

**Luis Simón Figueroa del Río**

Árbitro Arbitrador en cuanto al procedimiento y de Derecho en cuanto al fallo

Fecha Sentencia: 11 de noviembre de 2009

**ROL 974-2008**

**MATERIAS:** Incumplimiento del contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles- resolución del contrato - indemnización de perjuicios - mora - costas - devolución de garantía de oportuna celebración contrato prometido - crisis económica mundial - excesiva onerosidad sobreviniente - fuerza mayor - teoría de la imprevisión - cláusula penal.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** La sociedad XX interpuso demanda arbitral en contra de la sociedad ZZ, por incumplimiento del contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles suscrito entre ambos. Solicitó se declarara el incumplimiento, la resolución del contrato de promesa de compraventa y se condenara a ZZ a indemnizar los perjuicios causados por ello, con costas. Además pidió la entrega del depósito a plazo dejado por la demandada en poder de un notario en garantía de la oportuna celebración del contrato de compraventa prometido.

ZZ contestó la demanda. Pidió que se rechazara con costas porque su no concurrencia al contrato de compraventa prometido no se debió a su culpa o negligencia, sino a la imposibilidad de cumplir por fuerza mayor, que por la crisis económica mundial hubo hechos imprevistos, o al menos un cambio de circunstancias tal que le impidió formar el fondo forestal necesario para cumplir con el contrato, lo que tornó su obligación de tal manera gravosa que no podía considerarse como lo pactado en la promesa, y que no hubo colaboración por parte de la promitente vendedora porque esta se negó a colocar un depósito que permitiera a su contraparte obtener el dinero para pagar. También adujo que no procede la aplicación de la cláusula penal pactada porque no tuvo perjuicios la demandante y el pago de ella significa un enriquecimiento sin causa para esta.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223 inciso final.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170, 628 inciso 2°, 636, 637, 638 y 639.

Código Civil: Artículos 45, 1.489, 1.551 N° 1, 1.547 inciso 2°, 1.546, 1.542, 1.545 y 1.554.

**DOCTRINA:** No es falta de colaboración del promitente vendedor negarse a asumir parte del riesgo del crédito que para cumplir necesite el promitente comprador, más aun cuando el promitente vendedor tuvo oportunidad de vender a otros en una licitación que supone igualdad de trato; la manera de obtener el dinero para el pago es un asunto que atinge exclusivamente a la deudora, y cualesquiera que fueran las gestiones necesarias para ello no modifica ni condiciona su deber de cumplir la obligación contractualmente asumida.

Respecto de la excepción fundada en la teoría de la imprevisión “o al menos a un cambio tal de circunstancias que hacía la obligación del deudor tanto más gravosa que no puede considerarse que fuera parte de lo pactado en la promesa”, es forzoso, tratándose de un Árbitro de Derecho en cuanto al fondo, estar a la primacía de la ley del contrato dispuesta en el Artículo 1.545 del Código Civil; y para acoger la excepción de caso fortuito o fuerza mayor deben acreditarse los hechos relativos a los requisitos que al efecto establece el artículo 45 de ese Código.

Para aplicar la cláusula penal no se requiere acreditar la existencia de perjuicio, y, estando pactada para el caso de incumplimiento de la obligación contraída, situación en la cual ha incurrido la demandada, el Juez, en tanto Árbitro Mixto, no puede desconocerla al momento de resolver el asunto controvertido. El acuerdo de voluntades es imperativo para los contratantes, está dentro de los marcos legales y dentro de los usos habituales en este tipo de contratos. La aplicación de la cláusula penal pactada no constituye un enriquecimiento sin causa para el contratante cumplidor, porque el derecho a cobrar la multa indemnizatoria

tiene precisamente su causa en el pacto y en el cumplimiento de los requisitos para que este opere. Al respecto debe estarse a lo que el Artículo 1.542 del Código Civil dispone.

