

Esteban Ovalle Andrade

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 27 de noviembre de 2017

ROL: 2765-2016

MATERIAS: Extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios - Excepción de falta de jurisdicción y competencia.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La Sociedad XX1 S.A. y el señor XX2, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato contra la Sociedad ZZ1 Limitada y su Sociedad Matriz ZZ2 S.A., invocando la cláusula arbitral contenida en un contrato de prestación de servicios, suscrito únicamente entre la Sociedad XX1 y la Sociedad ZZ1.

Las demandadas (Sociedad ZZ1 Limitada y su Sociedad Matriz ZZ2 S.A.) opusieron como excepción de previo y especial pronunciamiento la falta de jurisdicción y competencia absoluta del Tribunal Arbitral, tanto respecto del demandante señor XX2, como de la demandada ZZ2, fundada en que el contrato que contenía la cláusula arbitral había sido suscrito únicamente por las sociedades XX1 y ZZ1, agregando que el señor XX2 y la sociedad ZZ2 serían terceros extraños a la misma, no pudiendo extenderse la cláusula arbitral a quienes no la han suscrito.

Por su parte, los demandantes (la sociedad XX1 y el señor XX2) afirmaron que la cláusula arbitral le era aplicable tanto al señor XX2 como a la sociedad ZZ2. En cuanto al señor XX2, señalaron que la cláusula arbitral debía extenderse a él, desde que el contrato en que se contiene la cláusula estipulaba una serie de derechos y obligaciones establecidas en su consideración y, asimismo, porque el señor XX2 sería la persona a través de la cual se prestarían los servicios contratados. Respecto de la sociedad ZZ2 señalaron que por ser la matriz de la sociedad ZZ1, suscriptora del contrato, sería entonces la entidad con la que realmente se habría contratado, sin perjuicio de que apareciera suscribiendo el contrato una de sus filiales (sociedad ZZ1). Al efecto, se invocó el principio pro arbitraje, la teoría del grupo de empresas y el levantamiento de la personalidad jurídica.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código de Procedimiento Civil: Artículos 228 y 628.

Código Civil: Artículos 3, 1445, 1449, 1450, 1545, 1560 y ss., 1708 y 1709.

Constitución Política de la República: Artículo 19 N° 3 inciso 5°.

DOCTRINA: Siendo la cláusula arbitral una convención, ésta no puede extenderse a quien no ha consentido en ella, más aún si se trata de una convención que, según el derecho chileno, debe interpretarse de modo restringido. Lo contrario supondría un desconocimiento de principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como la ley del contrato y el *efecto relativo de los contratos*, en tanto importaría extender una cláusula arbitral a quien no sería parte de la misma. Se agrega que la aplicación de una cláusula arbitral a un tercero que no ha consentido en ella, constituiría una infracción al artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución, pues llevaría a aceptar que una determinada persona sea juzgada por una comisión especial. Es decir, significaría que una persona sea juzgada, en lo que al tercero se refiere, por un tribunal inexistente o inoponible si se quiere, ya no sólo al momento de los hechos, sino que también al tiempo del juicio. Se traduciría, en palabras de la indicada garantía constitucional, en que dicho tercero no sea juzgado por el tribunal que le señala la ley, establecido con anterioridad a los hechos.

A raíz de lo anterior, se analizan las teorías bajo las cuales -tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia nacional- se ha extendido la aplicación de la cláusula arbitral a terceros no signatarios. Se señala que las teorías de extensión del convenio arbitral pueden ser divididas en dos ramas: **(a)** aquellos casos en que el no signatario asume o pasa a ocupar el lugar o posición jurídica de uno de los contratantes y que por ello se entiende parte del convenio arbitral, lo que se ha denominado transferencia o transmisión (por ejemplo: cesión, subrogación, novación y sucesión hereditaria), y **(b)** aquellos casos en que, manteniéndose las partes contratantes iniciales, se incorpora además a un tercero no signatario: **(i)** incorporación por referencia, **(ii)** la asunción o asentimiento tácito, **(iii)** la agencia, **(iv)** el *estoppel* o teoría de los actos propios, **(v)** el levantamiento del velo de la personalidad jurídica o *alter ego*, **(vi)** el grupo de sociedades y **(vii)** la estipulación en favor de un tercero.

Se tiene en especial consideración lo dicho por la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada a propósito de: **(i)** la estipulación en favor de un tercero, **(ii)** el levantamiento del velo de la personalidad jurídica y **(iii)** la aplicabilidad de una cláusula arbitral suscrita por una sociedad que forma parte de un grupo de empresas, por cuanto estas tres hipótesis fueron invocadas explícita o implícitamente por la parte demandante, a fin de determinar si en tales casos se desconoce o no el consentimiento como requisito esencial del arbitraje voluntario.

Se arriba a la conclusión que, en los casos analizados y bajo los cuales se ha permitido la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, ya sea obligándolos a participar del arbitraje o permitiéndoles beneficiarse del mismo, no existe verdaderamente una vulneración del *pacta sunt servanda* ni del *efecto relativo de los contratos*, pues dichas hipótesis suponen que quienes son afectados por una cláusula arbitral han consentido de alguna manera en ella. De ahí que se extrae que el derecho chileno no se opone a la extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios de la misma en las hipótesis señaladas, pues ellas suponen –o deben suponer a la luz del Derecho chileno– que ha mediado consentimiento, explícito o tácito.

DECISIÓN: Respecto del demandante señor XX2, se rechazó la excepción de falta de jurisdicción y competencia absoluta del Tribunal Arbitral, resolviéndose entonces que era parte de la cláusula arbitral. Se dispuso que, aun no siendo signatario del contrato en que se contenía la cláusula arbitral, el señor XX2 sí era parte de esta última. Así quedó de manifiesto en las probanzas allegadas al proceso, en tanto en el contrato se establecían un conjunto de estipulaciones en consideración a su persona, las cuales necesariamente lo vinculaban al acuerdo, o al menos a su cláusula arbitral, siendo aplicable la hipótesis de extensión de la estipulación en favor de otro. Se señaló que, por lo demás, el señor XX2, a través de sus propios actos manifestó su consentimiento en orden a aceptar dichas estipulaciones, al haber participado, no sólo de la negociación y celebración del contrato, sino también de su ejecución, asumiendo los derechos y obligaciones que en consideración a él se establecieron. Se resolvió que, en cualquier caso y conforme a los artículos 1560 y ss. del Código Civil, el señor XX2 era una genuina parte del contrato o al menos de su cláusula arbitral.

Sin embargo, y en relación con la demandada sociedad ZZ2, se acogió la excepción de falta de jurisdicción y competencia absoluta del Tribunal Arbitral, al considerarse que la cláusula arbitral no le era oponible, por cuanto no existía elemento probatorio alguno que permitiera acreditar que dicha sociedad hubiera consentido la cláusula arbitral. Se agregó que, por lo demás, el hecho de que las sociedades ZZ1 y ZZ2 formaran parte de un mismo grupo empresarial no constituía motivo suficiente para por sí mismo justificar la extensión de la cláusula arbitral, desde que no se acreditó que la

sociedad ZZ2 haya participado en la negociación, ejecución y/o terminación del contrato. Finalmente, se resolvió que tampoco procedía la penetración del velo de la personalidad jurídica, toda vez que ello sólo es admisible si concurren dos requisitos copulativos: **i)** identidad de personas o patrimonial y **(ii)** el uso abusivo de la personalidad jurídica con ánimo defraudatorio. Respecto de este último requisito no se rindió prueba alguna.

SENTENCIA ARBITRAL:

En Santiago, a 27 de noviembre de 2017.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1. Que a fojas 125 rola el acta que da cuenta de la celebración del primer comparendo, de fecha 14 de marzo de 2017, que tuvo por objeto fijar las bases de procedimiento del presente arbitraje, ante la presencia de este Juez Árbitro y con la comparecencia de los señores AB1 y AB2, ambos abogados en representación de XX1 y del señor XX2; el señor AB3, abogado, en representación de ZZ1, y el señor AB4, abogado, en representación de ZZ2. En la misma audiencia, tanto ZZ1 como ZZ2 hicieron reserva expresa de una supuesta falta de jurisdicción y competencia de este Tribunal Arbitral, manifestando que la reiterarían en la oportunidad correspondiente. Asimismo, se dejó constancia del objeto del arbitraje, señalándose que consiste en resolver las diferencias ocurridas entre XX1 y el señor XX2, por una parte, y, por la otra, ZZ1 y ZZ2, siempre que resulten de competencia de este Tribunal Arbitral.

2. Que a fojas 171, con fecha 11 de abril de 2017, XX1 y el señor XX2 dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, en contra de las sociedades ZZ2 y ZZ1. Los actores fundaron su demanda en los siguientes hechos: **(i)** que durante el año 2012 el señor G.D., fundador y dueño del grupo TR1, le habría manifestado al señor XX2 su intención de suscribir un acuerdo marco de compraventa de la marca de su empresa “Maestranza de XX2”; **(ii)** que para realizar lo anterior, ZZ2, a través de una filial creada para tal efecto, denominada ZZ1, habría adquirido las marcas, activos físicos y la operación de Maestranza; **(iii)** que parte del precio de venta se pagaría a plazo, mediante un Contrato de Prestación de Servicios, de cuatro años de duración y con mínimos garantizados; **(iv)** que si bien la negociación se habría realizado entre el señor XX2 y el señor G.D., la venta se habría concretado a través de las sociedades XX1 y TR2 por la parte vendedora, y ZZ1 por la parte compradora; **(v)** que para realizar la venta se habrían suscrito tres contratos sucesivos: un Contrato de Prestación de Servicios, celebrado con fecha 29 de noviembre de 2012 entre XX1 y ZZ1, que constituiría la convención incumplida por las demandadas; un Contrato de Venta de Equipos (por \$150.000.000) celebrado con fecha 29 de noviembre de 2012 entre TR2 y ZZ1, y un Contrato de Venta de Marcas (por \$35.000.000) celebrado con fecha 2 de enero de 2013 entre XX1 y ZZ1. Agregan los demandantes que el Contrato de Prestación de Servicios estipularía una serie de derechos y obligaciones, establecidos en relación con el señor XX2, tales como que los servicios de XX1 serían prestados a través de éste, en su calidad de director de negocios y ejecutivo comercial, y que él debía contar con una oficina de al menos 40 metros cuadrados, entre otras. Continúan señalando los demandantes que el grupo TR1 no habría cumplido con las obligaciones emanadas del Contrato de Prestación de Servicios suscrito el 29 de noviembre de 2012; que tales incumplimientos demostrarían que actuó de mala fe, pues nunca habría existido la intención de cumplir con lo pactado; que lo obrado por el grupo TR1 configuraría una maniobra para comprar la Maestranza de XX2 a un precio ínfimo, para lo cual se habrían ideado las dos ventas iniciales (marcas y equipamiento), por las que sí se pagó, para luego hacer que una

sociedad de papel, sin bienes y sin voluntad de cumplir, apareciera suscribiendo el Contrato de Prestación de Servicios. Además, los demandantes afirman que, de los pagos comprometidos en el Contrato de Prestación de Servicios, sólo se obtuvo el monto fijo y mínimo garantizado pactado en 200 UF, que correspondería al monto de las facturas hasta septiembre de 2014, y sin que XX1 haya tenido acceso a la información necesaria para determinar la remuneración pactada. En razón de los hechos señalados, solicitaron los demandantes tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato en contra de las demandadas ZZ2 y ZZ1, solicitando se acoja con costas, y se declare que han causado daño emergente, lucro cesante y daño moral, haciendo reserva para que su determinación se realice en la etapa de cumplimiento o en otro juicio diverso.

