principales de la obligación de no contratar empleados.
- 3.- Incumplimiento por parte de los demandados y/o de las sociedades de que son dueños o accionistas principales de la obligación de no competencia.
- 4.- Existencia de daños patrimoniales y morales causados por los demandados a la demandante.
- 5.- Existencia y entidad de fuerza ejercida por la demandante sobre los demandados para suscribir acuerdos de no competencia.
- 6.- Incumplimiento por parte de la demandante de sus obligaciones pactadas en los Acuerdos de No Competencia.
- 7.- Existencia de daños y perjuicios causados por la demandante a los demandados.
- 8.- Existencia de causales de nulidad de los Pactos de No Competencia. Hechos que las configurarían.

A fs. 357 rola la resolución de fecha 12 de diciembre de 2011, por la cual se extendió el período probatorio fijando un término especial para el solo efecto de rendir la prueba testimonial.

A fs. 401 y siguientes consta la presentación de la parte demandada, de fecha 13 de enero de 2012, en que promueve la recusación amistosa del Árbitro.

A fs. 406 vta., rola la resolución del Árbitro de fecha 16 de enero de 2012, en la que se decreta que no ha lugar a la recusación amistosa promovida por improcedente, y en consecuencia no se da lugar a la suspensión del procedimiento solicitada.

La parte demandante acompañó diversos documentos, según los siguientes escritos:

- a) Escrito de fs. 243 y siguientes, en el que se acompañaron documentos que rolan a fs. 191 y siguientes.
- b) Escrito de fs. 373, en el que se reitera documentos ya acompañados y se acompañan nuevos documentos numerados 1 al 100, que se agregaron a los Cuadernos de Documentos N^{os} 7 (los documentos 1 al 4) y 8 (los documentos 5 al 100).
- c) Escrito de fs. 398 y siguiente, en el que se acompañó CD y otros documentos, que se agregaron al Cuaderno de Documentos N° 9.
- d) Escrito de fs. 569, en que se acompañó documento agregado al Cuaderno de Documentos N° 10, individualizado con la letra C.

e) Escrito de fs. 617, en el que se acompañó documento agregado a fs. 618 y siguiente.

Además, la parte demandante acompañó documentos en el Cuaderno de Medidas Precautorias, los que están agregados a fs. 1 a 57 de dicho Cuaderno y al Cuaderno de Documentos N° 1 bajo los N°s 1, 2 y 3.

A su vez la parte demandada presentó diversos documentos según los siguientes escritos:

- a) Escrito de fs. 361, en que se acompañó documento que se agregó como N° 8 del Cuaderno de Documentos N° 1.
- b) Escrito de fs. 362 y siguientes, en que se acompañaron documentos numerados 1 al 41, los que se agregaron a los Cuadernos de Documentos Nos 2 (1 al 6), 3 (7 al 31), 4 (32), 5 (33) y 6 (34 al 41).
- c) Escrito de fs. 540 y siguientes en el que se acompañaron documentos agregados al Cuaderno de Documentos N° 10, e individualizados con las letras A y B.

Además la parte demandada acompañó documentos en el Cuaderno de Medidas Precautorias, los que están agregados bajo los N°s 4 al 7 del Cuaderno de Documentos N° 1.

A fs. 431 consta la resolución del Árbitro de 17 de enero de 2012, en la que, entre otras materias, determinó abierto el correspondiente término especial de prueba para la realización de aquellas pruebas solicitadas dentro del plazo del probatorio y que no alcanzaron a rendirse y en el que confirmó la renovación automática del proceso por 6 meses.

A fs. 414 hasta fs. 425, a fs. 435 a 443 y a fs. 520 a 523, constan las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante.

A fs. 445 a 454, a fs. 524 hasta fs. 535 y a fs. 549 hasta fs. 550, constan las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandada.

A fs. 536, consta el Acta de la audiencia de exhibición de documentos solicitada a la parte demandante, y la de percepción de audios decretadas en autos respecto a CDs que se acompañaron por ambas partes. Copias de los documentos exhibidos por la demandante se agregaron al Cuaderno de Documentos N° 10.

A fs. 551 y siguientes consta la absolución de posiciones a la que fue citado personalmente el señor L.A., representante judicial de la parte demandante.

A fs. 585 y siguientes consta la absolución de posiciones del señor M.S., citado en representación de XX.

A fs. 599 y siguientes consta la absolución de posiciones del señor E.G., citado en representación de XX.

A fs. 623 y siguientes consta la absolución de posiciones del demandado señor ZZ3.

A fs. 643 y siguientes consta la absolución de posiciones del demandado señor ZZ2.

A fs. 663 y siguientes consta la absolución de posiciones del demandado señor ZZ1.

A fs. 689 y siguientes consta el escrito presentado por la parte demandante con fecha 1° de junio de 2012, en la cual se formulan observaciones a la prueba rendida.

A fs. 746 y siguientes consta el escrito presentado por la parte demandada, con fecha 4 de junio de 2012, en la cual se formulan observaciones a la prueba rendida.

A fs. 767 y siguientes, consta el escrito presentado por los demandados en la que oponen la excepción de prescripción extintiva en contra de todas las obligaciones y derechos y de las acciones reclamadas en autos, emanadas y referidas a los Acuerdos de No Competencia celebrados con fecha 28 de octubre de 2004 entre la demandante y los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1.

A fs. 773, consta el acta de la audiencia efectuada el día 14 de junio de 2012, en la cual las partes formularon presentaciones orales sobre la prueba rendida.

A fs. 774 y siguientes, la parte demandante evacuó el traslado conferido a la presentación de fs. 767, solicitando se rechace la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, con costas.

A fs. 778 vta., por resolución de 15 de junio de 2012, el Árbitro dio por evacuado el traslado y dejó para definitiva la resolución sobre la excepción de prescripción opuesta.

A fs. 779 vta., consta la resolución del Árbitro, de fecha 18 de junio de 2012, mediante la cual se citó a las partes para oír sentencia.

A fs. 780 consta la medida para mejor resolver dictada con fecha 19 de junio de 2012, tendiente a tener información de la sociedad TR3 y de sus accionistas. A la fecha de este laudo no se ha recibido respuesta a la información solicitada.

CONSIDERANDO:

Primero: Que XX, en adelante indistintamente XX o la demandante, ha demandado a los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1 y a las sociedades ZZ6, ZZ5 y ZZ4, a fin de que este Árbitro declare:

- 1) Que los demandados incumplieron las obligaciones contractuales de no hacer consignadas en los contratos denominados Acuerdos de No Competencia, de fechas 28 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2009;
- 2) Que, atendido el incumplimiento de las obligaciones de no hacer indicadas precedentemente, se condene a cada uno de los demandados, a título de cláusula penal, a pagar las cantidades de \$95.706.357, más reajustes e intereses;
- 3) Que, además de los pagos correspondientes a las cláusulas penales, corresponde la indemnización del total de los perjuicios sufridos por los incumplimientos, por lo que se solicita condenar a los demandados al pago por concepto de daño emergente, de lucro cesante y de daño moral, por montos cuya determinación reservan para la etapa de ejecución de la sentencia; solicitan asimismo que las sumas sean pagadas reajustadas de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor, más intereses corrientes, hasta la fecha de pago efectivo;

Además, solicita:

- 4) Que se ordene a los demandados cesar todos los actos que impliquen nuevos incumplimientos de los Acuerdos de No Competencia y, que se condene a los demandados al pago de las costas de la causa.
- 5) Que se condene en costas a los demandados.

