

**Eduardo Novoa Aldunate**

Árbitro Arbitrador

Fecha Sentencia: 23 de junio de 2006

**ROL 535**

**MATERIAS:** Suscripción de pago de acciones, opción y promesa – excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral – falta de legitimación activa de los demandantes – ineptitud del libelo – obligación de citar una junta de accionistas para el aumento de capital – obligación de aportar bienes – prórroga tácita del plazo para el cumplimiento – buena fe, doctrina de los actos propios – excepción de contrato no cumplido – fuerza mayor o caso fortuito – “culpa in eligendo” – mora – pago de multa.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** Los actores deducen demanda de resolución del Convenio de Asociación, de Suscripción de Pago de Acciones y Opción de Suscripción y Pago de Acciones y/o Promesa de Compraventa de Acciones, celebrado con ZZ, con indemnización de perjuicios. Alegan que esta última no cumplió con su obligación de suscribir el 14% de un aumento de capital de la sociedad TR1 y de adquirir, posteriormente, hasta un 10% adicional del capital. En su demanda reconvenzional, ZZ hace valer la cláusula penal pactada en el contrato, aduciendo que los demandantes principales le habrían imposibilitado adquirir las acciones de la compañía.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y 223.

Código Civil: Artículos 44, 1.489, 1.535, 1.542, 1.545, 1.546, 1.547, 1.552, 1.569, 1.996.

Ley 18.046: Artículos 55 y ss.

**DOCTRINA:**

No pueden los socios y representantes de ZZ desconocer las obligaciones del Convenio si además de firmarlo en representación –debidamente acreditada– de la demandada se constituyeron en garantes personales de su cumplimiento, como tampoco resulta admisible negarse a intervenir en la Junta de 18 de abril de 2005 con el pretexto de que la máquina debió aportarse en una Junta a realizarse el 6 de julio de 2004 si es un hecho de la causa que la demandada no estuvo en situación de entregar el equipo en esa fecha por incumplimiento del fabricante, desahuciendo definitivamente el contrato de compraventa con TR2 a fines de ese mes. Si una máquina similar fue ingresada a Chile recién en octubre de 2004 correspondía a la demandada instar a su contraparte a citar a la Junta de Accionistas representándole estar en situación de cumplir con el aporte del principal activo previsto en el Convenio de Asociación, comunicación que la demandada nunca justificó haber hecho. Estas circunstancias, unidas al reclamo de una información que tampoco fue exigida oportunamente por ZZ, llevan a este Árbitro a considerar que la demandada ha quebrantado el principio general de derecho fundado en la buena fe “que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente”. La demandada ha intentado oponer a su contraparte actuaciones dependientes de su propia decisión y voluntad para excusarse de cumplir con sus obligaciones, afectando los derechos e intereses contractuales de los demandantes (Considerando N° 7.12).

No corresponde tampoco estimar que el incumplimiento inicial del plazo que tenía ZZ para aportar el equipo destinado a la fabricación de losas alveolares se haya debido a “fuerza mayor o caso fortuito” por cuanto su noción como elemento que excluye la responsabilidad contractual va asociada a la “imposibilidad material” de que el deudor cumpla con su obligación, circunstancia que éste debía probar con arreglo al Artículo 1.674 del Código Civil. Esa prueba no sólo no se ha producido sino que, además, las partes del contrato de compraventa de la máquina TR2 renunciaron a invocarlo como se desprende de la cláusula

14º del Contrato de Compraventa Internacional de Maquinarias de 12 de febrero de 2004 agregado a los escritos de fs. 158 y 187, no siendo por tanto admisible oponerlo a la persona de los demandantes. Por otro lado, la doctrina excluye el caso fortuito en situaciones en que es posible imputar al deudor “culpa in eligendo” y los antecedentes probatorios allegados por la demandada permiten inferir que la firma proveedora argentina TR2, al ser notoriamente inepta en la ejecución del contrato (...) pone en duda la diligente y cuidadosa elección del fabricante por parte de la demandada (Considerando N° 7.13.d).

**DECISIÓN:**

Se acoge la demanda principal con condena en costas a la demandada. Se rechaza la demanda reconvencional.

**SENTENCIA:**

Santiago, 23 de junio de 2006.