3. Que a fojas 186, con fecha 12 de mayo de 2017, la demandada ZZ1 opuso excepción de falta de jurisdicción de este Tribunal Arbitral para conocer de la demanda del señor XX2. Fundamentó su excepción en las siguientes consideraciones: (i) que el Contrato de Prestación de Servicios cuyo incumplimiento se demanda, y que contiene la cláusula arbitral, habría sido celebrado entre ZZ1 y XX1, ligando únicamente a estos dos contratantes y no al señor XX2; (ii) que en atención al carácter excepcional que tendría el arbitraje, éste sólo procedería si lo establece la ley o lo acuerdan las partes, por lo que al no ser el señor XX2 parte del referido contrato, carecería de legitimación activa, razón por la cual de ser obligada a someterse a arbitraje con un demandante no legitimado vulneraría normas expresas como el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales, y (iii) que los mismos demandantes habrían reconocido en autos que el contrato en que se contiene la cláusula arbitral fue suscrito únicamente por ZZ1 y XX1 y no por el señor XX2.

4. Que a fojas 189, con fecha 12 de mayo de 2017, la parte demandada ZZ2 también opuso la excepción de falta de jurisdicción de este Tribunal Arbitral para conocer del presente arbitraje respecto de sí, reiterando las consideraciones anteriores y concluyendo que, al no ser parte del contrato, no podría verse obligada a someterse a un arbitraje respecto del cual no ha prestado su consentimiento. Para ello se basa en el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales del que extrae que *“nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial”*.

5. Que a fojas 192, con fecha 12 de mayo de 2017, se confirió traslado a los demandantes respecto de las excepciones opuestas y se ordenó la suspensión del procedimiento en tanto no se fallen las excepciones de falta de jurisdicción.

6. Que a fojas 193, con fecha 17 de mayo de 2017, la parte demandante evacuó el traslado, solicitando el total rechazo de las excepciones opuestas por ZZ1 y ZZ2, señalando en síntesis lo siguiente: (i) que las demandadas de mala fe intentarían valerse de la literalidad del contrato, negando la intervención del señor XX2 y de ZZ2 en los hechos; (ii) que la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Prestación de Servicios debe interpretarse de forma amplia, en base al principio pro arbitraje, considerando el espíritu que habrían tenido las partes al momento de pactar; (iii) que de acogerse las excepciones de falta de jurisdicción, por la interpretación restrictiva de la cláusula, se haría necesaria la interposición de dos demandas paralelas, lo que conllevaría el riesgo de arribar a sentencias contradictorias, y (iv) que, corrido el velo societario, quedaría en evidencia que quienes realmente contrataron, se obligaron y suscribieron la cláusula arbitral, amén de quienes aparecen suscribiéndola, son el señor XX2 y ZZ2.

7. Que a fojas 205, con fecha 23 de mayo de 2017, se recibió a prueba el incidente de falta de jurisdicción y se fijaron los siguientes hechos como sustanciales, pertinentes y controvertidos: **(1)** Efectividad que la intención de los contratantes XX1 y ZZ1 fue extender los términos del Contrato de Prestación de Servicios de fecha 29 de noviembre de 2012 y particularmente su cláusula arbitral, al señor XX2 y a ZZ2. En la afirmativa, en qué términos, y **(2)** Efectividad que el señor XX2 y ZZ2 hayan consentido en el Contrato de Prestación de Servicios de fecha 29 de noviembre de 2012 suscrito entre XX1 y ZZ1, y particularmente su cláusula arbitral. En la afirmativa, en qué términos.

8. Que a fojas 206 y 208, con fecha 25 de mayo de 2017, las demandadas interpusieron recursos de reposición en contra de la resolución que recibió a prueba el incidente de falta de jurisdicción. Señalaron que el incidente podría ser resuelto con los antecedentes que constan en el proceso, ya que los mismos demandantes acompañaron el Contrato de Prestación de Servicios que da cuenta de quienes lo suscribieron. Agregaron que rendir prueba tendiente a vincular un contrato a terceros ajenos al mismo vulneraría los principios de fuerza obligatoria de los contratos y el efecto relativo de los contratos; que la cláusula arbitral CAM debe constar por escrito, y que ésta sólo vincula a quienes concurrieron a su celebración.

9. Que a fojas 210, con fecha 26 de mayo de 2017, los demandantes también dedujeron recurso de reposición en contra de la resolución que recibió a prueba la incidencia, solicitando se agregaran nuevos puntos de prueba en relación con: **(i)** la relación que existiría entre las empresas que conforman los dos grupos empresariales que son parte en esta causa, y **(ii)** la existencia de un acuerdo global de venta de empresas, del cual formaría parte el Contrato de Prestación de Servicios de fecha 29 de noviembre de 2012.

10. Que a fojas 212, consta la resolución de fecha 29 de mayo de 2017, que confiere traslado a las reposiciones presentadas por ambas partes.

11. Que a fojas 213 y 215, con fecha 31 de mayo de 2017, las demandadas ZZ1 y ZZ2 evacuaron los traslados conferidos, señalando que la agregación de puntos de prueba sería improcedente, ya que se trataría de hechos que no afectarían el posible contenido del fallo de la excepción de falta de jurisdicción. Agregaron que la existencia o no de un grupo empresarial del que fueran parte ZZ1 y ZZ2 no tendría ninguna relevancia jurídica en el conflicto suscitado entre las partes del presente juicio arbitral.

12. Que a fojas 216, con fecha 1 de junio de 2017, los demandantes evacuaron el traslado conferido, señalando principalmente que: **(i)** existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos respecto de las verdaderas partes de la cláusula arbitral, debe ser precisamente ello lo que debiese ser objeto de prueba para resolver las excepciones planteadas por las demandadas; **(ii)** lo que debería probarse es la efectividad del hecho que el grupo TR1 habría adquirido del señor XX2, XX1 y otras empresas del grupo, las marcas, activos físicos y operación de Maestranza de XX2; así como si se obligó a pagar en la forma pactada, y sin perjuicio que haya utilizado la sociedad filial ZZ1, la que, además, habría sido creada especialmente al efecto, no tendría la experiencia, solvencia y capacidad de llevar adelante dicho negocio, lo que las partes habrían aceptado creyendo en el cumplimiento de buena fe de los acuerdos; **(iii)** que la contraria intentaría de mala fe valerse de la literalidad respecto de las partes que aparecen en el contrato, para negar la intervención de la sociedad matriz del grupo TR1 en el mismo; **(iv)** que a su juicio debiera primar el principio pro arbitraje, lo que a su vez implicaría el deber de interpretar ampliamente las cláusulas

compromisorias en cuanto a su alcance, aunque siempre considerando la intención que tuvieron las partes al momento de pactar el acuerdo arbitral. Por lo expuesto, señalan los demandantes que no sería procedente que se prescindiera de la prueba ni que se elimine el primer hecho sustancial, pertinente y controvertido a probar, debiendo rechazarse las reposiciones interpuestas por las demandadas.

13. Que ambas reposiciones fueron rechazadas por resolución de fecha 8 de junio de 2017, que rola a fojas 218, por cuanto, en síntesis, **(i)** no es correcto que, como lo postuló ZZ1 y ZZ2, se pretendería admitir elementos probatorios tendientes a vincular una cláusula arbitral a terceros; por el contrario, el auto de prueba perseguía que las partes aportaran pruebas precisamente para acreditar si la jurisdicción de este Tribunal Arbitral ha sido consentida por todas las partes de este procedimiento, y **(ii)** que los puntos de prueba que los demandantes pidieron incluir en el auto de prueba eran redundantes, desde que las pruebas que a su respecto hubiesen querido presentar podrían agregarse al amparo de los puntos de prueba ya determinados por este Tribunal.

14. Que a fojas 352, con fecha 19 de junio de 2017, ZZ1 acompañó copia del Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre esta última y XX1, señalando que, del tenor del contrato, se desprendería que quienes lo suscribieron no habrían tenido la intención de extender sus términos ni su cláusula arbitral a ZZ2 ni al señor XX2; toda vez que extenderlo a terceros ajenos implicaría la infracción del artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales y del artículo 1545 del Código Civil.