Segundo: Que los demandados, al contestar la demanda y solicitar su rechazo, han solicitado:

- 1) Que se declare que los Acuerdo de No Competencia suscritos en los años 2004 y 2009 son nulos de nulidad absoluta, por adolecer de objeto ilícito, de causa ilícita, por ser actos simulados por lo que carecen de causa y por carecer dichos pactos de los elementos de la esencia;

- 2) En subsidio, que se declare que los Pactos de No competencia son nulos de nulidad relativa, por adolecer del vicio del consentimiento de fuerza;
- 3) En subsidio, que se declare improcedente y se rechace la demanda por estar mal planteada, al no haberse solicitado el cumplimiento ni la resolución de los contratos;
- 4) Que se acoja en subsidio la excepción de contrato no cumplido;
- 5) Que se declare que es improcedente y no puede conocerse en juicio arbitral lo relativo a los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009, por lo que el Árbitro sería incompetente, toda vez que dichos acuerdos no habrían sido suscritos por la demandante sino por la sociedad TR1;
- 6) Que se declare que la demandante carece de legitimación activa respecto a dichos acuerdos;
- 7) Que se declare la extemporaneidad del ejercicio por la demandante del derecho a optar por el Acuerdo de No Competencia respecto del demandado ZZ3, por haber sido ejercido extemporáneamente, y
- 8) Que se condene en costas a la demandante.

Tercero: Que los demandados interpusieron demanda reconvenional en contra de la demandante, solicitando que se declare que XX incumplió los Acuerdos de No Competencia celebrados el 28 de octubre de 2004 y el 28 de mayo de 2009; que se declaren resueltos los mencionados contratos, que se declare que dichos incumplimientos causaron perjuicios a los demandados, que se declare que la demandante se encuentra obligada a indemnizar los perjuicios causados, reservándose el derecho de litigar sobre el monto de los perjuicios para la etapa del cumplimiento del fallo y que se condene en costas a la demandada reconvenional;

Cuarto: Que XX, al contestar la demanda reconvenional, solicitó que esta fuera rechazada por cuanto cumplió puntual y fielmente los contratos suscritos entre las partes con fecha 28 de octubre de 2004 y 28 de mayo de 2009; que fueron los demandados quienes decidieron poner término a sus contratos de trabajo, auto despidiéndose, con fecha 4 de marzo de 2011; que XX envió carta a los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 notificándoles la obligación de no competir, para ellos y sus sociedades, y que siempre cumplió y estuvo llana a cumplir sus obligaciones; que no existen fundamentos para solicitar la indemnización de perjuicios y que la solicitud de incompetencia alegada en la contestación de la demanda es contradictoria con la solicitud de resolución de contrato demandada en la demanda reconvenional.

Quinto: Que, adicionalmente, la parte demandada ha opuesto excepción anómala de prescripción extintiva respecto de las obligaciones y derechos y de las acciones reclamadas en autos referidas a los Acuerdos de No Competencia celebrados con fecha 28 de octubre de 2004. Fundamentan los demandados la prescripción extintiva de las obligaciones respecto de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004, en el sentido de que en Chile debe considerarse que este tipo de cláusulas de no competencia solo pueden tener una vigencia de tres años como máximo o eventualmente de cinco años, desde que se firma el respectivo acuerdo, por lo cual debe entenderse que el límite temporal máximo no puede exceder de cinco años y que el plazo de la prescripción debe contarse desde que la obligación se hizo exigible; como los Acuerdos de No Competencia se hicieron exigibles una vez firmados y acordados, las acciones derivadas de los Acuerdos suscritos el 28 de octubre de 2004 deben entenderse que están prescritas.

Sexto: Que es un hecho no controvertido que con fecha 28 de octubre de 2004 se suscribió entre XX, como compradora, y la sociedad TR2, como vendedora, un contrato de compraventa de 589.534.651 acciones de la sociedad anónima cerrada TR1, mediante el cual la vendedora enajenó el 40% de la mencionada sociedad, a la compradora. En ese contrato concurren, junto con la compradora, TR4, y, junto con la vendedora, los accionistas de la misma, entre ellos los demandados señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1.

En la cláusula séptima de este contrato de compraventa las partes declararon y aceptaron que era condición esencial de la celebración de dicho contrato, la suscripción por parte de cada uno de los accionistas de TR2 de un Acuerdo de No Competencia, que incluye entre otras materias las obligaciones de no competencia en la industria, no captación de clientes ni contratación de empleados y de confidencialidad, y cada uno de dichos

accionistas firmaron como anexos a este contrato de compraventa los denominados “Anexos 15 A a I”, que se entienden formar parte integrante del referido contrato para todos los efectos legales y contractuales a que hubiere lugar. En dicha cláusula séptima se agregó que las partes convinieron que cualquier infracción a los Acuerdos de No Competencia señalados será de responsabilidad individual y exclusiva de cada otorgante, según los términos y condiciones en que estos han sido celebrados.

Séptimo: Que en cada uno de los anexos 15 F, 15 G y 15 I, constan respectivamente los Acuerdos de No Competencia suscritos entre XX y TR1 con los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2. El contenido de todos estos contratos es idéntico entre sí.

En cada uno de ellos, las personas mencionadas se obligaron a no competir en la industria durante la vigencia de la relación laboral con TR1 o cualquiera de sus filiales, que comprendía no desarrollar, ejercer, manejar, ingresar, controlar, participar, interesarse ni relacionarse, directa o indirectamente, en ninguna actividad o negocio, sea bajo la forma de empresa individual, asociación, sociedad o *joint ventures* o cualquier otra clase de entidad empresarial, y ya sea como dueño individual, socio o accionista, miembro, gerente, partícipe del proyecto conjunto, funcionario, director, asesor, investigador, agente, empleado o de cualquier otra manera (salvo en representación de TR1 o una de sus filiales), si dicha actividad o negocio es del tipo y/o carácter que desarrolla TR1 o cualquiera de sus filiales. Adicionalmente XX tuvo el derecho de obligar a cada una de las personas mencionadas a optar por exigir que cada una de ellas se obligara en los mismos términos de No Competencia ya señalados, durante un período de hasta un año siguiente a la terminación de la relación laboral, mediante envío de una comunicación al domicilio del obligado dentro de los 20 días siguientes a la fecha de terminación de la relación laboral, en la que se debía especificar la duración del período de No Competencia. También se obligaron en cada uno de los Acuerdos de No Competencia a no captar clientes y a no contratar empleados, en los términos explicitados en las cláusulas tercera y cuarta de los mencionados Acuerdos de No Competencia.