**VISTOS:**

1. En cuanto a la excepción de incompetencia parcial opuesta por la demandada:
  - 1.1. Aduce la demandada ZZ S.A., en adelante ZZ, que este Árbitro carecería de competencia para conocer de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones cedidas a favor de TR1 S.A., en adelante TR1, por no ser parte del “Convenio de Asociación de Suscripción y Pago de Acciones y Opción de Suscripción y Pago de Acciones y/o Promesa de Compraventa de Acciones” suscrito el 6 de febrero de 2004, en adelante el Convenio, cuya infracción motiva las acciones y excepciones de las partes, por lo que la cláusula compromisoria allí pactada no le resulta aplicable y el conocimiento de los reclamos que pueda tener contra la demandada deben promoverse ante la justicia ordinaria.
  - 1.2. Diversas razones demuestran que la incompetencia alegada no resulta configurada: por un lado, no es parte directa de este litigio la sociedad TR1 sino que lo son sus socios y accionistas quienes reclaman por la infracción del Convenio al cual concurrieron como partes directas; del otro, los demandantes, como accionistas de la sociedad receptora de una serie de activos que le permitirían incrementar sus operaciones, negocios y utilidades tienen un interés recíproco, común y directo, en ese desarrollo y crecimiento. El Convenio sin duda que cede en beneficio de una persona jurídica independiente de sus accionistas más son éstos a quienes compete personalmente la decisión de realizar las actuaciones institucionales dirigidas a que se concretaran los aportes de bienes que le permitirían a TR1, integrada además de los actores, también por la demandada como accionista, ampliar su ámbito de negocios, transformarse en “líderes de la industria” y hacer surgir “la oportunidad de una reventa de acciones a capitales extranjeros”, según se consigna en el documento de fs. 13 que es parte integrante del Convenio.
  - 1.3. No se divisa de lo dicho, ni se deduce de las argumentaciones de la demandada, que este Juez Árbitro carezca de competencia para conocer en su integridad de la controversia planteada por las partes en sus escritos de litis, por lo que se desechará la excepción de incompetencia parcial deducida por ZZ en su contestación de fs. 74.

**2. EN CUANTO AL FONDO:**

- 2.1. A fs. 61 comparecen don XX1, don XX2 y don XX3, todos ingenieros, domiciliados en DML, comuna de Peñalolén, Santiago, demandando la resolución del Convenio de Asociación de 6

de febrero de 2004 que rola a fs. 4, suscrito entre los actores y ZZ, del giro de la construcción, domiciliada en DML, comuna de Recoleta, Santiago, más indemnización de perjuicios, en razón al incumplimiento del mismo por parte de ZZ, pues alegan que ésta no cumplió con las obligaciones que asumió al momento de su firma como fueron suscribir en una primera etapa el 14% de un aumento de capital de TR1 y en una segunda etapa adquirir hasta un 10% de capital adicional de modo de completar una participación accionaria del 24%, mediante el aporte, considerado determinante para celebración del contrato, de una máquina moldeadora operambulante S-2000/500, en adelante la máquina, cuyas especificaciones se fijaron en los Anexos 5 y 6 del Convenio, que debía encontrarse instalada y funcionando en la Planta de TR1, ubicada en la Comuna de Paine, a más tardar el 6 de julio de 2004 y que las partes avaluaron de común acuerdo en el equivalente a US\$ 165.000; de la imputación como aporte de gastos complementarios con un tope equivalente a US\$ 5.000 y del pago a más tardar el 31 de diciembre de 2004 del equivalente a US\$ 30.000.

- 2.2.** Expresan los demandantes que ZZ dejó incumplido el contrato al no haber aportado la máquina ni enterado los US\$ 30.000 en el plazo convenido, ni haber solicitado a los actores llamar a Junta Extraordinaria de Accionistas de TR1 para la concreción del aumento de capital de la firma mediante el aporte de los bienes comprometidos. Sin perjuicio de ello, en abril de 2005 y en razón a que la máquina había ingresado a Chile desde Argentina, lugar de su fabricación, los actores decidieron requerir a ZZ a dar cumplimiento a la suscripción y pago inicial del aumento de capital y, fundamentalmente, para formalizar el aporte de la máquina. A la Junta de Accionistas fijada para el 18 de abril de 2005 concurrieron los representantes de ZZ, don M.M., don C.Z. y don P.P., negándose a participar en ella y a materializar el objeto de la convocatoria, abandonando la sala donde tenía lugar dicha Junta.
- 2.3.** Los actores señalan como infringidos por la demandada los Artículos 1.545, 1.546 y 1.560 del Código Civil y traen a colación en abono a su pretensión jurídica los Artículos 44, 1.489, 1.535, 1.542, 1.556 y 1.558 de igual cuerpo legal.
- 2.4.** La no suscripción y pago del aumento de capital determinó el incumplimiento del Convenio, ocasionando diversos perjuicios a los demandantes, lo que lleva a los actores a exigir la resolución del Convenio con indemnización de perjuicios, consistentes en el pago de la cláusula penal pactada equivalente a UF 1.300 o, en subsidio, el pago de un monto total de \$ 195.446.838 por daño emergente, lucro cesante y daño moral, más reajustes e intereses y las costas de la causa.
- 3.** A fs. 74 rola escrito de contestación y demanda reconventional de ZZ donde aparte de la excepción de incompetencia parcial ya vista opone las de ineptitud del libelo y falta de legitimación activa de los demandantes, la primera fundada en que no es posible del texto de la demanda precisar quiénes son las personas que han accionado en este pleito o son las víctimas de los perjuicios demandados, produciéndose una absoluta confusión sobre la real identidad de los demandantes, y la segunda apoyada en que el Convenio no confiere derechos a los actores sino sólo a TR1 que es la única que podría haber exigido el cumplimiento de los aportes puesto que en la especie habría existido una estipulación de los actores a favor de TR1, siendo ésta la única que pudo demandar la resolución con indemnización de perjuicios.
- 3.1.** En cuanto al fondo de la demanda, ZZ solicita su rechazo basada en los siguientes predicamentos:

  - a)** que no ha existido incumplimiento de su parte a las obligaciones del Convenio ya que éstas se encontraban supeditadas a la condición suspensiva de que TR1 aumentará su capital para cubrir el aporte de la máquina, sus gastos y los dineros comprometidos y que

se le ofrecieran acciones a objeto de enterar su valor con el traspaso de tales bienes, lo que no ha ocurrido, incumpléndose la condición.