**DECISIÓN:** Se acogió la demanda. Se declaró el incumplimiento de ZZ de la obligación que asumió con XX en el contrato de promesa de compraventa de inmuebles. Se declaró la resolución del contrato y se condenó a ZZ a indemnizar los perjuicios causados, avaluados por las partes en la cláusula penal. Se ordenó devolver la garantía a XX. Se condenó en costas a la demandada.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago, 11 de noviembre de 2009.

**VISTOS:**

**Primero:** EL 1 de diciembre de 2008, el CAM Santiago designó al suscrito, Luis Simón Figueroa del Río, como Árbitro Arbitrador en Cuanto al Procedimiento y de Derecho en Cuanto al Fallo, que fue notificado el 18 de diciembre de 2008 y juró con esa misma fecha. Este nombramiento se origina en la cláusula decimosexta del contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles suscrito entre XX y ZZ, en virtud de la cual se señala que cualquier controversia surgida entre las partes con motivo de dicho contrato sería resuelta mediante arbitraje y otorgaba mandato al CAM para su designación.

El Tribunal Arbitral se constituyó por resolución de 23 de diciembre de 2008.

El procedimiento del arbitraje es el del Reglamento Procesal del CAM.

EL plazo del arbitraje se prorrogó por seis meses a partir del 08 de octubre de 2009, por resolución de 11 de septiembre de 2009.

**Segundo:** XX, interpuso demanda arbitral en contra de ZZ, por incumplimiento del contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles suscrito entre ambos el 20 de mayo de 2008, ante el notario NT1, suplente del titular don NT2, al no concurrir a la celebración del contrato de compraventa prometido.

Solicitó se declarara el incumplimiento de ZZ de la obligación asumida con XX en el contrato citado, la resolución del contrato de promesa de compraventa y se condenara a ZZ a indemnizar los perjuicios causados por su incumplimiento, todo ello con expresa condenación en costas.

Asimismo, solicitó que se instruyera al notario para que entregue a XX el depósito a plazo dejado en su poder por ZZ como garantía de la oportuna celebración del contrato de compraventa definitivo.

**Tercero:** XX funda su demanda en los siguientes hechos:

1. Durante el año 2007 XX inició un proceso de licitación privada, con el objeto de vender 9 inmuebles de su propiedad. El 16 de abril de 2008, ZZ emitió una oferta que fue aceptada por XX, por carta de 25 de abril de 2008.
2. Como resultado de lo anterior las partes, el 20 de mayo de 2008, celebraron el contrato de promesa de compraventa por los siguientes inmuebles:
  - a) Fundo LL, ubicado en BB, Región de Los Ríos.
  - b) Parte de Fundo CC, ubicado en Puerto Octay.
  - c) Hijueta Sur de RR, hoy denominada Fundo SS, compuesta por el resto de la porción denominada "AA/ La que se encuentra más al poniente", ubicada en la Región de Los Ríos.

- d) Retazo de terreno, denominado “Fundo FF”, ubicado dentro del Fundo FF Sur, en BB, Región de los Ríos.
- e) Lote número Dos del Fundo AB, Región de Los Ríos.
- f) Lote Tres del Fundo AB, ubicado en Los Lagos.
- g) Hijueta Sur de RR, hoy denominada Fundo SS, compuesto por la porción denominada “DD/ La otra porción”, ubicada en Los Lagos, Región de Los Ríos.
- h) Resto del Lote HH o Hijueta número Dos, que corresponde al resto del Lote HH del predio denominado RR, antes situado en DML, Región de La Araucanía.
- i) Predio denominado CB, ubicado en DML, Región de Los Ríos.

El precio total de la compraventa que se pactó fue el equivalente en pesos a UF 181.000.

3. Para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones contraídas, ZZ hizo entrega de un depósito a plazo endosable, tomado por ella y endosado a nombre de XX por la cantidad de 18.100 Unidades de Fomento, depósito que quedó con instrucciones al notario autorizante de la promesa.

4. La celebración de la compraventa prometida quedó sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones suspensivas, las que debían cumplirse dentro de un plazo de 75 días prorrogables, contados desde la celebración de la promesa.