15. Que a fojas 361, con fecha 20 de junio de 2017, los demandantes acompañaron los siguientes documentos: **i)** Copia de la inscripción en el Conservador de AA del extracto de la constitución de ZZ1; **ii)** Copia de la inscripción en el Conservador de AA del extracto de la constitución de XX1; **iii)** Copia de la inscripción en el Conservador de AA del extracto de constitución de Equipos de XX2 Limitada; **iv)** Copia de la inscripción en el Conservador de AA del extracto de constitución de ZZ2; **v)** Copia de la inscripción en el Conservador de AA del extracto de modificación de ZZ2, por fusión con importadora TR3; **vi)** Copia de la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de AA, de la compraventa de la propiedad ubicada en DML1, celebrada entre Metalúrgica de XX2 y TR4; **vii)** Copia de la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de AA, de la compraventa de la propiedad ubicada en DML1, celebrada entre TR4 e importadora TR3; **viii)** Copia de la Inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de AA, de la fusión por la cual ZZ2 se hizo dueña de la propiedad ubicada en DML1; **ix)** Copia del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre ZZ1 y XX1, de fecha 29 de noviembre de 2012; **x)** Copia del Contrato de Compraventa de Marcas Comerciales suscrito entre ZZ1 y XX1, de fecha 2 de enero de 2013; **xi)** Copia del Contrato de Compraventa de Equipos suscrito entre TR2 y ZZ1, de fecha 29 de noviembre de 2012; **xii)** Copia de la presentación titulada "Empresas de XX2" que contiene presentación de diapositivas tituladas: **(a)** partes presentación general, **(b)** análisis del entorno y **(c)** plan de negocios; **xiii)** Copia del Formulario 29 correspondiente al pago de I.V.A. de TR2, desde enero a diciembre de 2012; **xiv)** Copia de las Facturas N°s. 119, 200, 212, 214, 236 y 244 emitidas por ZZ1 a ZZ2; **xv)** Copias de diversas cotizaciones efectuadas por ZZ1, con la imagen corporativa de importadora TR3; **xvi)** Copia de la demanda laboral presentada por el señor C.R. en contra de TR5, ZZ1 e importadora TR3; **xvii)** Copia de la demanda laboral presentada por el señor C.M. en contra de Metalúrgica de XX2 y ZZ1; **xviii)** Copia de la demanda laboral presentada por el señor P.L. y el señor V.C. en contra de Metalúrgica de XX2 y ZZ1; **xix)** Copia de la demanda laboral presentada por el señor P.J. en contra de TR5 y ZZ1, y **xx)** Certificado Médico de fecha 19 de junio de 2014 respecto del señor XX2.

16. Que con fecha 28 de junio de 2017 se rindió la prueba testimonial. Declararon ante este Tribunal, por la demandante, el señor E.M., el señor Z.M., el señor K.V. y el señor E.Ñ. Por ZZ1 declararon la señora R.M. y el señor Y.G.; y por ZZ2, el señor L.D. y la señora N.A.

17. Que con fecha 29 de junio de 2017, a fojas 416, se ordenó a las partes acompañar los siguientes documentos: (i) escritura pública de compraventa de fecha 25 de enero de 2006, suscrita entre Metalúrgica de XX2 y TR4, otorgada ante el Notario señor NT1, y (ii) escritura pública de compraventa de fecha 1 de junio de 2012 suscrita entre TR4 e importadora TR3, otorgada ante el Notario señor NT2. Además, se ordenó que los demandantes acompañen copia de escritura pública de constitución de sociedad TR4.

18. Que por presentación de fecha 4 de julio de 2017 y que rola a fojas 421, la parte demandante cumplió lo ordenado por resolución de fecha 29 de junio de 2017, acompañando: (i) escritura pública de compraventa de fecha 25 de enero de 2006, suscrita entre Metalúrgica de XX2 y TR4, otorgada ante el Notario señor NT1; (ii) escritura pública de compraventa de fecha 1 de junio de 2012, suscrita entre TR4 e importadora TR3, otorgada ante el Notario señor NT2; y (iii) escritura pública de compraventa de fecha 1 de junio de 2012, suscrita entre importadora TR3 y TR4, otorgada ante el Notario señor NT2.

19. Que por presentación de fecha 6 de julio de 2017 y que rola a fojas 439, ZZ1 cumplió lo ordenado por resolución de fecha 29 de junio de 2017, acompañando las escrituras de compraventa solicitadas.

CONSIDERANDO:

Primero: Que conforme a lo dispuesto en los artículos 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, son características esenciales del arbitraje voluntario, entre otras, (i) la necesidad de que conste por escrito¹ –el profesor Patricio Aylwin señala que la cláusula compromisoria no puede ser acreditada con testigos, en cuanto le son aplicables las limitaciones probatorias contempladas en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil²– y (ii) su carácter excepcional³, desde que en su virtud las partes en conflicto, o con antelación a éste, sustraen la competencia natural de los tribunales de justicia, trasladándola a un Tribunal Arbitral⁴. En el caso “*DD Ltda. contra sociedad EE*”, donde la cláusula compromisoria no señalaba de manera expresa quiénes eran partes de la misma, la Iltma. Corte de

¹ En este sentido véase el artículo 1° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

² AYLWIN, Patricio: “*El juicio arbitral*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, 5ta edición actualizada y complementada, p. 309.

³ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de mayo de 2011, NIC: 2592-2010, “*Fast Pack S.A. con Burcau Veritas Chile S.A.*”, c. 12°.

⁴ Op. Cit. AYLWIN, Patricio, p. 315. En el mismo sentido, véase: ROMERO SEGUER, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio: “*Arbitraje Interno y Comercial Internacional*” (Parte General), Santiago, Ediciones UC, 2016, 2da Edición actualizada, p.2.

Apelaciones de AA procedió a interpretarla señalando que, atendido el carácter excepcional de la jurisdicción arbitral, su interpretación debía ser restrictiva, para luego disponer “*que veintitrés cláusulas de esta escritura son atinentes sólo al contrato de arrendamiento referido; además, y en una sola cláusula, se pactan varias hipotecas, y en otra una prenda y un mandato para el cobro. De modo que, ciertamente, la cláusula compromisoria, contenida en la décimo octava, sólo pudo referirse al contrato principal, el de arrendamiento y, por lo mismo, a las partes que concurren en ese contrato; esto es, sociedad EE y DD Ltda.*” (Considerando 3°). Finalmente, la referida sentencia descarta la aplicación de la cláusula compromisoria respecto de una persona que sólo participó en uno de los contratos accesorios –hipoteca– celebrados en la misma escritura⁵. Por lo expuesto, este Tribunal no comparte lo postulado por las demandantes en este incidente, en cuanto a que la cláusula arbitral invocada debería interpretarse de forma amplia. Dicha interpretación ha de ser, como se vio, restrictiva.

Segundo: Que una convención, como lo es la cláusula arbitral, no puede extenderse a quien no ha consentido en ella⁶. Imponer una cláusula arbitral a un tercero supondría desconocer la ley del contrato, conocida como el principio del *pacta sunt servanda*, e infringiría el *efecto relativo de los contratos*, pues significaría extenderlo a quien no es parte del mismo. Diversas normas legales así lo disponen. Desde luego el artículo 1445 del Código Civil, al ordenar que “*para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*”. Pero quizás la norma madre en esta materia es el artículo 1545 del Código Civil, conforme a la cual “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En el mismo sentido, pero referido específicamente al arbitraje, el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales señala que “*fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter a juicio de árbitros una contienda judicial*”. El *pacta sunt servanda* y el *efecto relativo de los contratos* configuran elementos fundantes de nuestro sistema contractual, tal como lo han reconocido reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, aun tratándose de cláusulas arbitrales. La Excma. Corte Suprema, en un antiguo fallo sobre la materia, señaló tempranamente que “[i]nfringe el artículo 1545 el Tribunal Sentenciador que establece decisiones que suponen el desconocimiento de la ley del contrato”⁷. Incluso, el principio del *pacta sunt servanda* ha sido reconocido además en materia de arbitraje comercial internacional, como uno de los principios o nociones rectoras de derecho que integran el concepto de *orden público* para efectos del recurso de nulidad que la ley de dicho ramo contempla. Se ha señalado que “[f]inalmente, es interesante notar que, a pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la causal referida al orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales. En este sentido, el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA (International Law Association) señala como ejemplos de principios sustantivos fundamentales la prohibición de abuso del derecho, la buena fe, pacta sunt servanda, la prohibición de expropiación sin compensación, la prohibición de discriminación, la prohibición de actividades contra bonos mores como la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia” (el énfasis es del

⁵ Itlma. Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 2004, NIC: de 2004, “DD con Sociedad EE”.

⁶ Itlma. Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2015, NIC: de 2014, “AC con RR”, c. 5°.

⁷ Excma. Corte Suprema, 10 de enero de 1925, RDJ tomo 23, p. 423 y ss.

Tribunal)⁸. En una sentencia del año 2015 la Excma. Corte Suprema aplicó específicamente el artículo 1545 del Código Civil en relación con la extensión de una cláusula arbitral a quien no habría suscrito el contrato en el cual se contiene⁹. La Excma. Corte estimó que la aplicación de la cláusula arbitral al fiador y codeudor solidario no constituía una extensión de la misma a un tercero ajeno a la relación contractual, porque interpretando el alcance de la misma se determinó que la cláusula también había sido suscrita por éste al haber comparecido y firmado en una misma escritura. Señaló la Excma. Corte que “*la primera de las premisas indicadas en el considerando anterior, esto es, que la obligación convencional de someter un asunto a juicio de árbitros alcanza sólo a las partes que lo pactaron, es correcta*” (Considerando 7°). Agregó en su Considerando Décimo “[*q*]ue, en consecuencia, esta Corte Suprema no puede dar por correcto que la cláusula arbitral haya sido pactada exclusivamente entre arrendador y arrendatario y no entre arrendador y avalista. Al estimar que la cláusula alcanzaba también a estos últimos, los jueces de instancia no infringieron las reglas de interpretación de los contratos. En consecuencia, dichos jueces no han extendido dicha cláusula a terceros, en infracción del efecto relativo de los contratos que genéricamente establece el artículo 1545 del Código Civil y, relativo al pacto de prórroga de competencia, el artículo 185 del Código Orgánico de Tribunales”¹⁰. Por último, en la misma línea el profesor Patricio Aylwin concluye que “*es principio fundamental del arbitraje el de que, fuera de los casos en que la ley lo hace forzoso, nadie puede ser obligado a someterse a él (COT, art. 228), a menos que por un acto de su propia voluntad haya contraído esa obligación*”¹¹.

Tercero: Que, asimismo, aceptar la hipótesis en la que una cláusula arbitral pueda aplicarse a un tercero que no haya consentido en ella, ni expresa ni tácitamente, constituiría una infracción al artículo 19, N° 3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República¹², por cuanto significaría aceptar que una determinada persona sea juzgada por una comisión especial. Es decir, significaría que una persona sea juzgada, en lo que al tercero se refiere, por un Tribunal inexistente o inoponible si se quiere, ya no sólo al momento de los hechos, sino que también al tiempo del juicio. Se traduciría, en palabras de la indicada garantía constitucional, en que dicho tercero no sea juzgado por el Tribunal que le señala la ley, establecido con anterioridad a los hechos.