- b) que ha estado llana a cumplir con sus compromisos y, pese a contratiempos y mayores costos, importó desde Argentina la máquina en octubre de 2004 y en diciembre de ese año tomó un vale vista por US\$ 10.000 con los que pretendía completar parte del pago a TR1.
- c) que si la máquina y el dinero no fueron entregados fue porque TR1 dilató la celebración de la Junta de Accionistas y, por otro lado, se negó a extender un recibo que comprobara el cumplimiento anticipado del aporte.
- d) que quienes sí infringieron el Convenio son los actores por cuanto no dieron cumplimiento a su parte en las obligaciones asumidas al no haber aportado a la sociedad los bienes raíces de propiedad del socio don XX3 dentro del plazo fijado en el contrato.
- e) que en subsidio, y para el evento que se estimara que ZZ incumplió el Convenio, deberá también tenerse como incursos de incumplimiento a los demandantes, invocando a su favor la excepción de contrato no cumplido al no haberse constituido en mora de cumplir sus compromisos.
- f) que, de igual modo, los perjuicios reclamados son inexistentes o han sido notoriamente abultados, extendiéndose en razonamientos en torno a ello.
- g) que las partes previeron la posibilidad de que ocurriera un caso fortuito o fuerza mayor que retrasara la internación de la máquina, lo que efectivamente ocurrió, viéndose forzada ZZ a comprar la máquina a otro proveedor, en condiciones más onerosas, dando cuenta de ello a los actores.
- h) que la Junta de Accionistas del 18 de abril de 2005 no llegó a concretarse pues no se tradujo en una reforma de los estatutos que aumentara el capital de TR1 y posibilitara la suscripción y entrega de los aportes y, además, fue citada seis meses después de internada la máquina.
- i) termina señalando que TR1 adquirió y está operando una máquina similar a la del Convenio lo que demostraría el escaso interés de los demandantes por incorporar un nuevo socio a la compañía y reformar sus estatutos de la manera como los obligaba el Convenio.

**3.2.** ZZ reconviene a los actores fundada en que mientras ella estuvo siempre llana a cumplir con los aportes, los demandantes se desentendieron de los compromisos asumidos sin posibilitarle a la demandada que adquiriera parte de las acciones de la compañía, con lo cual la máquina ingresada al país se encuentra sin uso. Señala que siendo difícil la apreciación de los perjuicios causados limita su pretensión a la resolución del contrato y al pago de la multa pactada equivalente a UF 1.300, la cual deberá ser satisfecha por los demandados en forma simplemente conjunta, más las costas de la causa.

**3.3.** Los actores contestan la reconvencción a fs. 84 y piden su rechazo argumentando que ZZ ha desconocido el principio de la buena fe en materia contractual, pues al día 6 de julio de 2004 no se encontraba en situación de aportar la máquina a TR1 en razón a que recién llegó al país en octubre de 2004; que ello significa que la demandada intenta beneficiarse de su propio

incumplimiento a diferencia de los demandantes quienes antes del vencimiento de plazo original celebraron una Junta de Accionistas con el único objeto de aportar los bienes muebles especificados en el Anexo 4 del Convenio y aumentar el número de Directores, para de este modo preparar el ingreso a la sociedad de la demandada. Expresan que ZZ nunca manifestó su intención de que se verificara la Junta de Accionistas ni su voluntad de realizar los aportes, que en el caso de máquina debía hacerse con el equipo funcionando en la planta de TR1. Niegan que haya existido una disposición a cumplir con su parte en el Convenio desde el momento que citada la demandada formalmente a la Junta de Accionistas del 18 de abril de 2005 no participó en la reunión ni entregó los aportes comprometidos.

**3.4.** Los escritos de litis son complementados por la demandada a fs. 108 y por los actores a fs. 110 reafirmando las consideraciones ya planteadas y exponiendo los demandantes consideraciones en orden a desvirtuar las excepciones de incompetencia, ineptitud del libelo y falta de legitimación activa de los demandantes.

**4.** La audiencia de conciliación llevada a cabo a fs. 103 no dio resultado recibándose la causa a prueba a fs. 130 donde se fijan los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos, rindiendo ambas partes la siguiente prueba:

Testimonial: De don J.N. a fs. 152, de don C.V. a fs. 154, de don E.C. a fs. 160, de don A.L. a fs. 162 y de doña MA.Z. a fs. 207;

Documental: De los demandantes a fs. 139, 151, 183 y 186 y de la demandada a fs. 158, 166 y 185;

Absolución de Posiciones de los litigantes don C.Z. a fs. 171, de don XX1 a fs. 177, de don XX3 a fs. 182, de don W.B. a fs. 213 y de don XX2 a fs. 219, e Inspección Ocular de fs. 221.