- a) Que XX culminase satisfactoriamente el proceso de división de los inmuebles singularizados en letras a) a d) del número 2 precedente, de forma de separar a su costa, las áreas destinadas a plantaciones preferentemente exóticas, plantaciones y/o superficie de bosque natural o nativo; y reserva de XX. La demandante aduce que del cumplimiento de este hecho se dio cuenta a ZZ mediante carta de 30 de junio de 2008, donde ella envió a ZZ los planos de las subdivisiones de los predios LL, CC, SS y FF, los que fueron archivados en los Conservadores de Bienes Raíces de los Lagos y de Osorno, y de la constitución de servidumbres en los mismos.
- b) Que se constituyesen y perfeccionasen las servidumbres de tránsito indicadas en la letra (b) de la cláusula quinta de la promesa. La demandante adujo que el cumplimiento de este hecho consta en la misma comunicación señalada en la letra a) anterior, remitida a ZZ por XX el 30 de junio de 2008.
- c) Que no se detectase una imposibilidad de vender o de efectuar un manejo productivo sustentable de alguna parte de los inmuebles que significase una disminución de su valor comercial en un monto equivalente a un 20 por ciento o más del precio de la compraventa prometida; para ello se acordó la realización de un due diligence, que contemplara un estudio de los títulos de los inmuebles en comento, así como su facultad para enajenarlos y la aptitud de dichos inmuebles para ser objeto de un desarrollo y un manejo productivo sustentable conforme a la legislación y reglamentación vigente. Para tales efectos, XX se comprometió entregar y poner a disposición de ZZ toda la documentación solicitada por esta última. Se estableció un plazo de 60 días corridos para la realización del due diligence, prorrogable por las partes de común acuerdo, contados desde que XX entregase a ZZ la documentación, hecho que se cumplió el 27 de mayo de 2008. Estos antecedentes fueron complementados con otros enviados por XX mediante cartas de 6 y 12 de junio de 2008.

5. Las partes acordaron que una vez cumplidas las condiciones indicadas en la cláusula quinta de la promesa, el plazo para celebrar la compraventa prometida sería de 15 días corridos contados desde la última de las fechas que en dicha cláusula se indican, y que son las siguientes : a) el décimo día hábil siguiente a la fecha de término del due diligence, sin que ZZ haya comunicado a XX su intención de rebajar el precio de la compraventa definitiva; o b) la fecha en que las partes determinen el precio de compraventa definitivo, en caso que debieran hacerse ajustes en dicho precio, conforme a lo establecido en la cláusula séptima de la promesa.

6. La referida cláusula séptima de la promesa establece la obligación para ZZ de notificar, dentro del plazo que señala, si hubiere detectado en el proceso de due diligence la existencia de alguno de los impedimentos que en ella se contienen que afecten a todo o parte de los inmuebles y el monto en que debiera ser reducido el precio de compraventa como consecuencia de ello. En caso de no enviar dicha comunicación en tiempo y forma, se entendería que ZZ no tenía reparos que formular, y se debía proceder a la celebración de la compraventa en los términos indicados.

7. La cláusula octava de la promesa contiene prohibición para XX de no gravar, enajenar o adjudicar los Inmuebles, salvo en lo que respecta a la división y constitución de las servidumbres señaladas, sin la autorización previa y por escrito de ZZ. Asimismo, se imponía la obligación a la demandante de no celebrar actos y contratos sobre los inmuebles, salvo los necesarios para dar cumplimiento a las condiciones anteriormente expuestas y para la mantención de los inmuebles.

8. Las partes acordaron en la cláusula undécima de la promesa una evaluación anticipada de los perjuicios en caso de incumplimiento, equivalente en pesos, a dieciocho mil cien Unidades de Fomento, que corresponden al diez por ciento del precio de compraventa. En el evento que la parte incumplidora fuera ZZ, XX tendría derecho a obtener el pago de la multa antes referida con el depósito indicado en la cláusula cuarta de la promesa, explicada en el número tres precedente. Lo anterior, es sin perjuicio del derecho que tiene el contratante diligente de exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones convenidas, incluyendo el pago del precio de compraventa, o la resolución de la promesa, y además, en ambos casos la indemnización de perjuicios antes indicada.