Cuarto: Que, en relación con lo considerado precedentemente, este Tribunal Arbitral ha estimado pertinente analizar los casos en que tanto la jurisprudencia nacional como el derecho comparado han extendido la aplicación de la cláusula arbitral a terceros no signatarios de la misma, y de especial modo lo que se ha resuelto a propósito de: (i) la estipulación en favor de un tercero, (ii) el levantamiento del velo de la personalidad jurídica y (iii) la aplicabilidad de una cláusula arbitral suscrita por un ente asociado a un grupo de empresas, por cuanto estas tres hipótesis han sido invocadas explícita o implícitamente por la parte demandante. Específicamente, el análisis versará acerca de si en estas hipótesis –en las que se extiende la aplicación de la cláusula arbitral a terceros no signatarios– se desconoce el *consentimiento* como requisito esencial del arbitraje voluntario, y con ello si se infringiría el *pacta sunt servanda* y el *efecto relativo de los contratos*.

⁸ OSSA, Felipe, “*El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada*”, en Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, OEA, Ser. D/XIX. 13, disponible en: www.oas.org.

⁹ Excma. Corte Suprema, 27 de julio de 2015, NIC 0000-2014, “*T con I*”.

¹⁰ Idem.

¹¹ Op. cit. AYLWIN, Patricio, p. 379.

¹² En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada “*Pacto de San José de Costa Rica*”, en su artículo 8° titulado “*Garantías judiciales*”.

Quinto: Que, en el contexto del arbitraje internacional, tanto en la jurisprudencia nacional como en el derecho comparado, se han desarrollado distintas fuentes de extensión del convenio arbitral a no signatarios del mismo, ya sea obligándolo a participar del arbitraje o permitiéndole beneficiarse del mismo. A nivel doctrinal se han postulado teorías que podrían dividirse en dos ramas: **(a)** aquellos casos en que el no signatario asume o pasa a ocupar el lugar o posición jurídica de uno de los contratantes y que por ello se entiende parte del convenio arbitral, lo que se ha denominado transferencia o transmisión (por ejemplo: cesión, subrogación, novación y sucesión hereditaria)¹³ y **(b)** aquellos casos en que manteniéndose las partes contratantes iniciales se incorpora además un tercero no signatario¹⁴. Uno de los primeros casos en derecho comparado en que se expresaron jurisprudencialmente algunas de las hipótesis bajo las cuales se puede arrastrar a arbitraje a un no signatario, es el denominado caso PP¹⁵, fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, en 1995, donde se destacaron cinco hipótesis: **(i)** la incorporación por referencia; **(ii)** la asunción (asentimiento tácito); **(iii)** la agencia; **(iv)** el *estoppel* o actos propios y **(v)** el levantamiento del velo de la personalidad jurídica o *alter ego*. Con posterioridad se han sumado otras hipótesis, tales como **(vi)** el grupo de sociedades y **(vii)** la estipulación en favor de un tercero¹⁶.

Sexto: Que en la *cesión* de un contrato se ha aceptado que el cesionario pueda ser obligado por la cláusula arbitral contenida en él. A diferencia de la cesión de créditos, en que lo cedido es simplemente el derecho a exigir una determinada acreencia y que sólo requiere del consentimiento del cedente y cesionario, en la cesión de contratos lo que se cede es la posición jurídica de una de las partes pasando el cesionario a ocupar su lugar, incorporándose a la relación contractual con los derechos y obligaciones que de ello surgen, requiriendo así no sólo del consentimiento de cedente y cesionario sino también del cedido. En el caso de la *cesión* se está frente a un acuerdo de los tres intervinientes (cedente, cedido y cesionario), de modo que el cesionario no es un verdadero tercero al haber voluntariamente pasado a ocupar el lugar de una de las partes en el contrato, quienes también han consentido en ello.

Séptimo: Que en la *subrogación* personal ocurre algo similar, pues una persona pasa a ocupar el lugar jurídico de otra adquiriendo los mismos derechos y obligaciones que tenía esta última. Resulta entonces que no se trata de un caso de extensión del convenio arbitral a verdaderos terceros, por cuanto quien fue “tercero” en un principio (respecto del contrato con cláusula arbitral), al asumir la obligación contenida en el contrato (cumpliendo con la prestación debida, esto es, pagando) se

¹³ CAIVANO, Roque (2012): “*La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene*”, p. 13. [En línea], señala: “*En el caso CCI N° 2626, el Tribunal Arbitral sentó como doctrina que un acuerdo arbitral no es solo oponible a las partes originarias, sino que también se impone a sucesores universales y a los sucesores a título particular, como los cesionarios y adquirentes de los derechos u obligaciones*”.

¹⁴ CONEJERO, Cristián e IRRA, René: “*La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*”, Lima Arbitration N° 5 -2012/2013. [En línea], señalan que es más correcto hablar de alcance que extensión, ya que en sí no se estaría extendiendo el convenio arbitral a quien no es parte, pues en realidad se busca determinar quiénes son verdaderamente las partes vinculadas por el convenio arbitral, definiendo el alcance subjetivo del mismo.

¹⁵ “*PP v. American Arbitration Association y QQ*”, 64 F.3d 773, 776, 1995.

¹⁶ Véase MERUANE, Dione (2017): “*La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional*”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile. [En línea]. En este valioso trabajo se recopilan y analizan los casos del derecho comparado y de la jurisprudencia nacional en los que se ha extendido la cláusula arbitral a terceros no signatarios.

sustituye en todos los derechos y obligaciones que el acreedor tenía respecto del deudor, pasando a ser parte del contrato y, por tanto, siéndole oponible la cláusula arbitral.

Octavo: Que, en el caso de la novación subjetiva, en virtud de la cual se sustituye alguno de los sujetos vinculados por la relación contractual por un tercero que pasa a ser parte, ya sea como deudor o como acreedor, se entiende que este último es parte en el contrato y por tanto le es aplicable la cláusula arbitral, como consecuencia, precisamente, de su consentimiento. Tratándose de una novación objetiva, en la que se sustituye una nueva obligación a otra anterior en un contrato que contiene una cláusula arbitral, dependerá del caso específico, particularmente de la extensión de la sustitución, y en consecuencia se tratará de una cuestión de interpretación contractual, esto es, de interpretación de la voluntad de los contratantes, por lo que nuevamente el consentimiento quedaría a salvo. Valga decir que se ha señalado que, según el principio de separabilidad y por la autonomía que goza la cláusula arbitral, la novación del contrato no afectaría al convenio arbitral, manteniéndose la obligación de las partes de concurrir a arbitraje. Esta postura fue adoptada por la jurisprudencia francesa, en el caso “SS v. HH”, donde la Corte de Apelaciones de París, conociendo de la nulidad de un laudo dictado en un arbitraje, al que se dio origen en virtud de una cláusula arbitral contenida en un contrato que había sido novado, señaló que “[c]onsiderando, sin embargo, que la cláusula compromisoria tiene una completa autonomía y que por ende la transacción o la novación que intervino sobre la convención que contiene la cláusula compromisoria, no puede tener el efecto de privar dicha cláusula de su eficacia”¹⁷.

Noveno: Que la sucesión por causa de muerte tampoco podría suponer aplicar una cláusula arbitral a un genuino tercero, desde que los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y son los continuadores de su personalidad jurídica¹⁸.

Décimo: Que la incorporación por referencia es la hipótesis en que se podría extender a un no signatario una cláusula arbitral, si una de las partes de dicha cláusula suscribe otro contrato con un tercero, en el que, sin embargo, hacen referencia al contrato que contiene la cláusula arbitral. Se ha estimado en derecho comparado que en esta hipótesis podría aplicarse la cláusula arbitral a dicho tercero no signatario, siempre que, en el segundo contrato, junto con la referencia, no se excluya expresamente la vigencia de la convención arbitral. Además, como lo exige el N°6 del artículo 7 de

¹⁷ Cita tomada de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: “*Novación y Acuerdo Arbitral*”, p. 9. [En línea]. Corte de Apelación de París el 4 de marzo de 1986 (4 mars 1986 – Cour d’appel de Paris (1 re Ch. suppl.), Revue de l’Arbitrage, (Comité Français de l’Arbitrage, 1987, Volume 1987 Issue 2), pp. 167 - 169). Corte de Casación, 10 de mayo de 1988.

¹⁸ En similar sentido véase la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago pronunciada en el caso “*BB Chile con OO*”, NIC: de 2010. Iniciado un arbitraje en contra de los accionistas (A., K. y OO) de dos sociedades disueltas, en virtud de una cláusula arbitral contenida en un Contrato de Opción Unilateral de Compra de Concesiones Mineras, los demandados opusieron excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, señalando que la cláusula arbitral contenida en el contrato había sido suscrita por las sociedades y no por ellos en cuanto personas naturales. La excepción fue rechazada por la señora Juez Árbitro, fundada en que la disolución de las sociedades transformó a los accionistas en los legítimos sucesores de las sociedades suscriptoras del Contrato que contenía cláusula arbitral, y por consiguiente la misma les era aplicable. Una vez dictada sentencia definitiva, que acogió parcialmente la demanda de BB Chile, los demandados recurrieron de casación en la forma ante la Il. Corte, invocando la causal del artículo 768 N°1 del Código de Procedimiento Civil. La Il. Corte rechazó el recurso de casación en la forma por falta de preparación del mismo, pero, además, al igual que la señora Juez Árbitro, consideró que los recurrentes -demandados en sede arbitral- eran sucesores de las sociedades que suscribieron la cláusula arbitral, quedando vinculados por ella.

la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la referencia será válida siempre que implique que la cláusula arbitral forme parte del segundo contrato. Sin embargo, debemos agregar que, para no afectar el efecto relativo de la cláusula arbitral, dicha extensión de la cláusula debiera también ser consentida por la parte que no interviene en el segundo contrato donde se hace la referencia, si ella fuese parte del conflicto. Entonces, y como se observa, esta hipótesis tampoco comprende una excepción o desconocimiento al principio del *pacta sunt servanda* y específicamente del *efecto relativo de los contratos*, porque el tercero no signatario consiente con posterioridad en la extensión de la misma.

Décimo Primero: Que la asunción, presunción o asentimiento tácito supone un tercero no signatario de un convenio arbitral que podría quedar vinculado al mismo si de su comportamiento se revela que su intención ha sido someterse a arbitraje. A modo de ejemplo, si al ser llamado a arbitrar no se opone ni plantea objeción alguna fundada en no ser parte del convenio arbitral. Nuevamente, este supuesto respeta el *efecto relativo de los contratos*, desde que el tercero manifiesta su voluntad en orden a asumir los efectos de la cláusula de manera tácita.

Décimo Segundo: Que la agencia se refiere a situaciones en que una persona actúa en representación de otra, de tal forma que el convenio arbitral suscrito por una persona en representación de otra es válido y vinculante respecto de esta última. Siendo así, no se trata de una extensión del convenio arbitral a un verdadero tercero sino más bien un efecto propio de la representación¹⁹.