A fs. 224 fue agregado escrito de buena prueba por la defensa de los demandantes.

**5.** Citadas las partes a oír sentencia se dispuso como medida para mejor resolver a fs. 257 tener por acompañados los documentos presentados fuera del término probatorio, a fs. 187 por la demandada y a fs. 196 por los actores.

Con lo relacionado y

#### **CONSIDERANDO:**

**6.** En cuanto a la objeción de documentos:

**6.1.** A fs. 190 los demandantes objetan el “Contrato de Compraventa Internacional de Maquinarias” acompañado por la demandada a fs. 158 como documento N° 1, en razón a su “falta de integridad”, pues no se habría acompañado su Anexo VII. Igual objeción se formula al Contrato, agregado a igual escrito, suscrito el 30 de julio de 2004 entre la demandada y TR3 por aludir a un Anexo IV que no fue acompañado.

**6.2.** Que ambas objeciones serán rechazadas por cuanto la primera no se configura, al obrar en el Cuaderno de Documentos de la demandada el anexo VII o “7” configurado por el Mandato Especial de la demandada a don A.L. y/o a don P.C., y tampoco la segunda, pues a pesar del desorden y falta de foliación que presentan los documentos anexos acompañados, ellos no fueron omitidos y el contrato principal a que acceden no es materialmente incompleto.

7. Que con fecha 6 de febrero de 2004 los señores XX1, XX2 y XX3, compareciendo por sí como accionistas, administradores y directores de TR1, suscribieron con los señores C.Z., M.M. y W.B., actuando por sí y en representación de ZZ, un “Convenio de Asociación de Suscripción y Pago de Acciones y Opción de Suscripción y Pago de Acciones y/o Promesa de Compraventa de Acciones” destinado a que ZZ adquiriera un porcentaje de hasta un 24% del capital social de TR1 mediante un aumento de capital inicial del 14% y otro opcional del 10% que, en este último caso, podía concretarse a través de una compraventa de acciones. El Convenio es firmado junto con 6 Anexos integrantes del mismo, donde las partes dan cuenta del estado financiero y la situación patrimonial de TR1 y sus flujos futuros derivados de contratos vigentes y dan cuenta de los activos que las partes acuerdan incorporar a la sociedad a fin de lograr el incremento de sus negocios y operaciones. Se subraya que el objeto del Convenio de Asociación es, por parte de ZZ, ingresar a TR1 con una participación de hasta un 24% y, por parte de los accionistas de ésta, obtener la incorporación de la máquina moldeadora operambulante S-2000/500 al activo de la empresa y el aporte de dineros. Se expresa además que los accionistas actuales de TR1 deberán aportarle los activos que se detallan en el Anexo 4 del contrato, libres de gravámenes y prohibiciones, siendo la situación actual de la compañía, sus ingresos futuros esperados y la forma de pago de los aportes convenidos, elementos determinantes para el consentimiento de cada una de las partes.

- 7.1. Que los socios de TR1 se obligaban a citar y realizar una Junta Extraordinaria de Accionistas a fin de aumentar el capital de la compañía y ofrecerle a ZZ la suscripción del 14% convenido, lo que debía hacerse a más tardar el 6 de julio de 2004 y pagarse con la máquina avaluada en US\$ 165.000 más gastos complementarios hasta por US\$ 5.000 y la suma en efectivo de US\$ 30.000, en los plazos señalados en el Convenio. De igual modo, los socios de TR1 debían aportar, mediante aumentos de capital que podían ser complementarios, sus activos personales individualizados en el Anexo 4. Se convino asimismo que ZZ podría adquirir un capital adicional del 10%, para lo cual debía comunicar esa decisión al directorio de TR1 antes del 15 de enero de 2005, entendiéndose, en caso contrario, que la voluntad de ZZ era adquirir el 10% de participación adicional.
- 7.2. Que en el Convenio las partes anticiparon su conformidad a los acuerdos que adopten el Directorio y las Juntas de Accionistas de TR1 que tengan por objeto reformar, adecuar y complementar los estatutos de la empresa al contenido del Convenio y que se permitirá a ZZ designar a un Director una vez pagado su aporte inicial mediante la dación en pago de la máquina instalada y funcionando en terrenos de TR1 situados en la Comuna de Paine, para lo cual deberán reformarse sus estatutos sociales a más tardar el 6 de julio de 2004.
- 7.3. Que se pacta a favor de ZZ la condición suspensiva de sus obligaciones consistente en que el nivel de pasivos y contratos vigentes de la receptora se mantengan en un nivel similar a los señalados en los Anexos 7 y 8, dándose por cumplida la condición si no se hiciera algún reparo dentro de 30 días corridos contados desde la suscripción del Convenio. En cuanto al aporte de los activos personales de los accionistas actuales de TR1, deberán quedar completados al 30 de junio de 2005.
- 7.4. Que finalmente se conviene el pago de una multa equivalente a UF 1.300 si por causa imputable a alguna de las partes la suscripción y pago del aumento de capital inicial u opcional o el contrato de compraventa de acciones no se efectuare en la fecha y demás condiciones pactadas, lo cual se caucionaría mediante sendos cheques que quedarían en poder del Notario autorizante del Convenio, garantía de la que no existe constancia en autos de que se haya constituido.
- 7.5. Que conforme a lo expresado, no cabe sostener que la demanda de autos sea inepta por faltar la determinación de los demandantes por cuanto se trata de los “socios, administradores y directores de TR1” que suscribieron el Convenio como partes individualmente interesadas en su