9. La demandante adujo que habiéndose cumplido los plazos señalados en la promesa para el cumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula quinta de la misma y para la realización del due diligence, y no habiéndose enviado por ZZ comunicación alguna que diera cuenta de algún impedimento que afectara a los inmuebles, como tampoco de su intención de rebajar el precio de los mismos, XX comunicó a ZZ dicho cumplimiento, por carta de 28 de agosto de 2008, a la que adjuntó un borrador de contrato de compraventa; asimismo señaló que la compraventa definitiva debía celebrarse a más tardar el 16 de septiembre de 2008.

10. Continúa la demandante con que ZZ respondió el 8 de septiembre de 2008, solicitando postergar la celebración de la escritura de compraventa definitiva para los primeros días de octubre, a lo que XX accedió señalando que la fecha de celebración no debía exceder del 16 de octubre de 2008.

11. Se agrega que el 15 de septiembre de 2008 ZZ contestó la carta de XX, agradeciendo la disposición para postergar la firma del contrato y señalando que “el comprador definitivo será la sociedad TR1, según lo permite la promesa.

12. La demanda relata que las partes sostuvieron conversaciones e intercambiaron cartas, donde XX procuró obtener una definición de ZZ en cuanto a establecer una fecha para la firma del contrato de compraventa definitivo.

13. Continúa la demanda que ante la falta de respuesta concreta de ZZ en relación con la fecha de celebración del contrato definitivo, el 23 de octubre de 2008, XX comunicó a los representantes de ZZ, mediante carta certificada, que habiéndose cumplido todas las condiciones establecidas en la promesa para la celebración de la compraventa, la matriz de dicha escritura pública estaría disponible para la firma por parte de ZZ o TR1, según ellos lo determinasen, a las 12:00 horas del 12 de noviembre de 2008 en la Notaría NT2, y que dicha carta se envió también por correo certificado el 03 de noviembre de 2008, a su abogado don AB1.

14. Agrega que el día y la hora señalados concurrieron a la referida notaría las representantes autorizadas de XX, a celebrar el contrato de compraventa de los inmuebles. Sin embargo, ante la inasistencia de los representantes de ZZ o de TR1, las representantes de XX no firmaron el contrato de compraventa, pues no habían recibido el pago del precio de la compraventa de los inmuebles, y que de todo ello y otras precisiones en el mismo sentido el notario dejó constancia en dos certificados de 12 y 13 de noviembre de 2008.

**Cuarto:** XX sustenta que ZZ se encuentra en mora y por ende aquella está facultada para demandar la resolución del contrato de promesa y la indemnización de los perjuicios causados por este incumplimiento, fundando su posición en los Artículos 1.489, 1.551, 1.545 y 1.554 todos del Código Civil, y demás normas aplicable.

**Quinto:** ZZ, contestó la demanda de autos solicitando que esta fuera rechazada en todas sus partes y con expresa condenación en costas ya que la no concurrencia de ZZ al contrato de compraventa prometido no se debe a su culpa o negligencia, sino a la imposibilidad de cumplir por una causal de fuerza mayor “o al menos a un cambio tal de circunstancias que hacía la obligación de ZZ tanto más gravosa que no puede considerarse que fuera parte de lo pactado en la promesa”.