Octavo: Que con fecha 28 de mayo de 2009, se celebraron sendos Acuerdos de No Competencia, entre TR1 por una parte, y por la otra ZZ6, representada por don ZZ3, sociedad ZZ4 representada por don ZZ1, y ZZ5, representada por don ZZ2.

En cada uno de estos Acuerdos de No Competencia se convino en la obligación de cada una de las sociedades ZZ6, ZZ4 y ZZ5, a someterse a las mismas obligaciones que las establecidas respecto de cada uno de los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 en los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004, en consecuencia a las obligaciones de no competencia en la industria, de no captación de clientes y de no contratación de empleados, durante la vigencia de las relaciones laborales de los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 con TR1 o cualquiera de sus filiales, obligación de no competencia que se extendería con posterioridad al término de la relación laboral con TR1 o cualquiera de sus filiales en los mismos términos en que podía extenderse la obligación de no competencia de las personas naturales mencionadas, y respecto a las obligaciones de no contratar empleados y de no captar clientes se extenderían por dos años después del término de la relación laboral.

Por la celebración de estos nuevos Acuerdos de No Competencia se pagó a ZZ6 la suma de \$ 169.680.000, equivalentes a US\$ 300.000, y a cada una de las sociedades ZZ4 y ZZ5, las sumas de \$ 56.560.000, equivalentes a la fecha a US\$ 100.000.

Noveno: Que tanto en el contrato de Compraventa de Acciones de 28 de octubre de 2004, como en cada uno de los Anexos 15-F, 15-G y 15 I, así como también en cada uno de los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009, se estipuló una cláusula compromisoria, en virtud de las cuales cualquier duda, dificultad o controversia que surgiera entre las partes con motivo de cada uno de los referidos contratos, acuerdos o modificaciones y que se refiriera a la interpretación, cumplimiento, validez, ejecución, terminación o cualquier otra causa relacionada con los mismos, se resolvería mediante arbitraje de conformidad con las reglas de

Procedimiento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, señalándose que el Árbitro designado tendría el carácter de Árbitro Arbitrador.

Décimo: Que para una adecuada resolución de esta contienda, este Árbitro considera menester analizar primeramente la procedencia de las excepciones opuestas por los demandados respecto de la validez de los Acuerdos de No Competencia de los años 2004 y 2009, toda vez que los demandados han solicitado se declare que dichos Acuerdos son nulos de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitas y por falta de elementos de la esencia del contrato, y, subsidiariamente nulos de nulidad relativa por el vicio de la voluntad, fuerza, y que, a mayor abundamiento, los pactos del año 2009 son contratos simulados, siendo la simulación ilícita.

Undécimo: Que en relación con las eventuales causales de nulidad que podrían afectar a los Acuerdos de No Competencia, y de los hechos que las configurarían, se fijó el punto de prueba N° 8, que dice lo siguiente “8. Existencia de causales de nulidad de los Pactos de No Competencia. Hechos que las configurarían”, y que respecto del eventual vicio de fuerza que configuraría la causal de nulidad relativa, se fijó como punto de prueba N° 5 el siguiente: “5. Existencia y entidad de fuerza ejercida por la demandante sobre los demandados para suscribir Acuerdos de No Competencia”.

En relación con estas materias, la parte demandada acompañó diversos documentos que confirmarían la existencia de causales de nulidad absoluta y relativa.

Duodécimo: Que los demandados han señalado que los Acuerdos de No Competencia adolecerían de objeto ilícito, por lo cual se configuraría la nulidad absoluta de dichos pactos.

De acuerdo a los antecedentes aportados y a lo revisado por este Árbitro, no existen elementos que puedan demostrar que estos pactos adolezcan de objeto ilícito.

En nuestro sistema jurídico las cláusulas de No Competencia son lícitas, y no existe disposición en nuestra legislación que las prohíba. Tampoco puede sostenerse, que el celebrar una cláusula de esta naturaleza, asumiendo obligaciones de no competir en una industria determinada por un período de tiempo también determinado, constituya una vulneración al Artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, que consagra la libertad de trabajo, toda vez que los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 celebraron libremente estos pactos, como consecuencia de un acto civil consistente en la venta de las acciones de que eran propietarios, operación que como se dejó expresa constancia en el contrato respectivo, tenía como condición esencial el que los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2 se mantuvieran en la empresa y que se suscribieran los contratos adicionales que se pactaron con ellos. Siguiendo la argumentación de los demandados, también podrían invocar que los contratos de trabajo, que se obligaron a respetar, también atentarían contra la libertad de trabajo, lo que no puede ser aceptado. No se ve cómo podrían adolecer estos convenios de objeto ilícito, toda vez que no son contrarios ni contravienen el orden público o las buenas costumbres. Tampoco concurre ningún requisito o circunstancia que permita considerar estos acuerdos como contrarios a los principios que informan la libre competencia. En consecuencia, esta excepción es improcedente.

Decimotercero: Que los demandados han señalado también que los Acuerdos de No Competencia adolecerían de causa ilícita, por lo cual los viciaría de nulidad absoluta.

No se ha acreditado en autos ningún antecedente que permita concluir que los Acuerdos de No Competencia tengan una causa ilícita. Si entendemos por causa el motivo que induce al acto o contrato, queda claro que la celebración de estos pactos obedeció a una contraprestación resultante de una negociación más amplia que implicaba la venta de acciones de una sociedad, con lo cual esta pasaba a ser controlada por una nueva entidad, y que en esta operación de venta era esencial que los principales ejecutivos de la misma se mantuvieran trabajando en la empresa y que, además, se convinieran determinadas obligaciones en materia de no competencia, no captación de clientes ni contratación de empleados, todos ellos de común ocurrencia

en transacciones de esta naturaleza. A cambio de estas prestaciones los interesados o u obligados, como se les quiera llamar, recibieron retribuciones en dinero, acordes también con la naturaleza y montos de sus servicios y de las obligaciones contractuales. Para que haya causa ilícita, esta debe ser prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público, lo que no ocurre en la especie.

Por todo lo anterior, no se ha demostrado la existencia de una causa ilícita en la celebración de estos actos, que los invalidarían por nulidad absoluta.

Decimocuarto: Que los demandados también han invocado que los Acuerdos de No Competencia celebrados el 28 de mayo de 2009 serían actos simulados, por lo que carecerían de causa y adolecerían consecuentemente de nulidad absoluta.

Al respecto, y conforme a la prueba aportada y a los antecedentes proporcionados por las partes, la celebración de los Acuerdos de No Competencia de 2009 a que se hace referencia obedeció al resultado de negociaciones entre las partes, adoptadas con posterioridad al primer acuerdo, teniendo por objeto determinado el pago de una suma de dinero, en forma que satisficiera los intereses de ambas partes, para una, hacerlo sin una contingencia especial y para la otra, hacerlo en forma que maximizara su rendimiento desde el punto de vista de los impuestos que pudieran afectarla. Una parte y la otra cumplieron sus objetivos, materializaron estos Acuerdos en la forma en que se ha dado a conocer, y por una parte asumieron una obligación y por la otra hubo una contraprestación, ambas reales, lo que no permite concluir que se trate de actos simulados. Por lo demás, ambas partes supieron qué obligaciones asumían y de qué se trataban los Acuerdos, y consintieron libremente en ellos.