cumplimiento –y no como mandatarios de la sociedad– los que han accionado a través de un apoderado judicial legalmente investido. El carácter de demandantes individuales que poseen los actores les fue reconocido en la resolución de fs. 101 y también por la propia demandada, quien los tuvo como tales en su demanda reconvenional, la cual se fundamenta precisamente en el incumplimiento de las obligaciones personalmente asumidas por los señores XX1, XX2 y XX3 y no en la infracción contractual de TR1.

- 7.6. Que por similares razones a las ya expuestas, no considera este Arbitrador que los demandantes carezcan de legitimación procesal activa en razón a que las obligaciones del Convenio cederían no a favor de los actores sino en beneficio de TR1, que no es parte de la relación procesal. Está fuera de duda que los interesados en el cumplimiento del Convenio de Asociación son los socios de TR1 considerados como personas naturales; los aumentos de capital previstos y los aportes de nuevos bienes les significará un incremento en el valor de su participación en la sociedad y de igual modo verán aumentados sus dividendos y utilidades con el mayor nivel de negocios a generarse con los aportes convenidos, de modo que un eventual incumplimiento del contrato por su contraparte les acarrearía la pérdida de una ganancia esperada y los transformaría en titulares de una acción para exigir la reparación de los perjuicios que puedan haberseles causado. Las obligaciones previstas en el convenio les son jurídicamente exigibles a los accionistas de TR1 y no a la empresa, por ser resorte de ellos llevarlas o no a cabo, lo cual ha sido aceptado por ZZ en su reconvenión al hacer recaer en el dolo o culpa de cada uno de los reconvenidos la causa de los perjuicios que reclama por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En este orden de ideas, no es pertinente la alusión al Artículo 1.449 del Código Civil por no existir en el Convenio derechos u obligaciones que en carácter oficioso hayan contraído los actores por cuenta de TR1, en términos que el nacimiento del Convenio de asociación pueda entenderse sujeto a la aceptación de un “tercer beneficiario” que, de otorgar su ratificación, adquiera la calidad de parte contratante.

Por las razones dichas, y atendido además que este Árbitro debe fallar “obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren” sin ajustarse a las normas procesales comunes, se rechazarán las excepciones de ineptitud de libelo y falta de legitimación activa de los actores hechas valer por la demandada.

- 7.7. Que ambas partes se han imputado recíprocamente haber incurrido en infracción del Convenio de Asociación y demandado su resolución con indemnización de perjuicios; los demandantes al expresar que ZZ no aportó la máquina ni los US\$ 30.000 dentro del plazo convenido ni tampoco les solicitó que convocaran a una Junta Extraordinaria de Accionistas de TR1 donde se aprobará el aumento de capital inicial y se le ofrecieran a la demanda acciones suficientes para suscribir y enterar el 14% de ese capital; que la razón para dicha pasividad fue que la demandada no ingresó a Chile la máquina, quebrantando su obligación de entregarla instalada y funcionando en la planta de TR1 en el plazo que vencía el 6 de julio de 2004, como tampoco se suscribió el aumento de capital ni se pagaron los aportes en la ocasión en que, después de importada la máquina, se llevó a cabo la Junta Extraordinaria especialmente citada para el día 18 de abril de 2005 donde los representantes de la demandada se negaron a participar no obstante haber sido citados formalmente. La demandada aduce, por su lado, que XX3 no cumplió con su obligación de aportar a TR1 los inmuebles especificados en el Anexo 4 antes del 30 de junio de 2005, infringiendo el contrato y, respecto del aporte de la máquina en la época convenida, no fue posible ingresarla a Chile por incumplimiento del proveedor (la firma TR2) pero que sí lo hizo, sorteando una serie de contratiempos, en octubre de 2004 donde internó al país el equipo comprado a otro fabricante en Argentina, la firma TR3, y que en diciembre de ese año tomó un vale vista por US\$ 10.000, todo lo cual demuestra que estuvo llana a cumplir con el contrato,

pero que si ello no ocurrió fue porque los actores dilataron la celebración de la Junta de Accionistas y se negaron a extender un recibo por el pago anticipado de los US\$ 10.000. ZZ niega que haya caído en mora de cumplir el Convenio, alegando la excepción de contrato no cumplido por su contraparte. Expresa finalmente este litigante como defensa, que las partes previeron la posibilidad de un caso fortuito o “fuerza mayor externa” que pudiera retrasar la adquisición de la máquina, lo que realmente ocurrió, forzando a ZZ a adquirir la máquina de otro proveedor en condiciones más onerosas, todo lo cual fue informado a los demandantes.