Décimo Tercero: Que el estoppel o actos propios dice relación con un tercero que se ha beneficiado de un contrato que contiene una cláusula arbitral, no siendo admisible que con posterioridad se resista a que se le aplique la misma porque implicaría una contradicción respecto de sus propios actos (*non-venire contra factum proprium*). La extensión de la cláusula arbitral a este tercero no signatario se funda en la necesidad de un actuar coherente y consecuente, castigando el proceder contradictorio en base al principio de buena fe. Lo protegido son las legítimas expectativas que el actuar del no signatario genera en las partes del contrato. Así, habiéndose aprovechado del contrato no puede desdecirse de la obligación de concurrir a arbitraje arguyendo no ser signatario²⁰. Se ha postulado que la extensión de la cláusula arbitral a un tercero no signatario, fundada en estas razones, exige comprobar que el no signatario se benefició directamente del contrato no bastando un beneficio meramente indirecto, y para ello el beneficio debe tener relación directa con el contrato principal²¹. En el caso LL²² (1993), la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos aplicó la teoría de los actos propios o *estoppel* para extender la cláusula compromisoria a un no signatario. LL, empresa internacional de contabilidad, otorgaba una serie de franquicias a terceros para que operaran bajo la misma marca ("LL"). Para ello los franquiciados debían sujetarse a un acuerdo que contenía una cláusula compromisoria. Sin embargo, una empresa noruega de

¹⁹ Op cit. CONEJERO, Cristián e IRRA, René, p. 77.

²⁰ Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, "LL v. MM", USA, 9 F. 3d 1060, 1064, (1993); y Corte de Apelaciones del Undécimo Distrito de Estados Unidos, "TT v. YY", USA, 10 F. 3d 753 (1993).

²¹ Otros requisitos según la jurisprudencia norteamericana: (i) la existencia de lazos entre las partes signatarias y quien no lo es, pero se aprovecha del contrato y (ii) que la contienda que se someta a arbitraje tenga relación directa con el contrato principal. En ese sentido véase: "UU v. FF", F 3d 163, 2004, Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos.

²² "LL v. MM", USA, 9 F. 3d 1060, 1064, 1993.

contabilidad comenzó a utilizar la marca registrada “LL”, previo acuerdo no firmado con la licenciante, aunque en conocimiento del convenio de uso de la marca registrada LL que la licenciante solía suscribir y que, como se dijo, contenía la cláusula arbitral, y sin haber hecho algún reparo u objeción a dicho convenio. Posteriormente, siendo demandada en sede arbitral por la licenciante, la empresa noruega se opuso señalando no ser signataria del convenio y, ergo, de la cláusula arbitral. La Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos estimó que la empresa noruega, al haberse beneficiado y haber explotado conscientemente el acuerdo le impedía quedar exenta de la obligación de concurrir a arbitraje; todo esto, en virtud de la teoría del *estoppel*. Se trata entonces, el *estoppel*, de una especie más de consentimiento tácito que presta el tercero no signatario.

Décimo Cuarto: Que la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario, fundada en la *estipulación a favor de un tercero*, consiste, en palabras de Santiago Talero Rueda, “*en que una de las partes de una determinada relación jurídica estipula derechos a favor de alguien que no ha intervenido en el negocio. Este beneficiario nada tiene que ver con el asunto, pues ni siquiera es representado por quien ha estipulado a su favor. Con todo, el beneficiario adquiere un derecho que puede invocar en cualquier momento*”²³. En concordancia con esta definición, para que el tercero quede vinculado al convenio arbitral debe aceptar dicha estipulación y la controversia que se arbitre debe emanar del contrato en que se hizo la estipulación a su favor. Por tanto, es necesario que exista una estipulación a favor de un tercero, contenida en un contrato con cláusula arbitral, y que el beneficiario acepte expresa o tácitamente dicha estipulación hecha a su favor. Al aceptar la estipulación a su favor, el tercero acepta todo lo que ello conlleva incluyendo la obligación de someterse a arbitraje o el derecho de invocar la cláusula arbitral a su favor, lo que explica que en este caso tampoco se vulnere el *efecto relativo de los contratos*. A nivel nacional, el año 2011 la jurisprudencia reconoció esta teoría en un caso de arbitraje comercial internacional. En dicho caso la sociedad demandada opuso excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral argumentando que la sociedad demandante había invocado una cláusula arbitral contenida en un contrato del cual no era parte. El Tribunal Arbitral al resolver la excepción de incompetencia, rechazándola, sostuvo que “*la extensión de la cláusula arbitral también ha sido referida a terceros que reclaman un derecho sustantivo con fuente en el contrato principal, como ocurre precisamente en la estipulación a favor de otro. El fundamento de esta interpretación radica en que el derecho del tercero tiene por fuente el contrato y no puede ser comprendido ni aplicado fuera del ámbito en que ha sido convenida la estipulación. En consecuencia, el ejercicio de ese derecho ha de sujetarse naturalmente a las mismas condiciones convenidas por las partes para el resto del negocio, incluyendo la aplicación de la cláusula arbitral, a menos que del mismo contrato se desprenda una intención inequívoca de las partes en el sentido contrario*”²⁴. En similar sentido véase la sentencia pronunciada en el caso KK con don V.L.²⁵. Valga señalar que la figura de *la estipulación en favor de un tercero* se encuentra reconocida en el derecho chileno, particularmente en el artículo 1449 del Código Civil, que dispone que “[c]ualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no

²³ TALERO RUEDA, Santiago: “*Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley Peruana de arbitraje*”, Lima Arbitration N° 4 -2010/2011, p.88. [En línea].

²⁴ Sentencia arbitral del Árbitro señor Enrique Barros Bourie, de fecha 16 de agosto de 2011, Rol CAM N° 1341-11, confirmada por el Presidente de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de diciembre de 2011, número de Ingreso al Pleno 1886-2011.

²⁵ Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, NIC: 0000-2000 (Protección), “KK con don V.L.”.

intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.- Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

Décimo Quinto: Que en base a la existencia de un grupo de sociedades vinculadas entre sí o grupo empresario se ha estimado que, dado el común control, podrían quedar todas o algunas de las sociedades afectas a un pacto arbitral, sin limitar su aplicación únicamente a la sociedad del grupo que la haya suscrito. Procedería “*por ejemplo, si han intervenido en la celebración, ejecución, o terminación del negocio, de manera que se deduzca que su intención ha sido formar parte del pacto arbitral*”²⁶. Uno de los primeros casos en que tuvo aplicación esta teoría fue en el arbitraje denominado “*Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*”²⁷ de 1982 (ICC), en el que se reconoció como legitimadas activas a dos sociedades no suscriptoras del acuerdo arbitral. Concurrieron como demandantes, no sólo las sociedades suscriptoras, Dow Chemical Suiza y Dow Chemical Europa, sino también dos sociedades relacionadas con estas últimas: Dow Chemical Company USA, matriz del grupo empresarial, y Dow Chemical Francia, como una de las sociedades controladas. Se estimó que Dow Chemical Company (USA), matriz del grupo empresarial, y Dow Chemical France habían participado tanto en la celebración como en la ejecución y terminación de los contratos que contenían la cláusula arbitral. Señaló el referido Tribunal que “[u]na cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por éstos y las disputas que de éstos resultan”²⁸. De cualquier modo, la teoría del grupo de sociedades ha generado controversia en cuanto a su aplicación, sin que goce de universal aceptación²⁹. Conforme a lo dicho, y particularmente a las exigencias que en el derecho comparado se han impuesto para extender la aplicación de un convenio arbitral a sociedades del mismo grupo no signatarias, debe señalarse que en esta hipótesis no existe una vulneración a la necesidad del *consentimiento* de todas las partes de una cláusula arbitral, por cuanto éste se presta de manera tácita: la sociedad no suscriptora debe haber participado activa e individualmente de alguna de las etapas del *iter* contractual y develarse que la intención común de las partes supone que la no signataria consintió o quiso formar parte del contrato, al menos de la cláusula arbitral.

Décimo Sexto: Que, finalmente, en derecho comparado se ha invocado la institución del levantamiento del velo de la personalidad jurídica para hacer extensiva una cláusula arbitral a un no signatario “*cuando éste es, en realidad, el alter ego de la firmante, dándose así preeminencia a la*

²⁶ Op. Cit. TALERO RUEDA, Santiago, p.87.

²⁷ Caso CCI N° 4131, laudo de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en Collection of ICC Awards, 1974-1985, ed. Kluwer, p. 151 y siguientes.

²⁸ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio: “*Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional*”, Revista Internacional de Arbitraje, No. 2, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio, de 2005, p.62.

²⁹ Así lo señalan REDFERN, Alan y otros: “*Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*”, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley, 4ta Edición, 2007, ps. 242 y 243. Agregan la mirada del derecho inglés señalando que “[u]n Tribunal inglés anuló un laudo pronunciado en Londres por un Tribunal Arbitral que reconocía la teoría del “grupo empresario” y determinó que, entre otras cosas, la teoría “no integra el derecho inglés”. (Hace referencia al pie al caso “*Peterson Farms Inc. c/ C Farming Lts [2004] All E.R.*”).

*realidad económica subyacente*³⁰. Sin embargo, se ha señalado a este respecto que, en atención a que la aplicación de esta teoría implica el desconocimiento o afectación de al menos dos importantes principios, la separación de la personalidad jurídica y de patrimonios, su aplicación debe entenderse como un remedio excepcional teniendo que demostrarse la existencia de fraude o abuso de la personalidad jurídica³¹. En palabras de Caivano *“la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una <<marioneta>> de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o alter ego de la controlante”*³². Por su parte, la jurisprudencia nacional ha aplicado la teoría del levantamiento del velo y específicamente la Excma. Corte Suprema ha señalado que: *“[e]s lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se escondan tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente”*. Concluye el Excmo. Tribunal que el levantamiento del velo corporativo *“permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de una sobre la o las otras, que ésta o estas últimas no son sino el “alter ego” de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico”*³³. La doctrina nacional ha corroborado que para proceder al levantamiento del velo de la personalidad jurídica debe existir una conducta abusiva o fraudulenta, entendiendo por tal *“la instrumentalización de la estructura jurídica de una sociedad o grupo de sociedades para perpetrar un fraude a la ley o a los derechos de un tercero: de ahí justamente deriva la ilicitud de tal conducta”*³⁴. Si se analizan los requisitos mencionados, se arriba, de nuevo, a la conclusión que de aplicarse la cláusula arbitral a quien no es signatario, se hará únicamente porque el supuesto tercero es en realidad la parte misma: el levantamiento o penetración del velo jurídico ocurrirá si y sólo si ha mediado fraude y abuso y, en lo que interesa asentar, para indagar acerca de quién ha sido el verdadero contratante³⁵.