Decimoquinto: Que, por otra parte, los demandados han sostenido que los Acuerdos de No Competencia carecerían de los elementos de la esencia del mismo, y en consecuencia serían nulos absolutamente.

En relación con este punto, se trataría de demostrar que estos actos no tendrían un fin lícito, no contendrían un plazo cierto de exigencia y no se pagaría una compensación económica por la obligación de no competir. De los antecedentes aportados y de la prueba rendida, no se aprecia la falta de ninguno de esos elementos esenciales ya que la licitud del fin de los pactos ha quedado acreditada, ellos tienen un plazo cierto de vigencia, cual era durante la vigencia de los contratos laborales de los vendedores, por una parte, y por la otra hasta un año después de expirados dichos contratos, si así optaba la demandante, y de dos años en los casos de no captación de clientes y de no contratación de empleados, y se ha demostrado la existencia de contraprestaciones económicas por la celebración de los mismos.

De acuerdo a lo anterior, no se ha configurado la causal que permitiera declarar la nulidad absoluta de los contratos por falta de elementos de su esencia.

Decimosexto: Que respecto del vicio de fuerza que afectaría a los contratos, y que configurarían la causal de nulidad relativa, la parte demandada ha sostenido que los demandados fueron forzados a firmar los Acuerdos de No Competencia “bajo el temor de perder sus trabajos y fuentes de ingresos, lo que por cierto les causó una impresión fuerte, pues en los tres casos eran los sostenes económicos de sus familias, debido a lo cual la pérdida de trabajo les acarrearía una situación en extremo compleja, con un trastorno total en la vida y actividades de sus familias”. Lo anterior configuraría una fuerza imposible de resistir para tener que firmar los pactos impuestos por la ex empleadora, pues la no suscripción les significaría una inmediata cesantía.

De acuerdo con la prueba rendida, este Árbitro no aprecia la existencia de un acto de fuerza por parte de la demandante para obligar a los demandados a suscribir los Acuerdos de No Competencia. Al respecto cabe señalar que ellos libremente consintieron en vender las acciones que poseían en TR1, por lo cual recibieron un precio determinado y que a mayor abundamiento ellos consintieron en suscribir pactos de no competencia,

de no captación de clientes y de no contratación de empleados, teniéndose presente que los Acuerdos de No Competencia regirían mientras estuvieren vigentes sus respectivos contratos de trabajo, y terminados estos hasta por el plazo de un año si así optaba XX, debiéndose señalar, por lo demás, que los demandados se mantuvieron como empleados de algunas de las sociedades vinculadas a la demandante por un considerable espacio de tiempo, durante el cual percibieron remuneraciones acordes a la naturaleza de sus servicios.

Por lo demás, la fuerza, para que vicie el consentimiento, debe ser grave, (capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, es decir influir significativamente en el ánimo de quien la sufre o padece, lo que corresponde apreciar libremente al juez), injusta o ilícita (contraria a la ley o al derecho) y determinante (el consentimiento debe ser consecuencia inmediata y directa de la fuerza), requisitos que no se han probado haber ocurrido en el caso de autos.

Todo lo anterior lleva a concluir que no ha sido demostrada la existencia de un vicio de fuerza que afecte los Acuerdos de No Competencia y que los viciaría de nulidad relativa.

Decimoséptimo: Que se hace necesario, enseguida, analizar la excepción anómala de prescripción, invocada por los demandados, toda vez que si fuera ella procedente, una parte de la demanda debería ser desestimada.

Respecto de esta prescripción, los demandados la han invocado en el sentido de que se declaren prescritas todas las obligaciones y derechos y las acciones reclamadas en autos referidas a los Acuerdos de No Competencia celebrados con fecha 28 de octubre de 2004, fundándose en que los pactos de no competencia deben tener una vigencia limitada en el tiempo, que según diversos precedentes y antecedentes puede ser de dos, de tres, o como máximo de cinco años desde que se firma el respectivo pacto, a partir del cual se hacen exigibles las obligaciones, y en consecuencia, las estipulaciones contenidas en las cláusulas o acuerdos de no competencia no podrían ser exigidas luego de vencido el período respectivo (máximo cinco años).

Según el texto de cada uno de los Acuerdos de No Competencia celebrados el 28 de octubre de 2004, en lo que se refiere precisamente al tema de la no competencia, se estipuló que las obligaciones asumidas por los señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2, eran las de no competir durante la vigencia de la relación laboral, materia absolutamente lógica y que más bien está relacionada con la forma de cumplir un vínculo de trabajo, y, adicionalmente, por hasta el plazo de un año, una vez terminada la relación laboral, si así optaba XX dentro del plazo y en los términos previstos en el mismo Acuerdo.

En consecuencia, debe considerarse que por una parte existe una obligación que tiene una duración ilimitada en el sentido de que debe cumplirse durante la vigencia de la relación laboral, y otro acuerdo de no competencia, en el mismo sentido, de una duración de un año desde que se haya terminado la relación laboral y siempre que XX hubiere optado por esta prerrogativa.

La prescripción extintiva es una institución consagrada en nuestra legislación y que permite extinguir las obligaciones por no haberse ejercido los derechos correspondientes durante un período de tiempo establecido. El plazo para poder eximir el cumplimiento de las obligaciones, debe contarse desde que estas se han hecho exigibles y en el caso de incumplimiento, desde que ocurre tal incumplimiento.

En la situación que nos ocupa, durante la vigencia de la relación laboral es obvio que la parte demandante no pudo demandar el cumplimiento, toda vez que no había existido tal incumplimiento, pero el eventual incumplimiento habría ocurrido una vez terminada la relación laboral y supuesto que continuaba la obligación de no competir sobre la base de la opción que debía haber ejercido XX en forma y término oportunos.

En estas circunstancias, no se dan los supuestos que permitan declarar la prescripción extintiva de los derechos y obligaciones emanados de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004, toda vez

que la duración máxima de estos acuerdos es una materia que no dice relación con la vigencia y validez de los mismos acuerdos, según se ha visto precedentemente.

Por las razones anteriores, debe descartarse la excepción anómala de prescripción extintiva de los derechos y obligaciones emanados de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004. En la invocación de la excepción de prescripción extintiva, se ha producido una confusión de dos elementos; por una parte, lo que en opinión de los demandados significa un Pacto de No Competencia en términos de la duración del mismo, que no podría acceder en el peor de los casos de cinco años, y en consecuencia vencido ese plazo ya la obligación se habría extinguido, es decir, se trataría de obligaciones y derechos con un plazo máximo de duración; y por otra, se plantea el tema de la prescripción, es decir, la institución que permite declarar extinguidas determinadas acciones y derechos por no haberse ejercido durante cierto período de tiempo. Esto es diferente ya que para que se puedan reclamar las obligaciones, tienen que haberse hecho exigibles, y ellas se hicieron exigibles en los términos convenidos en los Acuerdos de No Competencia, esto es, durante la vigencia de la relación laboral por una parte, lo que más bien es una obligación propia del vínculo de trabajo, y con posterioridad a ella durante el plazo de hasta un año si así lo hubiere solicitado oportunamente y en los términos convenidos XX.