- 7.8. Que de la prueba producida y demás antecedentes allegados al expediente se puede concluir que efectivamente la demandada no internó la máquina comprometida, de manera de cumplir con su obligación de dejarla instalada en la planta de TR1 al día 6 de julio de 2004, por incumplimiento del fabricante en Argentina, lo cual fue informado a los demandantes. Aunque los litigantes no lo han reconocido expresamente, se desprende del expediente que las partes prorrogaron el cumplimiento de dicha obligación de la cual dependía en lo medular el éxito del negocio abordado en el Convenio de Asociación y se acordó entonces adquirir la máquina de un proveedor distinto del original, ingresando el equipo al país a fines de octubre de 2004.

Así se infiere de la declaración del testigo don E.C. a fs. 160, cuando señala que los plazos del Convenio fueron diferidos por no contar con la máquina y tener que recurrirse a otro fabricante; de los dichos de don A.L. de fs. 162, quien consigna que con conocimiento de los actores se traspasó el contrato a TR3 para que terminara de fabricar la máquina ante el incumplimiento de TR2; de la absolución de posiciones de don C.Z. de fs. 171, quien reconoce que ZZ no pudo ingresar la máquina antes del 6 de julio de 2004 frente el incumplimiento de TR2 pero que luego, en octubre de 2005 fue traída la máquina a Chile, lo cual estaba en conocimiento de los actores, y de la absolución de posiciones del demandante don XX1 a fs. 177, quien reconoce que los actores estaban al tanto de los problemas surgidos con el fabricante de la máquina por lo que se encargó su confección a un proveedor distinto.

Los demandantes, al formular la pregunta 17 del pliego de posiciones de fs. 210 y proponer como hecho cierto para la confesión de don W.B. que ZZ ingresó al país en octubre de 2004 una máquina marca TR2 de las características previstas en los Anexos 5 y 6 del Convenio, reconocen que la importación de dicho equipo industrial sufrió una postergación y esperaban que la máquina fuese aportada al momento del aumento de capital que tendría lugar el 18 de abril de 2005. La sola circunstancia de que los demandantes convocaran a Junta Extraordinaria de Accionistas de TR1 a celebrarse en esa fecha, con el preciso y determinado objeto de aumentar el capital de la firma y ser ofrecida su suscripción a ZZ para el entero de su participación del 14% del capital social, demuestra que las partes, a pesar de no reconocerlo en autos de manera expresa, postergaron en la práctica el aumento de capital inicial para una fecha posterior al 30 de julio y 31 de diciembre de 2004, modificando tácitamente el Convenio en esa parte. En abono a esta postergación contractual puede también aludirse a las fotografías agregadas por los actores a su escrito de fs. 186 donde se aprecia que la cancha que debía recibir la máquina no estaba terminada al 6 de julio de 2004 y el correo electrónico que le dirige don XX1 a don C.Z. el 24 de agosto de 2004 comentando la prueba de la máquina con observaciones tales como “estamos a muchos HH en desarrollo y pruebas para verificar que la máquina sí funciona como esperamos”, “no quiero desmoralizarte pero sí hacer ver que nos falta mucho para que sea una máquina de losas alveolares”, “estamos jugados porque esto realmente funcione... por eso te propongo que se hagan varias pruebas para resolver las deficiencias”.

- 7.9. Que lo antes dicho lleva a este Árbitro a concluir que los demandantes consideraron que la máquina ingresada a Chile en octubre de 2004 era aceptable como elemento principal del aporte



de capital inicial de ZZ, a pesar de algunas objeciones formales insinuadas al final del juicio por la defensa de los actores, pues reunía los requisitos técnicos especificados en los Anexos pertinentes del Convenio y entendían que se habían sorteado los inconvenientes hechos presente en comunicaciones como la que le dirigió don XX1 a don C.Z. a fines de agosto de 2004.