**Sexto:** Esa contestación se funda además en lo siguiente:

1. Que en la parte principal de su escrito hizo una exposición de los orígenes de su representada y del entorno económico mundial existente al momento de iniciarse las relaciones con la parte demandante y de los efectos que esta última situación había producido en la estructura de su empresa.
2. Que mientras transcurría el período para el llamado “due diligence legal”, surgió un hecho delictual en la Región de los Ríos, que afectaba al inmueble más importante del grupo de bosques objeto de la promesa de compraventa. No obstante lo anterior, su representada no cejó en sus esfuerzos para dar cumplimiento al contrato de promesa que tenía suscrito con XX.
3. Señaló que XX a pesar de sus declaraciones de colaborar y otorgar a ZZ y/o TR1 facilidades para permitirle cumplir la promesa, en realidad estaba “moviendo sus piezas” para llevar a la promitente compradora al arbitraje, y por esa vía obtener el pago de la multa.
4. Hizo presente que XX estuvo siempre consciente de que ZZ no tenía capital propio, sino que estaba actuando por cuenta de su mandante y controlador.
5. Que para los efectos de la contestación, había dos cláusulas de la promesa que interesaba destacar, que son las cláusulas undécima y decimocuarta, y aunque estaba referida a otra materia, también destacó especialmente la redacción de la última oración de la cláusula quinta, la que también se da por reproducida. En virtud de ellos consideraba que las partes debían actuar diligentemente y hacer todos los esfuerzos a su alcance para cumplir lo acordado. Pero si a pesar de todos los esfuerzos no se lograba cumplir, la parte demandada estimaba que no había responsabilidad y no debía, por lo tanto, aplicarse la cláusula penal prevista en la cláusula undécima citada.
6. Que la buena fe comprometida en la cláusula decimocuarta incluía colaborar con la otra parte en la consecución del objetivo común, posición que refuerza argumentando el contenido del Artículo 1.546 del C.C. Sostiene que en contraste con la conducta de XX, su parte hizo todo lo posible por cumplir su obligación, aún a pesar de haber perdido, por razones ajenas a su voluntad, una parte importantísima de su respaldo financiero. A este respecto, recalcó el representante de ZZ, la naturaleza de la promesa de compraventa que es un contrato bilateral y conmutativo, en que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes, y que en este caso no habría tal equivalencia. Es cierto que al tiempo de contratar ambas se preveían como equivalentes, pero las circunstancias provocaron un desequilibrio y lo que se esperaba era que de alguna manera ese desequilibrio se compensara por una mayor actividad de XX, que estaba en condiciones de ejercerla. Esta buena fe y el equilibrio indicados son un elemento de la naturaleza del contrato, y aunque el Artículo 1.444 del Código Civil declara pertenecerle sin necesidad de cláusula especial, en este caso concreto XX la incluyó expresamente en la promesa. Mismo principio que debe aplicarse según las normas de interpretación de los contratos, en particular

el Artículo 1.564 inciso 1 del Código Civil. Agrega que “Así, si no hay lugar a indemnización de perjuicios en el caso de no poder llevarse a cabo el contrato por causas no imputables a las partes en un caso, tampoco debe haberla en el otro caso, cumpliéndose también la circunstancia de no haber sido causada la imposibilidad por culpa de la parte”.

7. Argumenta que la crisis financiera mundial es un imprevisto al que es imposible resistir y “cae evidentemente” dentro de la definición que el Art. 45 del C.C. hace de la fuerza mayor o caso fortuito.
8. Que de acuerdo a lo previsto en el Artículo 1.547 del Código Civil, tratándose de un contrato que beneficia a ambas partes, como es la promesa de compraventa sub-lite, el deudor es responsable de la culpa leve, y que no puede imputarse a ZZ ni siquiera la levisima, dado que claramente actuó con la diligencia debida, recurriendo a todos los medios a su alcance para cumplir su compromiso, e incluso logrando un financiamiento cuando era prácticamente imposible conseguirlo, el que se frustró por la impasibilidad de XX. Por su parte, el segundo inciso de dicho artículo señala expresamente que “el deudor no es responsable del caso fortuito” o fuerza mayor, por lo que no cabe imputar a su representada responsabilidad alguna en el incumplimiento de la promesa. Las dos excepciones a la regla indicada contenidas en el mismo inciso citado son aplicables en la especie, dado que la crisis financiera mundial no se debe a la culpa de ZZ ni de nadie relacionado con ella, ni la parte promitente compradora estaba en mora al tiempo de su surgimiento. Refuerza su postura citando el Artículo 1.558 inciso 2º del Código Civil.
9. Que el imprevisto cambio de circunstancias sobrevenido con posterioridad a la suscripción del contrato de promesa objeto del presente arbitraje no hacía exigible a ZZ la conducta que pretende XX, agrega que la interpretación armónica de los Artículos 1.545, 1.546, 1.547, 1.558, 1.560, 1.568 más el Artículo 1.444, todos del Código Civil, permiten la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico.
10. Que si bien es cierto que la cláusula penal tiene el carácter de una evaluación anticipada de los perjuicios, también es cierto que su propósito, es indemnizar un perjuicio efectivo, y en el caso de autos, XX pretende obtener una indemnización sobre la base que ZZ no suscribió oportunamente el contrato de compraventa prometido, sin otra justificación. Es decir, porque el contrato así lo dice, no porque se haya visto realmente perjudicada por ese incumplimiento. En este contexto, lo que persigue la demandante de autos constituiría un enriquecimiento sin causa, ya que obtendría un pago de una cuantía importante sin haber experimentado merma alguna en su patrimonio.
11. Para terminar su contestación, la demandada expone que funda sus pretensiones en los hechos expuestos y en “lo dispuesto en los Artículos 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en el Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago con las modificaciones aprobadas para el presente caso, disposiciones citadas y demás pertinentes”.