Por lo tanto, no es posible, a través de la institución de la prescripción extintiva, pretender que se extinguieron determinadas obligaciones, ya que para estos efectos debe contarse el plazo de extinción desde que se hicieron exigibles las acciones o derechos, y en el caso propiamente de los derechos y obligaciones emanados de los Acuerdos de No Competencia, ellos se hicieron exigibles a contar del término de la relación laboral, lo que ocurrió en marzo de 2011.

Decimoctavo: Que, por otra parte, los demandados han solicitado se declare la falta de legitimación activa de XX, respecto de los Acuerdos de No Competencia del año 2009, por no ser parte de los mismos.

A este respecto, los demandados señalan que los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009 fueron celebrados entre TR1, por una parte, y, por la otra, las sociedades ZZ6, ZZ4 y ZZ5, de manera que XX estaría demandando respecto del incumplimiento de obligaciones contenidas en un contrato de los cuales no es parte.

En relación con estas materias, debe tenerse presente que en las cláusulas séptima de cada uno de los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009, se estipuló que en caso de incumplimiento por parte de don ZZ3, de don ZZ1 y don ZZ2, como de incumplimiento de cada una de las sociedades representadas por ellos, XX tendría derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios, que las partes liquidan anticipadamente para estos casos, al pago de la pena compensatoria establecida en la cláusula séptima del Acuerdo de No Competencia (de 28 de octubre de 2004), equivalente en moneda nacional a \$ 95.706.357, agregándose que XX podría exigir la reparación del total de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de que se trate. Además de lo anterior, en cada uno de los Acuerdos de No Competencia se consignó que las obligaciones asumidas por los demandados y sus sociedades lo eran a favor de TR1 o cualquiera de sus filiales.

Con el mérito de todo lo anterior, debe entenderse que XX está legitimado activamente para poder interponer demanda, solicitar declarar el incumplimiento de los contratos y demandar la correspondiente indemnización de perjuicios.

En consecuencia, no se estima procedente la excepción a que se ha hecho referencia en este considerando.

Décimo Noveno: Que los demandados han opuesto también excepción de improcedencia e imposibilidad de conocerse en este juicio arbitral lo relativo a los Acuerdos de No Competencia celebrados con fecha 28 de mayo de 2009, siendo este Árbitro incompetente para ello.

Para lo anterior se han fundado en que los Acuerdos de No Competencia de 2009 se celebraron entre TR1, por una parte, y cada una de las sociedades ZZ6, ZZ5 y ZZ4, por la otra, documentos en los cuales los contratantes dieron jurisdicción y competencia al Tribunal arbitral para conocer de las controversias derivadas de dichos contratos. En esos contratos la contraparte de los demandados fue TR1, que no es parte del presente juicio arbitral y no ha comparecido ni demandado.

En efecto, la cláusula arbitral convenida en los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009, forma parte de dichos acuerdos, y no es contratante de los mismos XX, no obstante que esta sociedad, según la cláusula séptima de dichos acuerdos, tiene derecho a exigir, a título de indemnización de perjuicios, determinada anticipadamente para estos casos, el pago de una pena compensatoria en caso de incumplimiento de los acuerdos. En consecuencia, no obstante el derecho que pueda tener XX a exigir el pago de la cláusula penal por incumplimiento de los Acuerdos de No Competencia, esta sociedad no es parte de los contratos, y por lo tanto no puede demandar en esta sede arbitral el pago de las multas por incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior se acogerá la excepción de incompetencia del Árbitro para conocer de la demanda interpuesta por XX en contra de los demandados respecto del incumplimiento y pago de las multas pactadas en los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009.

Vigésimo: Que, atendido lo expresado en el considerando anterior, solo se analizará lo relativo al cumplimiento o incumplimiento de los Acuerdos de No Competencia de fecha 28 de octubre de 2004.

Vigésimo Primero: Que se ha solicitado se declare la extemporaneidad del ejercicio por la demandante del derecho a optar por el Pacto de No Competencia respecto del demandado ZZ3, por cuanto este habría recibido la carta de XX en que ejercía la opción después que habían transcurrido y vencido los 20 días hábiles señalados en el contrato, de modo que la demandante no habría ejercido dentro del plazo acordado por las partes su derecho a exigir la no competencia, derecho que se habría extinguido.

Al respecto, se ha acreditado en autos que el término de la relación laboral ocurrió por decisión del demandado señor ZZ3 el 4 de marzo de 2011 y que XX le envió la carta en que ejerció el derecho a exigir la no competencia por carta de 24 de marzo de 2011, enviada esa misma fecha mediante el sistema de carta certificada, según consta del certificado pertinente de Correos de Chile.

El Acuerdo de No Competencia establecía que la opción de XX debía ejercerse dentro de los 20 días hábiles (no corridos) y debía hacerse mediante el envío dentro de ese plazo de la carta correspondiente, lo que así ocurrió según se acreditó en autos. El contrato no exigía la recepción de la comunicación por el señor ZZ3 dentro de ese plazo.

Por lo tanto, se desestimará esta alegación formulada en la contestación de la demanda.

Vigésimo Segundo: Que la demandante ha solicitado se declare que los demandados incumplieron las obligaciones contractuales de no hacer previstas en los Acuerdos de No Competencia de fecha 28 de octubre de 2004. En este sentido debe entenderse que se refiere a los demandados personas naturales señores ZZ3, ZZ1 y ZZ2, quienes suscribieron los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004.

Las obligaciones de no hacer a que se hace referencia en los denominados Acuerdos de No Competencia consisten en la obligación de no competir, en la obligación de no captar clientes y en la obligación de no contratar empleados.

Vigésimo Tercero: Que las obligaciones de no competir en la industria que están estipuladas en las cláusulas segunda de los Anexos 15-F, G e I, se extienden durante la vigencia de la relación laboral de cada

una de las personas naturales contratantes con TR1 o con cualquiera de sus filiales, y se podrían extender por un año después de terminada la relación laboral, si así optaba XX mediante comunicación enviada al domicilio del obligado dentro de los 20 días hábiles siguientes al término de la relación laboral.

Vigésimo Cuarto: Que respecto de las obligaciones de no captación de clientes y de no contratación de empleados, tendrían una vigencia durante la relación laboral y durante los dos años siguientes del término de esa relación laboral.

La precisión y alcance de estas obligaciones están contenidos en cada una de las cláusulas tercera y cuarta de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004.

Vigésimo Quinto: Que como puntos de prueba se fijaron en los números 1) 2) y 3) del auto de prueba, probar el incumplimiento por parte de los demandados de las obligaciones contraídas en virtud de los Acuerdos de No Competencia en lo relativo precisamente a no competir, a no captar clientes y a no contratar empleados.