- 7.10.** Que los hechos y circunstancias anotados permiten, además, sostener que los demandantes, como accionistas y directores de TR1, tenían la prerrogativa contractual, prevista en el acápite “Tres.tres.- Declaraciones” del Convenio, de fijar la oportunidad en que se celebraría la Junta tendiente a concretar el ingreso de ZZ a TR1 y ajustar la reforma, adecuación y complementación de sus estatutos sociales a los requisitos formales necesarios para permitir el acuerdo de asociación comercial entre ambas empresas.
- 7.11.** Que no hay comunicaciones de las partes entre agosto de 2004 y comienzos de abril de 2005 que se refieran a dificultades diversas que determinen a una nueva postergación del aumento de capital destinado a permitir el ingreso de la demandada a TR1, por lo que debe entenderse que al 18 de abril de 2005 se habían removido los inconvenientes que hicieron necesario postergar el aumento de capital inicial. No fue tampoco impedimento para ello a juicio de este fallador, la carta que con fecha 18 de abril de 2005 le dirigió don C.Z. a don XX1, donde rechaza la citación a Junta por considerar que la comunicación debió haberse efectuado a ZZ y no a las personas naturales convocadas; que la Junta de Accionistas para el aporte de la máquina debió haberse realizado el 6 de julio de 2004 y no en abril de 2005 y que no poseen información actualizada que compruebe que los parámetros relativos al nivel de pasivos y contratos vigentes mencionados en el Convenio y sus Anexos se mantengan vigentes, requiriendo información al respecto. La carta busca explicar porqué los representantes legales de la demandada se abstuvieron de participar en la Junta y de adoptar los acuerdos tendientes a suscribir el aumento, dar en pago la máquina y aportar los dineros comprometidos.
- 7.12.** Que la anterior comunicación no sólo fue realizada a destiempo sino que su contenido no se compadece con un cumplimiento de buena fe del Convenio de Asociación incurriendo en infracción a la doctrina de los actos propios. En efecto, no pueden los socios y representantes de ZZ desconocer las obligaciones del Convenio si además de firmarlo en representación –debidamente acreditada– de la demandada se constituyeron en garantes personales de su cumplimiento, como tampoco resulta admisible negarse a intervenir en la Junta de 18 de abril de 2005 con el pretexto de que la máquina debió aportarse en una Junta a realizarse el 6 de julio de 2004, sí es un hecho de la causa que la demandada no estuvo en situación de entregar el equipo en esa fecha por incumplimiento del fabricante, desahuciando definitivamente el contrato de compraventa con TR2 a fines de ese mes. Si una máquina similar fue ingresada a Chile recién en octubre de 2004 correspondía a la demandada instar a su contraparte a citar a la Junta de Accionistas representándole estar en situación de cumplir con el aporte del principal activo previsto en el Convenio de Asociación, comunicación que la demandada nunca justificó haber hecho. Estas circunstancias, unidas al reclamo de una información que tampoco fue exigida oportunamente por ZZ, llevan a este Árbitro a considerar que la demandada ha quebrantado el principio general de derecho fundado en la buena fe “que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente”. La demandada ha intentado oponer a su contraparte actuaciones dependientes de su propia decisión y voluntad para excusarse de cumplir con sus obligaciones, afectando los derechos e intereses contractuales de los demandantes. Se tiene también presente que las excusas contenidas en la carta de ZZ de 18 de abril de 2005 no fueron alegadas en sus escritos de litis lo que es un argumento adicional para desecharlas.

7.13. Que ZZ opuso a la demanda de resolución e indemnización de perjuicios las excepciones y defensas que se detallan en el punto 3.1 de su escrito de fs. 74, reconviniendo a los actores de igual resolución e indemnización. El análisis sobre el fundamento y justicia de cada una de dichas defensas merecen a este sentenciador las siguientes consideraciones:

- a) El argumento de que el Convenio quedó incumplido por no haber los demandantes aumentado el capital de la empresa receptora que permitiera a ZZ realizar los aportes convenidos ni ofrecido acciones a objeto de suscribirlas y enterar su valor no concuerda con el mérito de las pruebas allegadas ni con el tenor de las Actas de Sesiones de Directorio y de Juntas de Accionistas de TR1, ya que en su absolución de posiciones los socios don C.Z. y don W.B. reconocieron haber recibido citaciones para concurrir a la Junta Extraordinaria del 18 del abril de 2005 destinada específicamente a cumplir con el aumento de capital inicial previsto en el Convenio y a suscribirlo y pagarlo en la forma indicada en el contrato, concurriendo personalmente a la Junta los señores M.M., C.Z. y P.P. pero rechazando participar en ella, lo cual ha sido certificado por la Notario señora NT, y en esas Actas de Directorio y Juntas existe constancia de la preocupación de los demandantes por lograr el pago de los aportes comprometidos por ZZ y dar cumplimiento al traspaso de los activos propios.
- b) El planteamiento de que la demandada ha estado llana a cumplir con sus compromisos y que pese a contratiempos y mayores costos, importó desde Argentina la máquina en octubre de 2004 y en diciembre de ese año tomó un vale vista por US\$ 10.000 con los que pretendía completar parte del aporte a TR1, soslaya el verdadero obstáculo para el no cumplimiento de los plazos originales, cual fue que ZZ no contó con máquina en la fecha pactada, produciéndose la prórroga del plazo con acuerdo de la receptora. En lo que se refiere a los US\$ 10.000 con los que se habría tratado de completar el pago de los US\$ 30.000 convenidos, no existe en autos ningún antecedente fidedigno de que efectivamente los fondos hayan sido ofrecidos seriamente a la firma receptora, entregando don W.B. y don C.Z. en su absolución de posiciones, versiones equívocas y distintas del hecho, pues mientras el primero sostiene haber consignado en una Notaría que no individualiza, US\$ 30.000 en un vale vista y efectivo, el segundo sostiene que los demandantes fueron citados a una Notaría, que tampoco precisa, a recibirse de un vale vista por US\$ 10.000 (cuya copia rola a fs. 184) a los que se sumarían otros dos vales vista por igual monto, cuya época de entrega tampoco se especifica. Por consiguiente, y en ausencia de toda prueba convincente, no resulta atendible la defensa de que si la máquina y el dinero no fueron entregados fue porque TR1 dilató la celebración de la Junta de Accionistas y se negó a extender un recibo que comprobara el cumplimiento anticipado del aporte.

Lo dicho lleva a concluir que la demandada no evidenció haber tenido una disposición diligente dirigida a llevar adelante la asociación proyectada sino, por el contrario, fue manifiesto su propósito, confirmado el 18 de abril de 2005, de no cumplir con sus compromisos contractuales desahuciando el contrato.