**Séptimo:** Que la parte demandante evacuó el traslado para replicar señalando, en lo medular de su presentación, que lo descrito por la contraria en su contestación es una tergiversación que no se condice con los hechos y con las obligaciones asumidas por ambas partes en el contrato de promesa de compraventa de bienes inmuebles de autos. Por ello, la parte demandante niega todo lo afirmado por ZZ, salvo en cuanto sea expresamente reconocido en su escrito de réplica. Reitera todo lo expuesto en la demanda, indicando que esa es la realidad. Y agrega lo siguiente:

1. Respecto a la obligación de XX de otorgar financiamiento a ZZ para la compra de los inmuebles, expone que dicha obligación nunca fue parte del contrato de promesa, sino que por el contrario, durante las negociaciones se acordó que sería de cargo y riesgo de ZZ la obtención de los fondos para la compra de los inmuebles. ZZ ha intentado excusar su falta de diligencia alegando la presencia de un supuesto caso fortuito, la teoría de la imprevisión y que no existiría perjuicio para XX.
2. Que respecto al caso fortuito aducido por la demandada, XX alega que no se dan los presupuestos para que opere como una causal de exención de responsabilidad. Sustenta este punto en los Artículos 45, 1.547 y 1.673 del Código Civil. Y que de la correspondencia intercambiada entre ellos queda claro

que ZZ asumió la responsabilidad de obtener el financiamiento para la adquisición de los inmuebles y así se acordó en la promesa; y por ello no puede ahora ZZ desconocer dicho compromiso.

Continúa señalando que tampoco puede ZZ esgrimir la crisis financiera para alegar el caso fortuito, pues no se dan en este asunto los requisitos establecidos por nuestro legislador para que opere como una causal de exención de responsabilidad, porque:

**(i) No se trata de un hecho imprevisible:** ZZ pretende esgrimirla como el hecho imprevisible e irresistible que le habría impedido cumplir con su obligación. Sin embargo, la previsibilidad debe analizarse al momento en que se contraen las obligaciones. El Contrato de Promesa se suscribió el 20 de mayo de 2008, fecha en la cual la crisis financiera ya era un hecho público y notorio.

**(ii) No se trata de un hecho irresistible:** No puede ZZ esgrimir la crisis financiera como excusa para su incumplimiento, calificándola de caso fortuito, si no ha actuado conforme a la diligencia que le es exigida conforme al contrato de promesa. Hay que tener claro que la obligación de ZZ incumplida era concurrir a la celebración de un contrato de compraventa, para lo que la crisis financiera no representa mayor obstáculo. Señala también que, si bien es un hecho público y notorio que durante el año 2007 se inició una crisis financiera que ha tenido consecuencias en prácticamente todo el mundo, ello no ha significado que desde el 20 de mayo de 2008 a la fecha se haya hecho absolutamente imposible obtener financiamiento, como alega la demandada.