Vigésimo Sexto: Que con la prueba rendida en autos, este Tribunal se formó la convicción de que los demandados no dieron cumplimiento a las obligaciones relativas a no competencia, a no captar clientes y a no contratar empleados, contenidos en los Acuerdos de No Competencia.

Para estos efectos se ha tenido en consideración tanto la prueba documental acompañada, como las declaraciones de testigos y las absoluciones de posiciones de las partes.

Así, primeramente se acreditó en autos que la demandante ejerció dentro del plazo establecido en las cláusulas tercera de los Acuerdos de No Competencia, contenidos en los Anexos F, G e I, la opción para que las personas naturales demandadas mantuvieran la obligación de no competir en la industria durante el plazo de un año una vez terminados los contratos de trabajo.

Respecto de la obligación de no competir, y al tenor de lo dispuesto de las mismas cláusulas segunda, la obligación de no hacer era amplia, y sin embargo los demandados tan pronto terminaron sus contratos de trabajo se incorporaron como principales ejecutivos a la sociedad TR3 SpA. (en adelante TR3).

No se acreditó en autos quiénes son los socios de TR3, aunque resulta curioso que estas tres personas naturales se hayan incorporado a una sociedad, uno como director general y los otros en cargos de alta jerarquía (director general de cuentas y director general creativo), sin saber con quiénes contrataban ni quiénes eran en definitiva los dueños de la empresa para quien trabajarían, es decir, sus empleadores. Sin perjuicio de lo cual es un hecho que en las distintas calidades en que fueron contratados, asumieron sus obligaciones con TR3 tan pronto como terminaron sus contratos de trabajo, haciendo caso omiso de la opción ejercida por XX respecto de la obligación de no competir.

Igualmente las obligaciones de no captar clientes y de no contratar empleados, durante el período de dos años terminados los contratos de trabajo, se han visto vulneradas, es decir, no han sido cumplidas, como se demuestra con la numerosa clientela que pertenecía a las sociedades filiales de XX y que pasaron a trabajar con TR3, así como también con los diversos empleados que laboraban en la primera de las empresas o en alguna de sus filiales y que pasaron a desempeñarse en la nueva agencia de publicidad TR3.

Este Árbitro se ha formado la convicción, con los elementos de prueba aportados, que en cada una de las situaciones que se han descrito anteriormente, los demandados personas naturales incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones emanadas de los Acuerdos de No Competencia.

Vigésimo Séptimo: Que acreditados los incumplimientos a que se hace referencia en los considerandos precedentes, resulta pertinente que los demandados señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1, deban pagar cada uno de ellos a la demandante las cantidades de \$ 95.706.357, a título de cláusula penal.

Vigésimo Octavo: Que no es necesario pedir la resolución del contrato ni el cumplimiento forzado, para demandar el pago de la cláusula penal, en caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

Vigésimo Noveno: Que no es procedente acoger la excepción de contrato no cumplido, basado en la circunstancia que la demandante no pagó a los demandados el 75% de la remuneración, durante el período posterior a la relación laboral en que debería regir el Pacto de No Competencia.

Es obvio que desde que con posterioridad al autodespido y el inicio de la prestación de servicios a TR3 se hizo evidente que los demandados no darían cumplimiento a los pactos de no competencia, toda vez que se habían trasladado a trabajar a otra empresa de la misma industria de la publicidad y en consecuencia no había ninguna razón para que la demandante, no obstante que los demandados no estaban cumpliendo los pactos de no competencia, debiera estar obligada a pagar la remuneración por las asesorías, asesorías que por lo demás tampoco estaban prestando ni prestaron los demandados.

Trigésimo: Que no se acreditó que XX haya ejercido extemporáneamente la opción del Pacto de No Competencia respecto de don ZZ3, como se explicó en el considerando Vigésimo Primero.

Trigésimo Primero: Que la demandante ha solicitado también que se condene a los demandados al pago de la indemnización total de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de los Acuerdos de No Competencia, por conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Al respecto el punto 4) de prueba estableció que debía probarse “4. Existencia de daños patrimoniales y morales causados por los demandados a la demandante”.

En este contexto y de acuerdo a la prueba de autos, especialmente lo que se indica más adelante, se ha podido acreditar que los demandados causaron a la demandante perjuicios por los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral, con motivo del incumplimiento de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004, y en consecuencia corresponde declarar la procedencia de la indemnización de perjuicios por estos conceptos, quedando la determinación del monto de los daños a una instancia posterior, como se solicita en la demanda.

El daño emergente se ha demostrado con la disminución de ingresos que afectó a la demandante como consecuencia de haber perdido una serie de clientes de su cartera, clientes ellos que pasaron a serlo de TR3, sociedad en la cual se desempeñan los demandados.

Lo mismo ocurre como consecuencia de la contratación de empleados efectuada por TR3, que se desempeñaban con anterioridad con la demandante o con alguna de sus filiales, con la consecuencia de las variaciones que debieron sufrir las remuneraciones de otros trabajadores y de la necesidad del reemplazo de aquellos que dejaron de prestar servicios, en condiciones laborales diferentes y de mayor costo.

El lucro cesante se ha acreditado también con la disminución de ingresos que ha afectado a la demandante, al llevarse clientes y al haber competido con ella.

Respecto del daño moral, es evidente que él ha ocurrido, como se demuestra con la pérdida de prestigio sufrida por la demandante como consecuencia de los actos realizados por los demandados, afectando también, como se ha expresado, la confianza y el honor profesional de la sociedad demandante.

Trigésimo Segundo: Que la parte demandada interpuso demanda reconvenzional de resolución de contratos e indemnización de perjuicios en contra de XX, solicitando:

- 1) Que se declare que XX incumplió los Acuerdos de No Competencia, no captación de clientes y no contratación de empleados, celebrados el 28 de octubre de 2004 y el 28 de mayo de 2009, los primeros entre XX y los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1, y los segundos entre TR1 y ZZ6, ZZ5 y ZZ4.
- 2) Que se declaren resueltos los contratos denominados Acuerdos de No Competencia celebrados el 28 de octubre de 2004 y el 28 de mayo de 2009.
- 3) Que se declare que dichos incumplimientos causaron perjuicios a los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1 y a las sociedades ZZ6, ZZ5 y ZZ4
- 4) Que XX se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios causados a las personas naturales y jurídicas señaladas precedentemente.
- 5) Que se reserva a los demandantes reconvenzionales el derecho a litigar sobre el monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento del fallo o para otro juicio posterior, y
- 6) Que se condene en costas a la demandada reconvenzional.

Cabe hacer presente, que originalmente los demandados presentaron la demanda reconvenzional en carácter de subsidiaria a la petición de rechazo de la demanda principal y, luego, como consecuencia de la resolución del Árbitro que indicó que la demanda reconvenzional viniera en forma, procedieron a rectificarla, presentándola de manera tal que se le eliminó el carácter subsidiario.