³⁰ CAIVANO, Roque (2006): *“Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”*, Lima Arbitration N° 1-2006, p. 133. [En línea].

³¹ UGARTE VIAL, Jorge (2012): *“Fundamento y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”*, Revista Chilena de Derecho, vol. 39, N° 3, p.702. [En línea].

³² Op. Cit. CAIVANO, Roque, p. 134.

³³ Excma. Corte Suprema, 2 de junio de 2009, NIC: 1527-2008, *“Consorcio Allianz de Seguros Generales con Sociedad Naviera Ultrajas Limitada y otra”*. En el mismo sentido véase: Ittma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 27 de marzo de 2008, NIC:230-2007, *“Salomón Catrilef Hernández y otros con Pesca Cisne S.A.”*; Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, NIC:771-2010 *“Scharfstein S.A. con Browne Keeling y Cia Ltda-Emparanza Paiva, Margarita”*, e Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de enero de 2011, NIC: 6273-2010 *“Proinvest Promotora de Inversiones S.A. con Trends Ingeniería S.A. y Datun Chile S.A.”*.

³⁴ Op. Cit. UGARTE VIAL, Jorge, p. 702.

³⁵ Sobre el levantamiento del velo véase también la siguiente doctrina: VÁSQUEZ, María Fernanda: *“Sobre la limitación de la responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”*, Revista de Derecho (Valdivia), volumen XXVII-N° 2 diciembre de 2014, pp. 105 a 132; URBINA, Ignacio: *“Levantamiento del velo corporativo”*, Revista Chilena de Derecho, volumen 38 N° 1, pp. 163-171, 2011; AGUAD, Alejandra y PIZARRO, Carlos: *“Obligaciones y responsabilidad: El papel moligerador de la buena fe en la determinación del sujeto obligado. La técnica del levantamiento del velo societario y la doctrina de los actos propios”*. Excma. Corte Suprema, 2 de junio de 2009, NIC: 1527-2008, N° Legal Publishing: 42232. [En línea].

Décimo Séptimo: Que, en consecuencia, en todos los casos expuestos precedentemente, en los que se ha extendido la aplicación de una cláusula arbitral a terceros no signatarios, no existe vulneración del *pacta sunt servanda* ni del *efecto relativo de los contratos* pues todas dichas hipótesis suponen que quienes son afectados por una cláusula arbitral han, ya explícita o tácitamente, ya en el acto de la suscripción de la cláusula o con posterioridad, ya de buena o mala fe, consentido de alguna manera en ella.

Décimo Octavo: Que corresponde ahora pronunciarse acerca de la primera excepción de falta de jurisdicción opuesta por ZZ1, en virtud de la cual solicita a este Tribunal Arbitral que se declare carente de jurisdicción y competencia para conocer y resolver la demanda del señor XX2.

Décimo Noveno: Que por las consideraciones que se expondrán a continuación, este Tribunal Arbitral rechazará esta excepción declarando que goza de jurisdicción y competencia para conocer de la demanda interpuesta por el señor XX2.

Vigésimo: Que ZZ1 opuso su excepción fundada básicamente en que el señor XX2 no es una persona signataria de la cláusula arbitral, desde que las únicas partes y signatarias de la misma serían ZZ1 y XX1. Agregó que a este respecto debe tenerse en consideración el carácter excepcional del arbitraje, por lo que al no ser el señor XX2 signatario de la cláusula arbitral carecería de legitimación activa, razón por la cual de ser obligada ZZ1 a someterse a arbitraje con un demandante no legitimado vulneraría normas expresas como el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales. A su vez, el señor XX2 ha señalado que el no ser un signatario de la cláusula arbitral no es un obstáculo para que este Tribunal Arbitral goce de jurisdicción y competencia respecto de su demanda, toda vez que él participó de las distintas etapas del *iter contractual*, tanto de las negociaciones, redacción y celebración del contrato, aun sin haberlo firmado, como de la ejecución del mismo, al extremo que existirían numerosas estipulaciones a su favor contenidas en distintas cláusulas del contrato. Agregó la parte del señor XX2 que, corrido el velo societario, queda en evidencia que quienes realmente contrataron, se obligaron y suscribieron la cláusula arbitral, amén de quienes aparecen suscribiéndola, son el señor XX2 y ZZ2, desde que en realidad quienes la habrían acordado serían las Empresas de XX2 por una parte, y el grupo TR1 por la otra.

Vigésimo Primero: Que, analizada la prueba documental, en especial el Contrato de Prestación de Servicios celebrado con fecha 29 de noviembre de 2012, aparece que las verdaderas partes de la cláusula arbitral no sólo son ZZ1 y XX1, sino que también el señor XX2. Lo anterior queda de manifiesto, por cuanto en el contrato en comento se establecieron una serie de estipulaciones en consideración a la persona del señor XX2, las cuales necesariamente lo vinculan al acuerdo, al menos a su cláusula arbitral. En cuanto al “*Objeto del Contrato*”, se señala en la cláusula segunda, párrafo quinto, que “[l]os servicios de XX1 serán prestados a través de don XX2, quién realizará labores propias de director de negocios y, un ejecutivo comercial designado por la misma. Los empleados que XX1 utilice en la prestación de los servicios contratados bajo el presente Contrato no tendrán poderes de administración de ZZ1” (el énfasis es del Tribunal); en su párrafo sexto, que “[l]os empleados que XX1 utilice en la prestación de los servicios contratados bajo el presente Contrato deberán ser previa y expresamente autorizados por ZZ1, quien desde ya autoriza como tales a don XX2 y a don A.H.” (el énfasis es del Tribunal); en su párrafo octavo, que “[p]ara efectos que XX1 pueda prestar los servicios contratados por ZZ1, ésta deberá otorgar las facilidades necesarias a XX1 para que ocupe, libre de cargos, una oficina de a lo menos 40 metros cuadrados a ser utilizada por el señor XX2 y un lugar de trabajo para el ejecutivo comercial, ambos al interior de

sus instalaciones en DML2” (el énfasis es del Tribunal). En relación al “Comité de Trabajo y Directorio de ZZ1” contemplado en la cláusula quinta, se dispone en el párrafo cuarto que “[e]n este acto, ZZ1 designa desde ya a don S.R., a don M.V. como sus representantes ante el Comité; y XX1 designa desde ya a don XX2” (el énfasis es del Tribunal). Por su parte, y de la mayor relevancia, se estableció en la cláusula 9.3, denominada “Condición especial en caso de incapacidad o muerte de don XX2”, lo siguiente: “[f]oda vez que la persona de don XX2 es esencial para efectos de la prestación de los servicios contratados por ZZ1 a XX1, en caso de incapacidad absoluta sobreviniente del mismo, la que deberá ser determinada por el árbitro señalado en la cláusula Décimo Cuarta, o en caso de muerte, ZZ1 podrá poner término anticipado al presente contrato, sin indemnización alguna para XX1, y produciéndose por este solo hecho la condonación de todas las obligaciones crediticias que XX1 mantenga a esa fecha con ZZ1 y la de sus avales” (el énfasis es del Tribunal). Incluso en relación con el ítem de Comunicaciones se hizo referencia expresa al señor XX2, estipulándose que cualquier aviso u otra comunicación que debiesen intercambiar las partes con ocasión del contrato, de ser enviada a XX1, debía dirigirse al señor XX2 (Cláusula Décimo Segunda). De esta manera, no es posible eludir que en el propio texto del contrato consta que el señor XX2 es parte del Contrato de Prestación de Servicios, al menos de su cláusula arbitral, si en él se dispone que los servicios de XX1 serían prestados a través del señor XX2; que ZZ1 desde la fecha del contrato autorizó al señor XX2 para prestar los servicios contratados a XX1; que ésta designó a don XX2 como miembro del Comité de Trabajo; que las comunicaciones le debían ser enviadas a él, y, por sobre todo, que se declaró que la persona del señor XX2 era esencial para la prestación de los servicios contratados, al extremo que en caso de su incapacidad o muerte ZZ1 podría haber puesto término anticipado al contrato. Estos elementos intrínsecos permiten concluir, sin mayor dificultad y conforme a los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, que la intención de los contratantes fue que serían partes, al menos de la cláusula arbitral, no sólo ZZ1 y XX1, sino que también el señor XX2.

Vigésimo Segundo: Que lo considerado precedentemente fue corroborado, a su vez, por las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante, señores Z.M., K.V., E.Ñ. y E.M. El testigo señor Z.M., quien es abogado, y dice haber acompañado al señor XX2 en las negociaciones de los contratos, señaló: “...yo intervine en las negociaciones en (estudio jurídico) AB5...”. Luego agrega, “pero yo intervine acompañando a don XX2, desde un punto de vista positivo, desde el punto de vista de que esto resultase, de que se avanzara y de que se pudiese crear este contrato...”. Posteriormente, al preguntársele “[s]i nos puede explicar la estructura de ¿cómo se hizo este negocio?, ¿en qué consistía?, ¿cómo se iba a hacer?”, señaló que “[c]laro, ahí estaba un terreno, una marca, y, por otro lado, existía una sociedad donde don XX2 quedaba en una etapa como empleado con una remuneración y, además, con una participación en los negocios que se iban a desarrollar. Así fue, entonces, se vendió el terreno, se pagó, se vendieron las marcas, se pagaron, yo no estuve metido en ese asunto, pero sí me acuerdo de los contratos y, paralelamente se hizo esta sociedad en donde quedaba don XX2 con un sueldo en una etapa y, paralelamente a ese sueldo tenía una participación en los negocios. Entonces, fue ahí cuando él me volvió a pedir ayuda y así fue como yo empecé a ir a este nuevo lugar donde estaba funcionando esta empresa, en la cual don XX2 era parte, que era un terreno que estaba cerca, a cuatro cuadras, hacia el poniente de donde estaba antiguamente la empresa de XX2, yo empecé a ir para allá y fui a la oficina de don XX2, varias veces a prestarle ayuda desde el punto de vista comercial, en qué, en poderlo acercar a conocidos míos o a clientes míos que pudiesen hacer negocios con esta nueva