Lo cierto es que si la demandada hubiese tomado los resguardos adecuados podría haber contado con los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones. Refuta también la réplica todos los esfuerzos que esgrime la demandada como ejemplo de un actuar diligente.

3. Que desde el punto de vista de la demandante tampoco procede invocar la teoría de la imprevisión ya que esta no está contemplada en nuestra legislación, y existe abundante jurisprudencia que la rechaza. Sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando llegase a ser admisible, en caso de una modificación legal, el incumplimiento de ZZ no calificaría para justificar una revisión del contrato de promesa ya que no se cumple ninguno de sus requisitos. Como ya señalamos, la crisis financiera esgrimida por ZZ en ningún caso puede considerarse como un hecho sobreviviente, puesto que ya era un hecho conocido a la fecha de celebración del Contrato de Promesa. Tampoco se ha transformado el cumplimiento en exorbitantemente más dispendioso en este caso. Además al esgrimirla hay contradicción en la misma postura del demandado.
4. Que respecto a la inaplicabilidad de la cláusula penal pactada en el contrato de promesa que alega ZZ por constituir un enriquecimiento sin causa, la demandante deja claro que estima que la causa de esa indemnización es precisamente el contrato de promesa.

**Octavo:** Que la demandada ZZ evacuó el traslado para duplicar con una presentación en cuyo inicio señala que en su escrito de contestación no ha faltado en ningún caso a la verdad como lo afirma la actora en su escrito de réplica, y si se recurrió a algunas figuras literarias fue solo con el fin de ilustrar al señor Árbitro con imágenes que permiten graficar las conductas asumidas en el curso de la relación que han conducido a las partes al arbitraje de autos. Reafirma que efectivamente, las partes firmaron un contrato de promesa de compraventa, en virtud del cual se obligaron, la una a vender y la otra a comprar. Además señala lo siguiente:

1. Alega que el cumplimiento se tornó imposible para la demandada por una causal de fuerza mayor o se hizo tanto más gravoso por circunstancias ajenas a la voluntad de esta parte, por ello que se justifica recurrir a la teoría de la imprevisión. Esta imposibilidad de cumplir es la conclusión a que, lamentablemente, llegó ZZ después de haber hecho todos los esfuerzos a su alcance para cumplir su compromiso, lo que fue siempre su intención, como lo demuestra la circunstancia que, ya estando en

el ámbito del arbitraje, se reiteró a XX la oferta de celebrar un contrato de compraventa por una parte de los predios objeto de la promesa (manteniendo proporcionalmente el precio ofrecido) y abrir un período de exclusividad para continuar realizando esfuerzos tendientes a comprar el resto.

2. Además, la demandada da respuesta a las tres preguntas que se formula la demandante en su escrito de réplica:

(i) En primer lugar, respecto a qué hizo ZZ para cumplir, enumera un serie de gestiones realizadas por esa parte de manera de lograr dicho cumplimiento. La demandada señaló que las gestiones indicadas fueron las siguientes:

- a) Contrató un estudio de factibilidad del proyecto.
- b) Contrató el desarrollo de un plan de negocios para determinar la rentabilidad del proyecto.
- c) Contrató los servicios de técnicos y profesionales para la implementación del proyecto.
- d) Buscó la complementación y el apoyo de empresas y grupos que se desempeñan en el rubro forestal y en otros complementarios.
- e) Cuando sobrevino la peor parte de la crisis y esta se transformó en una verdadera debacle, a causa de lo cual TR2 sufrió la evaporación de su patrimonio por las circunstancias expuestas en la contestación de la demanda, buscó afanosamente el financiamiento, para lo cual contactó a varias decenas de personas y entidades.
- f) También buscó interesados que pudieran hacerse cargo de parte o de la totalidad del proyecto bajo distintos esquemas de participación.
- g) Hizo venir a su costo dos personas de Europa para presentarles el proyecto in situ.
- h) Cuando finalmente encontró un financiamiento (TR3) que posteriormente no prosperó, pero realizó todo lo que estuvo de su parte para llevarlo a cabo, incluyendo la contratación de nuevos servicios técnicos y profesionales para materializar esa opción, incluso mediante la creación de una sociedad en los Estados Unidos de América, etc.; y más adelante propuso diversas salidas a XX para resolver el problema.