Trigésimo Tercero: Que los fundamentos de la demanda reconvenzional fueron básicamente los siguientes:

- a) Que XX incumplió lo establecido en los Pactos de No Competencia celebrados en 2004 entre ella y los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1, y en 2009 entre TR1 con ZZ6, ZZ5 y ZZ4, negando con ello toda posibilidad a los demandados y demandantes reconvenzionales de cumplir con los mismos, ya que no obstante el envío de las cartas mediante las cuales se les hacía presente el haber tomado conocimiento del término de la relación laboral, les comunicó que seguirían vigentes las obligaciones de no captación de clientes y de no contratación de empleados y se les indicó que ejercía la cláusula de no competencia del acuerdo de 28 de octubre de 2004, por lo que durante el término de un año contado desde la fecha de terminación de la relación laboral deberían prestar obligatoriamente servicios de asesoría en Chile a XX o a la persona que se les indicará, por un honorario equivalente al 75% del sueldo bruto que percibían al momento de finalizar la relación laboral con TR4, pero que no obstante eso nunca encargó servicios ni cumplió la obligación de pago de 75% de la remuneración, sino que en su lugar los demandó por el supuesto incumplimiento de los pactos y para el cobro de las multas y perjuicios. Es decir, enfatiza que la demandante o demandada reconvenzional no cumplió con el pago del Pacto de No Competencia y nunca tuvo voluntad de hacerlo, pues tampoco encargó servicios a los demandados.
- b) Que atendido el incumplimiento invocado, procedería la resolución de los contratos.
- c) Que los perjuicios económicos o daño moral invocado provendrían de una serie de gastos en los que los demandados han debido y deberán seguir incurriendo en razón de las acciones judiciales iniciadas por la demandante, que les han causado una efectiva disminución de patrimonio, además de todo lo que los demandados han dejado de percibir debido a tener que desviar su atención y restarle tiempo y dedicación al trabajo en razón de los diversos juicios iniciados por la demandante en su contra y que, respecto al daño moral, entre otras cosas se habría perjudicado la imagen o fama de los demandados, los que han tenido además un sufrimiento o dolor que excede las repercusiones patrimoniales.

Trigésimo Cuarto: Que en relación con esta demanda reconvenzional, se fijaron los siguientes puntos de prueba “6.- Incumplimiento por parte de la demandante de sus obligaciones pactadas en los Acuerdos de No Competencia” y “7.- Existencia de daños y perjuicios causados por la demandante a los demandados”.

Para acreditar estos hechos, las partes acompañaron diversos documentos, presentaron testigos y solicitaron absolución de posiciones, todas las cuales han sido conocidas por este Árbitro, sus antecedentes han sido revisados y han permitido formarse una convicción sobre los hechos imputados.

Trigésimo Quinto: Que no ha resultado acreditado la circunstancia de que hubiere habido incumplimiento por parte de la demandante o demandada reconvenional respecto de los Acuerdos de No Competencia de 28 de octubre de 2004 y de 28 de mayo de 2009.

Los incumplimientos que invocaron los demandados o demandantes reconvenionales, dicen relación con dos circunstancias:

- i) Que la demandante no habría efectuado encargos para que los demandados pudieren prestar asesorías, y
- ii) Que la demandante no efectuó los pagos correspondientes por concepto de la asesoría, esto es, el 75% de las remuneraciones brutas que percibían los demandados al término de la relación laboral.

Se ha acreditado en autos que fueron los demandados, con ocasión de su autodespido, que en una fecha inmediatamente posterior a él, pasaron a prestar servicios a la empresa de publicidad TR3 y a desarrollar actividades vinculadas a la publicidad con diversos clientes, lo que obviamente demostró su intención, como ya se expresó en otros considerandos, de no cumplir con los Pactos de No Competencia y en consecuencia de no prestar la asesoría comprometida.

En estas circunstancias, resulta absurdo pretender que la demandante debió haber efectuado los pagos que le hubiere correspondido hacer en forma mensual durante el período de no competencia, como asimismo efectuar encargos de asesorías a personas que habían ya expresado su intención de no trabajar bajo ninguna circunstancia, ni en el carácter de asesores, para la demandante o sus filiales o coligadas.

Debe hacerse presente, adicionalmente, que resulta curioso que no obstante que se solicitó en la parte principal de la contestación de la demanda que se declarara que este Tribunal no era competente para conocer, respecto de XX, asuntos derivados del cumplimiento de los Acuerdos de No Competencia de 28 de marzo de 2009, que también se invoque y se presente una demanda reconvenional en su contra por el supuesto incumplimiento de estos acuerdos.

En consecuencia, debe considerarse que no se ha acreditado el incumplimiento de la demandante respecto de los Acuerdos de No Competencia celebrados con los demandados y por lo tanto resulta improcedente tanto la solicitud de resolución de dichos acuerdos, como la demanda reconvenional por estos aspectos.

Trigésimo Sexto: Que tampoco se ha acreditado la existencia de perjuicios o daños morales a los demandados, que pudieren ser de fundamento para condenar a la demandada reconvenional por estas circunstancias y más aún, resultan improcedentes toda vez que no se ha acreditado el incumplimiento de estos acuerdos por su parte.

Trigésimo Séptimo: Que como se ha expresado en los considerandos precedentes, con la prueba rendida en autos y con los demás antecedentes que obran en el proceso, no existen fundamentos para sostener que XX incurrió en actuaciones o incumplimientos que pudieren dar lugar a la demanda reconvenional interpuesta por los demandados, por lo que ella será desechada.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que en opinión de este Árbitro la sola presentación de una demanda reconvenional con el espíritu de “empatar” lo que se pueda derivar de las demandas principales, constituye una mala práctica que no es posible ni conveniente aceptar, aún más cuando dentro de los

antecedentes proporcionados, de la prueba rendida y de las declaraciones y actuaciones de las partes, no se aprecian hechos, antecedentes o circunstancias que den mérito a esa demanda reconvenzional, sino más bien que ella evidentemente está interpuesta con el fin de contrarrestar o agregar nueva argumentación a lo que es la contestación de la demanda principal.

Trigésimo Octavo: Que la parte demandante, por escrito de fs. 578, solicitó se ordene a la parte demandada pagar los gastos incurridos con motivo de las absoluciones de posiciones de los señores E.G. y M.S., consistentes en gastos de pasajes y alojamiento en Chile, por cuanto dichas personas no serían representantes de la demandante, a lo que se opuso la parte demandada por escrito de fs. 611, por las razones expresadas en el mismo, subrayando que la demandante es una persona jurídica extranjera, sin representantes, domicilio y giro claros y que la ley no contempla en caso alguno el pago o reembolso de los gastos por la comparecencia de un absolvente.

Al respecto, debe tenerse presente que los absolventes señores E.G. y M.S. tienen indudables vinculaciones con la demandante, aun cuando no sean en estricto rigor sus representantes legales, por lo cual ha sido pertinente su citación a absolver posiciones; además, en sus declaraciones han sido explícitos respecto al conocimiento de diversos hechos relacionados con este juicio arbitral, y han actuado, legítimamente, en pro de la posición de la demandante. Por todas estas razones no existe justificación ni razones que permitan concluir que los gastos en que incurrieron con motivo de la presencia a absolver posiciones deban recaer en la parte demandada, por lo que no se dará lugar a la petición de la demandante.