empresa...”³⁶. Asimismo, el testigo señor K.V., abogado y redactor de los contratos, declaró lo siguiente: “...yo me limité a ser el abogado, en ese minuto, de la parte vendedora en la redacción de los contratos...”. Agregó luego que “nunca ni siquiera hubo un abogado externo que interactuara conmigo en la discusión de los términos y condiciones de esos contratos y, XX2 siempre estuvo en la mesa con don Z.M. en la negociación...”. Más adelante, al ser contrainterrogado se le consultó lo siguiente: “[e]ntendemos, naturalmente, que don B.L. (familiar de XX2), tiene poder de representación de XX1, pero lo que no nos consta es que don B.L. tenga poder de representación de XX2. ¿A usted le consta ese poder de representación y que haya comparecido en esa calidad?”. A ello el señor K.V. contestó: “[n]o. Como representante de XX2 no, porque compareció en calidad de XX1, que era la que firmaba el contrato. Pero en el fondo representaba al grupo de XX2, el contrato establece claramente que XX2 era parte del negocio propiamente tal, él se quedaba, se le daban ciertos derechos, tenía obligaciones claramente y recuerdo lo mismo por el lado del comprador...”³⁷. Por su parte, el testigo señor E.Ñ. al ser repreguntado sobre “¿[c]ómo se enteró de los cambios que iban a haber?”, señaló: “[d]on XX2 contó. En varias ocasiones me contó a mí como un año antes”. Seguido de la pregunta “¿[q]ué les comentó?”, respondió “que él estaba vendiendo la empresa y él se iba a encargar de toda la parte de prestación de servicios, lo que estaba en el contrato”³⁸. Además, al ser contrainterrogado sobre su relación con el señor XX2 preguntándosele: “¿[p]ero después que dejó de trabajar con él, ha tenido algún tipo de relación con don XX2?”, contestó: “[s]í, cuando yo dejé de trabajar con don XX2, fue porque me contrató ZZ1, y bueno ahí nos seguíamos viendo...”. Acto seguido se le preguntó: ¿[o] sea, siguió en contacto con él?, a lo que señaló: “[s]í, porque ya éramos como compañeros de trabajo, él estaba encargado del área, don XX2”. A su vez el testigo señor E.M., al ser repreguntado acerca de los primeros acercamientos, el testigo contestó: “[d]on XX2, nos comentó a toda la empresa, él hizo una comida y nos hizo el comentario que, por favor estuviéramos con él, que se venía todo un nuevo proceso, que él iba a hacer la venta de la Maestranza y quería que todos siguiéramos con él y con la Maestranza, incluso él empezó a buscar antiguos trabajadores que se desempeñaban muy bien en el cargo para traerlos a ZZ1”³⁹. Todas estas declaraciones dan cuenta que el señor XX2 participó no sólo de la negociación y celebración del contrato, sino también de su ejecución, asumiendo los derechos y obligaciones que en consideración a él se establecieron en el contrato y, por sobre todo, que se trataba de una verdadera parte del contrato.

Vigésimo Tercero: Que, por lo demás y según se expuso latamente en el Considerando Décimo Cuarto, lo descrito respecto del señor XX2 se encuadra dentro de una de las hipótesis que tanto la jurisprudencia nacional como el derecho comparado ha aceptado para que una cláusula arbitral rija respecto de una persona que no es signataria de la misma, y que se conoce como la estipulación en favor de otro. Como se vio en los Considerandos Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo, ZZ1 y XX1 establecieron una serie de derechos y obligaciones en consideración expresa a la persona del señor XX2, quien a través de sus propios actos manifestó su consentimiento en orden a aceptar dichas estipulaciones, al haber participado, no sólo de la negociación y celebración del contrato, sino también de su ejecución, asumiendo los derechos y obligaciones que en consideración a él se

³⁶ Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor Z.M., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 11:50 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

³⁷ Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor K.V., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 12:50 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

³⁸ Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor E.Ñ., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 13:25 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

³⁹ Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor E.M., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 11:30 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

establecieron en el contrato. La aceptación de estas estipulaciones por parte del señor XX2 queda también corroborada por el hecho de haber iniciado este arbitraje. De este modo, y conforme al artículo 1449 del Código Civil, este Tribunal entiende que en el contrato de marras se consideró la participación del señor XX2, de modo que, habiendo mediado su aceptación a participar en el contrato, él puede invocar las estipulaciones que el contrato contiene a su favor, tales como la cláusula arbitral. Además, el señor XX2 quedó a cargo no sólo de ejercer derechos de la parte prestadora de los servicios, sino que incluso es la persona que se estipuló cumpliría con las obligaciones contraídas formalmente por XX1, por lo que también le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1450 del Código Civil, donde se regula lo que se conoce como la *Promesa de Hecho Ajeno* de la siguiente manera: “[s]iempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”. El que el señor XX2 haya aceptado esta promesa de un tercero viene a confirmar su calidad de parte y por sobre todo su derecho a invocar la cláusula arbitral.

Vigésimo Cuarto: Que lo que se viene resolviendo respecto de la excepción de falta de jurisdicción opuesta por ZZ1 respecto de la pretensión del señor XX2 en ningún caso constituye una afectación del *efecto relativo de los contratos* ni de la obligatoriedad de los mismos o *pacta sunt servanda*, por cuanto el rechazo de esta excepción supone respetar que la cláusula arbitral sólo puede regir a quienes han consentido en ella.

Vigésimo Quinto: Que el rechazo de esta excepción tampoco niega el carácter excepcional de la jurisdicción arbitral que obliga a una interpretación restrictiva, por cuanto lo que aquí se sentencia supone un alto estándar probatorio, que permita dar por acreditado indubitable y formalmente que todas las partes a quienes se dispone aplicar la cláusula arbitral han consentido en ella. Los Considerandos Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo dan cuenta de las pruebas que cumplen con dicho estándar y que permiten a este Tribunal concluir que son parte de la cláusula arbitral no sólo ZZ1 y XX1, sino que también el señor XX2.

Vigésimo Sexto: Que corresponde también pronunciarse acerca de la excepción de falta de jurisdicción de este Tribunal Arbitral interpuesta por ZZ2 respecto de sí, la que ha sido fundada, en síntesis, en lo siguiente: (i) que no es parte del contrato que contiene la cláusula arbitral por cuanto no participó de su celebración ni menos de su suscripción; (ii) que al no ser parte del contrato no puede verse obligada a someterse a un arbitraje respecto del cual no ha prestado su consentimiento; (iii) el carácter excepcional del arbitraje y la vulneración a normas expresas como el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales, y (iv) el reconocimiento expreso de los demandantes en orden a que el contrato fue suscrito únicamente por ZZ1 y XX1.

Vigésimo Séptimo: Que este Tribunal Arbitral en la parte resolutive de esta sentencia acogerá esta excepción de falta de jurisdicción y competencia en virtud de las consideraciones que se exponen en los considerandos que siguen.

Vigésimo Octavo: Que como se expuso en los Considerandos Segundo, Tercero y Décimo Séptimo, la aplicación de una cláusula arbitral requiere necesariamente que la parte respecto de quien se invoque esta excepcional jurisdicción haya consentido en ella. De lo contrario se infringiría el principio del *pacta sunt servanda* y el *efecto relativo de los contratos*, además de normas expresas

al respecto como el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales, y se constituiría este Tribunal en una comisión especial vulnerando la garantía del artículo 19, N° 3, inciso 5°, de la Constitución.

Vigésimo Noveno: Que del mérito de la prueba consta que las partes del Contrato de Prestación de Servicios, al menos de su cláusula arbitral, son únicamente XX1, ZZ1 y, aunque no signatario, pero sí también parte, el señor XX2. En el proceso no existe elemento probatorio alguno que permita extender la aplicación de la cláusula arbitral a otra persona, natural o jurídica, que no obstante no haberla suscrito haya consentido expresa o tácitamente en someterse a esta jurisdicción arbitral. Particularmente, la parte demandante no ha acreditado que ZZ2 haya participado en la negociación, celebración y/o ejecución del contrato, ni de manera alguna. Analizada la prueba rendida por los demandantes, no se encuentra ningún antecedente del que pueda extraerse algo que acredite alguna participación de ZZ2 en el contrato. Por lo demás, los demandantes nada indicaron en orden a establecer qué acreditarían los documentos por ellos acompañados, habiéndose limitado simplemente a acompañarlos. Específicamente, las demandas laborales acompañadas por la demandante, referidas en los numerales xvi) a xix) del acápite 15 de la parte expositiva de esta sentencia, nada acreditan a este respecto, pues en ellas se relata –por parte de trabajadores de ZZ1 y en base al especial concepto de empresa contenido en el artículo 3° del Código del Trabajo– que ZZ1 sería la continuadora legal de Metalúrgica de XX2. Tal circunstancia no encuentra relación sustantiva con si ZZ2 participó de algún modo en el contrato de marras. De hecho, en dichas demandas ni siquiera se hace referencia a ZZ2 y el que ZZ1 sea o no la continuadora legal de Metalúrgica de XX2 es indiferente de lo que aquí se resuelve. De otro lado, la demandante acompañó seis facturas emitidas por ZZ1 a ZZ2, y que fueron referidas en el numeral xiv) del acápite 15 de la parte expositiva. Sin embargo, dichas facturas carecen de mérito probatorio para postular que el verdadero contratante, o al menos uno de ellos, sería ZZ2, por cuanto son sólo seis facturas emitidas con posterioridad al contrato, entre diciembre de 2013 y febrero de 2014, y que dan cuenta únicamente que ZZ1 facturó a ZZ2 la fabricación de un carro de arrastre, la fabricación de un botellero, la reparación adicional de un carro de arrastre, la fabricación de estructuras metálicas especiales, la fabricación de soportes de eje y un servicio de reparación, todo por el total de \$22.219.453. A juicio de este Tribunal, dichas facturas nada aportan en orden a acreditar que ZZ2 haya participado en la negociación, celebración o ejecución del Contrato de Prestación de Servicios, sino que a lo sumo ventas entre personas relacionadas.

Trigésimo: Que, a mayor abundamiento, el hecho cierto y no controvertido consistente en que ZZ1 forme parte del mismo grupo empresarial que ZZ2, no es suficiente por sí mismo para justificar la penetración del velo de la personalidad jurídica. Como fue expuesto en los Considerandos Décimo Quinto y Décimo Sexto, el levantamiento del velo jurídico procede únicamente si al menos concurren dos requisitos copulativos: **(i)** identidad de personas o patrimonial y **(ii)** el uso abusivo de la personalidad jurídica con ánimo defraudatorio⁴⁰. Si bien nos enfrentamos a un mismo grupo empresarial, no existe en estos autos elemento probatorio alguno, más allá de meras afirmaciones de la demandante, que permitan justificar que el hecho de haberse pactado el contrato, y particularmente su cláusula arbitral, constituya un abuso o se haya hecho con ánimo defraudatorio.