- c) La pretensión de que se acoja la excepción de contrato no cumplido que describe el Artículo 1.552 del Código Civil configurada por el hecho de no haberse aportado a la sociedad los bienes raíces de propiedad del socio señor XX3 dentro del plazo fijado en el contrato, no puede ser acogida en razón a que el nombrado podía realizar ese aporte hasta el 30 de junio de 2005, es decir, en una fecha posterior a aquella en que la demandada ya había dejado en claro su intención de no perseverar en la asociación con los actores, lo cual impide tenerlo como incurso en mora de su obligación de aporte.

- d) No corresponde tampoco estimar que el incumplimiento inicial del plazo que tenía ZZ para aportar el equipo destinado a la fabricación de losas alveolares se haya debido a “fuerza mayor o caso fortuito” por cuanto su noción como elemento que excluye la responsabilidad contractual va asociada a la “imposibilidad material” de que el deudor cumpla con su obligación, circunstancia que éste debía probar con arreglo al Artículo 1.674 del Código Civil. Esa prueba no sólo no se ha producido sino que, además, las partes del contrato de compraventa de la máquina de TR2 renunciaron a invocarlo como se desprende de la cláusula 14º del Contrato de Compraventa Internacional de Maquinarias de 12 de febrero de 2004 agregado a los escritos de fs. 158 y 187, no siendo por tanto admisible oponerlo a la persona de los demandantes. Por otro lado, la doctrina excluye el caso fortuito en situaciones en que es posible imputar al deudor “culpa in eligendo” y los antecedentes probatorios allegados por la demandada permiten inferir que la firma proveedora argentina TR2, al ser notoriamente inepta en la ejecución del contrato— como se desprende de la testimonial de don A.L. y de los atestados instrumentales agregados a fs.158 bajo los N°s. 2, 3 y 4, pone en duda la diligente y cuidadosa elección del fabricante por parte de la demandada.

En todo caso, la consideración de un caso fortuito en el retardo inicial del aporte de la máquina no tiene incidencia en la resolución de este asunto al haberse postergado por las partes la ejecución del Convenio para una fecha posterior al 6 de julio de 2004.

- e) No posee el efecto de modificar los razonamientos precedentes, la circunstancia de que los demandantes a través de TR1, se encuentren operando una máquina similar a la que debió aportarse según el Convenio puesto que según la Inspección ocular a la Planta de TR1, cuya acta rola a fs. 221, ella fue adquirida e instalada después de fracasado el aumento de capital previsto en la Junta de 18 de abril de 2005, conforme da además cuenta el Acta de Directorio de TR1 de 25 de abril de 2005 que se ha tenido a la vista.

**8.** Que de las consideraciones anteriores, apreciadas conforme a la sana crítica y la equidad, a lo que cabe añadir lo dispuesto en el Artículo 1.489 del Código Civil, este sentenciador concluye que la demandada incurrió en quebrantamiento culpable del Convenio de 6 de febrero de 2004, cayendo en mora de cumplirlo, por lo que se configura la causal de resolución prevista en dicha norma y la sanción de la cláusula quinta del contrato consistente en el pago, a título de evaluación anticipada de perjuicios, del equivalente a 1.300 Unidades de Fomento, por cuanto por decisión voluntaria imputable a ZZ ésta no suscribió ni pagó el aumento de capital convenido, en las condiciones señaladas en el contrato y en los acuerdos de postergación de los plazos iniciales a que se ha aludido en los considerandos anteriores.

**9.** Que por las razones expuestas, no se dará lugar a la demanda reconvenzional de ZZ.

Con lo expuesto y teniendo presente lo previsto en los Arts. 44, 1.489, 1.535, 1.542, 1.545, 1.546, 1.547, 1.552, 1.569 y 1.996 del Código Civil; Artículo 55 y siguientes de la Ley 18.046; Arts. 222 y 223 del Código Orgánico de Tribunales y en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, y teniendo especialmente en cuenta principios de prudencia y equidad.

**RESUELVO:**

1°. Que se rechaza la objeción de documentos planteadas por los demandantes a fs. 190.

**EN CUANTO A LA DEMANDA PRINCIPAL:**

2°. Que se hace lugar a la demanda deducida por los señores XX1, XX2 y XX3 en contra de ZZ S.A. en la forma siguiente:

- Que se decreta la resolución del Contrato de Asociación de 6 de febrero de 2004 acompañado a fs. 4,
- Que se condena a la demandada ZZ a pagar por iguales partes a los demandantes, por concepto de cláusula penal, la cantidad de 1.300 Unidades de Fomento al valor que ésta posea al día de su pago, lo que deberá verificarse dentro del plazo de seis días hábiles de notificada esta sentencia, y
- Que se condena en costas a la demandada, las que se abonarán también en el porcentaje señalado.

**EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL:**

- Que se rechaza la demanda reconvencional deducida por ZZ en todas sus partes.

Notifíquese esta sentencia personalmente o por cédula por Notario Público, quien deberá autorizarla.

Pronunciada por don Eduardo Novoa Aldunate, Juez Árbitro, en los Autos Arbitrales 535/2005 del CAM Santiago.