Trigésimo Noveno: Que la parte demandante, en el escrito de fs. 465 y siguientes, objetó los siguientes documentos acompañados en lo principal del escrito de fs. 362 y siguientes:

- a) Los acompañados en los N^{os} 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, todos ellos por tratarse de documentos emanados de terceros ajenos al juicio, que no han comparecido a reconocerlos, el del N^o 7, además, por ser un documento redactado en idioma extranjero y los de los N^{os} 8 y 14, además, por falta de integridad, por no acompañarse la página 2 de los mismos.
- b) El acompañado en el N^o 15, por tratarse de documentos que no han sido reconocidos en juicio por la parte de la cual emanan.
- c) Los acompañados en los N^{os} 16, 17 y 18, sin expresar las razones de la objeción.
- d) El acompañado en el N^o 23, por falta de integridad, ya que la comunicación sostenida entre las partes y de que da cuenta el documento tendría cinco “planas” (sic) y solo se acompañaron dos.
- e) El acompañado en el N^o 30, por tratarse de un informe en derecho emanado de un tercero que no ha comparecido a reconocerlo, por lo que no consta la autenticidad ni integridad del mismo.
- f) El acompañado en el N^o 36, por emanar de un tercero ajeno al juicio que no ha comparecido a reconocerlo, por lo que no consta la autenticidad ni integridad del mismo.
- g) El acompañado en el N^o 41, por tratarse de un documento que emana de terceros ajenos al juicio, que no han comparecido en autos para reconocerlo, por lo que no consta la autenticidad ni integridad del mismo.

En relación con estas objeciones de documentos, es preciso señalar que tratándose de un arbitraje ante Árbitro Arbitrador, la aplicación estricta de las normas legales para el reconocimiento y aceptación de documentos no es procedente, a menos que concurran circunstancias indubitables que hagan procedente la aceptación de las objeciones.

Adicionalmente, los documentos en idioma extranjero no es necesario traducirlos pues el Árbitro los entiende perfectamente. Asimismo, en el caso del documento referido en la letra e), este fue reconocido expresamente por quien redactó y firmó el informe en derecho, con posterioridad a la objeción formulada, durante la prueba testimonial que rindió.

Por otra parte, la comprensión de estos documentos es clara, y en algunos que se objetan por falta de integridad, esta se refiere a páginas que no alteran ni afectan su comprensión.

En consecuencia, se rechazará la objeción de los documentos.

Cuadragésimo: Que ambas partes han solicitado la condena en costas a la contraria. En opinión de este Árbitro la demandante ha tenido razones fundadas para demandar, así como también para oponerse a la demanda reconvenional. Por su parte, también este Árbitro es de opinión que los demandados, si bien han tenido justificación y necesidad de exponer sus argumentaciones tendientes a desvirtuar la demanda, no han tenido razones fundadas para interponer la demanda reconvenional. No obstante, resulta difícil hacer una distinción entre las actuaciones y gestiones para uno y otro propósito. Por estas razones, este Árbitro no condenará en costas a ninguna de las partes.

Cuadragésimo Primero: Que este Árbitro se encuentra dentro de plazo para dictar el laudo, toda vez que el plazo del arbitraje, según consta del Acta de Procedimiento de 8 de junio de 2011, que rola a fs. 144 y siguientes, se contaba desde el 8 de junio de 2011; que este plazo era de seis meses prorrogables por otros seis, lo que así determinó oportunamente este Árbitro; que el plazo debe entenderse suspendido durante los meses de febrero de cada año, en este caso durante el mes de febrero del año 2012, y también el plazo se suspende durante los periodos de conciliación, en este caso desde el 18 de octubre al 8 de noviembre de 2011.

Con el mérito de lo expuesto en las consideraciones precedentes, y de las facultades concedidas al Árbitro, en su carácter de Árbitro Arbitrador, de las disposiciones contenidas en los Artículos 1.445 a 1.469, 1.545, 1.546, 1.556 a 1.566 y 1.698 a 1.714 del Código Civil, 341 a 429 y 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil, y 222 a 243 del Código Orgánico de Tribunales, de la Ley N° 19.418, de las normas del Reglamento de Arbitraje y Mediación del CAM Santiago y en conformidad de las reflexiones derivadas de la prudencia y equidad,

RESUELVO:

Primero: Se rechazan las objeciones de documentos formuladas por la demandante en el escrito de fs. 465 y siguientes.

Segundo: Se acoge parcialmente la demanda interpuesta por XX en contra de los señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1, y se declara:

1. Que los demandados antes mencionados incumplieron las obligaciones contractuales de no hacer, consignadas en los contratos denominados Acuerdos de No Competencia de fecha 28 de octubre de 2004.
2. Que atendido el incumplimiento de las obligaciones contractuales de no hacer antes indicadas, se condena a cada uno de los demandados señores ZZ3, ZZ2 y ZZ1, al pago de una multa de \$95.706.357, a título de cláusula penal.
3. Que, además de los pagos correspondientes a las cláusulas penales, corresponde que los demandados indemnicen de perjuicios a la demandante por el referido incumplimiento, por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, por montos cuya determinación deberá efectuarse en la etapa de ejecución de la sentencia o en la que proceda legalmente.
4. Las sumas que los demandados deberán pagar de acuerdo a lo señalado precedentemente, deberán pagarse reajustadas según la variación que experimente el índice de precios al consumidor, contado desde la fecha de esta sentencia y hasta la fecha del pago efectivo, más los intereses corrientes que correspondan, calculados durante la misma época.

Tercero: Se rechaza la demanda interpuesta por XX en contra de ZZ6, ZZ4 y ZZ5, en virtud del incumplimiento de los Acuerdos de No Competencia de 28 de mayo de 2009, por no ser parte la demandante en esos acuerdos y por tanto por carecer de competencia este Tribunal para conocer de dicha demanda.

Cuarto: Se ordena a los demandados al cese de todos los actos que impliquen nuevos incumplimientos de los Acuerdos de No Competencia, especialmente los suscritos con fecha 28 de octubre de 2004, mientras dure la vigencia de dichos Acuerdos.

Quinto: Se rechaza la demanda reconventional interpuesta por los demandados.

Sexto: Se rechaza la solicitud de la demandante para ordenar a la demandada el reembolso de los gastos incurridos con motivo de las absoluciones de posiciones de los señores E.G. y M.S.

Séptimo: Cada parte deberá hacerse cargo de sus costas personales y procesales.

La sentencia será firmada por la Secretaria General del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y por dos testigos.

Notifíquese personalmente o por cédula y archívese en su oportunidad. Roberto Guerrero del Río, Juez Árbitro

Testigos: Don C.T., y don J.L. Autorizó la señora Karin Helmlinger Casanova, Secretaria del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.