Trigésimo Primero: Que tampoco existe prueba que indique que de levantarse el velo jurídico se descubrirá que el verdadero contratante habría sido ZZ2 y no ZZ1. El levantamiento del velo jurídico

⁴⁰ Op. Cit. UGARTE VIAL, p. 702.

constituye un acto previo para luego observar qué persona es la que realmente contrata, cuestión respecto de la cual tampoco existen elementos probatorios. Una cosa es que ZZ2 y ZZ1 adscriban al mismo grupo empresarial, pero cosa distinta es que haya sido ZZ2 la pretendida verdadera contratante.

Trigésimo Segundo: Que, como se explicó en el considerando Décimo Quinto, la sola circunstancia de pertenecer dos sociedades a un mismo grupo societario no es antecedente único y suficiente para entender que todas ellas deban participar de un pacto arbitral consentido por sólo una de ellas. En el análisis efectuado en los considerandos precedentes vimos que se ha resuelto en Chile y en el derecho comparado que para aplicar una cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora, pero parte del mismo grupo, es necesario que esta última haya participado de todo o parte del *iter contractual*, actuando las sociedades como una unidad económica frente a un determinado negocio. En la especie no existe antecedente alguno que dé cuenta que ZZ2 haya participado ya sea en la celebración, ejecución y/o en el término del contrato o que aparezca que sea la verdadera parte y no ZZ1.

Trigésimo Tercero: Que, por el contrario, existen en el proceso antecedentes probatorios que dan cuenta que, de las demandadas, la única sociedad parte de esta cláusula arbitral es ZZ1 y ninguna otra del grupo TR1. Del análisis de los tres contratos, que conformarían lo que la demandante ha denominado el traspaso de Empresas de XX2 al grupo TR1 (el Contrato de Prestación de Servicios de fecha 29 de noviembre de 2012 entre ZZ1 y XX1; el Contrato de Compraventa de Equipos de fecha 29 de noviembre de 2012 entre TR2 y ZZ1, y el Contrato de Compraventa de Marcas Comerciales de fecha 2 de enero de 2013 entre XX1 y ZZ1), queda en evidencia que sólo en el Contrato de Prestación de Servicios se pactó una cláusula arbitral, lo que revela una clara intención de los contratantes de reducir la aplicación de la cláusula arbitral precisamente a este contrato, excluyéndola respecto de los demás. Tal circunstancia devela un claro discernimiento de las partes en orden a pactar que el convenio arbitral regiría únicamente para un caso específico y particular, excluyendo otros. Si la intención de los contratantes hubiera sido que todas sus relaciones quedaran sometidas a arbitraje, al menos habrían pactado arbitraje en todos los contratos y no únicamente en el ya mencionado, y sólo sobre esa base habría sido pertinente cuestionarse si es que la intención de los contratantes habría sido, además, aplicar la cláusula arbitral a otras empresas del grupo TR1, lo que en la especie no es posible sostener. Refuerza esta apreciación, el que habiéndose celebrado dos de los contratos mencionados el mismo día, sólo en uno decidieron estipular una cláusula arbitral, lo que reafirma que las partes consintieron arbitrar sólo ciertos y específicos conflictos.

Trigésimo Cuarto: Que, además, existe otro elemento relevante a juicio de este Tribunal Arbitral para los efectos de acoger la excepción de falta de jurisdicción opuesta por ZZ2: el denominado grupo de XX2 concurrió con distintas personas jurídicas a los contratos, mientras que del grupo TR1 compareció únicamente la sociedad ZZ1, lo que ratifica que la única parte es dicha sociedad y no otra del grupo TR1.

Trigésimo Quinto: Que confirma lo que se viene decidiendo, el hecho que el contrato no contenga ninguna referencia a ZZ2 o a alguna otra sociedad del grupo TR1 como las que sí contiene respecto del señor XX2 y que fueron referidas en el Considerando Vigésimo Primero.

Trigésimo Sexto: Que también corrobora lo que se viene resolviendo, el hecho que en el contrato se haya considerado que las partes signatarias formaban parte del grupo TR1 y de la familia del

señor XX2, pero que junto con ello se haya limitado tal hecho a un único efecto: la obligación de mantener el control de dichos grupos. En el segundo párrafo de la cláusula Décimo Tercera del contrato, denominada “Cesión del Contrato”, se estipuló que “[p]ara estos efectos, se entenderá como cesión del presente Contrato el cambio de control de ZZ1 y de XX1. Se entiende que ZZ1 es controlado por el Grupo TR1, y XX1 por la familia directa de XX2. El incumplimiento de esta obligación de mantención de control se considerará como un incumplimiento de parte de ZZ1 y XX1 respectivamente”. Así, las partes signatarias tuvieron presente el hecho de formar e integrar grupos económicos, pero dejando estipulado expresamente el único efecto que tendría tal realidad: el deber de mantener el control so pena de terminación, lo que naturalmente dista mucho de extender la cláusula arbitral a otras sociedades del grupo TR1 y menos aún a ZZ2.

Trigésimo Séptimo: Que, a mayor abundamiento, contribuyen a este análisis las declaraciones testimoniales de los abogados señor Z.M. y señor K.V. -presentados por la propia demandante- destacando que XX1 y el señor XX2 estuvieron debida y suficientemente asesorados en el íter contractual. El abogado y testigo señor K.V.⁴¹ declaró: “...yo me limité a ser el abogado, en ese minuto, de la parte vendedora en la redacción de los contratos (*)en la redacción de los contratos...”. Agregó luego que “nunca ni siquiera hubo un abogado externo que interactuara conmigo en la discusión de los términos y condiciones de esos contratos y XX2 siempre estuvo en la mesa con don Z.M. en la negociación...”. Por su parte, el abogado señor Z.M.⁴², interrogado por este Tribunal acerca de si participó en la redacción y revisión del contrato, respondió: “[s]í, yo participé, pero netamente no como abogado de XX2, en ningún caso, jamás he sido abogado de XX2, sino que netamente participé para colaborar y sacar adelante los problemas que se suscitaban ahí en algunas reuniones”. Acto seguido y ante la insistencia de si redactó y revisó los contratos, el testigo respondió: “[s]í, yo revisé los contratos, no los redacté, pero sí los revisé. Algunas cláusulas del contrato, no lo revisé todo, pero algunas cláusulas sí”. En consecuencia, estas declaraciones corroboran que la circunstancia que la cláusula arbitral sólo haya sido pactada entre XX1 y ZZ1; que lo haya sido únicamente respecto del Contrato de Prestación de Servicios de fecha 29 de noviembre de 2012, y que sólo se haya estipulado en favor del señor XX2, no obedece a algún error, sino que es manifestación de la intención de los contratantes, al haber actuado, al menos XX1 y el señor XX2, debidamente asesorados. Luego, el testigo señor Z.M. al ser repreguntado acerca de las razones que podrían explicar que la contraparte de XX1 haya sido ZZ1, contestó lo siguiente: “[v]uelvo a irme para atrás, cuando apareció ZZ1, a mí me llamó la atención, porque no era ZZ2, no era TR1, no era don G.D., sino que era ZZ1, pero, en fin, en pro de sacar adelante este proyecto yo no le di color, perdón con el término, yo le dije a XX2: “démosle no más, qué te importa XX2, que vaya ZZ1, que vaya la que sea, es don G.D. que está aquí, tú me decís, con toda tu relación que tenís con él, durante todos estos años, te va a fallar en algo, nada”, entonces, hice la vista gorda a ZZ1, y apoyé el tema con ZZ1, siendo una empresa recién constituida o en proceso de constitución, más o menos”. Estas declaraciones dan cuenta que el abogado señor Z.M., actuando como colaborador del señor XX2, aceptó que la contraparte de XX1 haya sido ZZ1, a sabiendas de que no era ZZ2 ni TR1 ni don G.D.

Trigésimo Octavo: Que finalmente es menester indicar que lo que se ha señalado en los considerandos previos y lo que se resolverá a continuación, rige únicamente respecto de la cláusula

⁴¹ Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor K.V., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 12:50 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

⁴² Acta de audiencia testimonial correspondiente a la declaración del señor Z.M., rendida el día 28 de junio de 2017, a las 11:50 horas, en las oficinas del CAM Santiago.

arbitral contenida en el Contrato de Prestación de Servicios celebrado con fecha 29 de noviembre de 2012, y no constituye ni puede interpretarse como pronunciamiento alguno acerca de: **(i)** la plausibilidad de la pretensión del señor XX2 ni **(ii)** de los derechos que los demandantes puedan tener respecto de ZZ2. En relación con esta última consideración, no es efectivo que acoger la excepción de falta de jurisdicción respecto de ZZ2 conllevaría el riesgo de arribar a sentencias contradictorias, pues lo que pueda sentenciarse en otro proceso en el que sea parte ZZ2 no tendría efecto alguno respecto de lo que se resuelva en este proceso arbitral, particularmente en relación con ZZ1, ni viceversa, por así disponerlo el artículo 3°, inciso segundo, del Código Civil que consagra el efecto relativo de las sentencias.

Y, por lo tanto y conforme a lo dispuesto en, entre otros, los artículos 3°, 1445, 1449, 1450, 1545, 1560 y siguientes, 1708 y 1709 del Código Civil; los artículos 222 y siguientes de Código Orgánico de Tribunales, particularmente en su artículo 228; los artículos 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; el artículo 19, N° 3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, y el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago,

SE RESUELVE:

1. Que se rechaza la excepción de falta de jurisdicción opuesta por ZZ1 en relación con la demanda del señor XX2, y en consecuencia se declara que este Tribunal goza de jurisdicción y competencia para conocer de la referida demanda;
2. Que se acoge la excepción de falta de jurisdicción opuesta por ZZ2, y en consecuencia se declara que este Tribunal carece de jurisdicción y competencia para conocer de la demanda interpuesta en contra de ZZ2, y
3. Que en virtud de lo señalado en la letra b) del numeral 11 de las Bases del Procedimiento, se confiere traslado a ZZ1 por el plazo de diez días para contestar la demanda interpuesta por el señor XX2 y XX1.

Notifíquese. Señor Esteban Ovalle Andrade, Juez Árbitro.

()*: Transcripción textual de la Sentencia.