(ii) En segundo lugar, respecto a solicitarle a XX que le financiara la compra de los inmuebles que ella se había obligado a adquirir, manifiesta que nunca se hizo tal solicitud. Lo que hizo ZZ fue mantener a XX informada de las dificultades que aparecieron en el camino. Y cuando finalmente surgió una posible solución, también se la comunicó, aunque ella tenía un elemento muy importante que obstaculizaba su concreción, cual era el requisito de un depósito inicial que ZZ en ese momento no podía realizar, circunstancia que por supuesto tampoco fue ocultada a XX, ante lo cual fue XX, quien sugirió la posibilidad de facilitar esa operación. La demandada indica que lo hizo verbalmente, por teléfono y sin testigos conocidos, por lo que una prueba directa de ello solo podría venir de su propio reconocimiento, lo que hasta ahora no se ha producido. Pero que había sido esa sugerencia la que alentó a ZZ a presentar el denominado “Term Sheet” sobre la manera en que tal medida podría concretarse.

(iii) Por último, en relación con el momento en que se incorporó como obligación de la promesa el que XX debía proporcionarle a ZZ el financiamiento para la compra de los inmuebles, afirma que nunca existió tal obligación. Lo que sí ocurrió fue que ante la propuesta de XX, ZZ vislumbró una posible salida por esa vía y empeñó nuevos esfuerzos encaminados a materializarla, confiada en que a lo menos iba a recibir una respuesta formal, positiva o negativa, lo que finalmente no ocurrió. Y eso, si bien no era una obligación del contrato, sí constituía un imperativo moral que forma parte de la conducta que espera de todo contratante el Artículo 1.546 del Código Civil y de lo convenido en la cláusula decimocuarta del contrato de promesa.

3. También afirma la demandada que la tergiversación que existe en autos es la manera como la demandante interpreta lo que se afirma en el escrito de contestación de la demanda. Especialmente donde XX sostiene que ZZ pretendió que su falta de diligencia fuera suplida por ella, pretendiendo que



esta última consiguiera los fondos para que ZZ “se dignara” cumplir su obligación correlativa. Indica la demandada que jamás se ha afirmado tal cosa.

4. Asimismo consta que la demandante no ha negado que la idea de apoyar a ZZ en la obtención del financiamiento de TR3 surgió de su Gerente General en Chile, ni que pidió la preparación del documento con los términos en que tal apoyo podía estructurarse, ni que posteriormente indicó que con algunos ajustes a dicho documento tal apoyo era factible, ni tampoco ha negado que nunca dio una respuesta formal. Por el contrario, y soslayando todos esos temas, lo que hizo fue tratar de dar vuelta esas afirmaciones y presentarlas como si la demandada hubiera exigido que XX le financiara la compra. Ante la imposibilidad sobreviniente de cumplir, ZZ comunicó a XX cuáles habían sido los esfuerzos desplegados y las dificultades encontradas. Frente a esto, la promitente vendedora demostró un espíritu de colaboración inicial al señalar que podía estudiarse la posibilidad de prestar su ayuda para la constitución del depósito de garantía, por cuanto la promitente compradora por sí sola no podía hacerlo en las circunstancias en que se había encontrado luego de la debacle financiera ocurrida. Y agrega que ese espíritu de colaboración inicial no se había prolongado en el tiempo, ya que no hubo respuesta formal a la propuesta que ella misma (la demandante) había alentado a presentar, lo cual era la conducta esperable de ese espíritu de colaboración. Decir que una respuesta formal a la propuesta es una conducta esperable no es equivalente a decir que financiar la compra sea una obligación.
  
5. En relación con el argumento de la inaplicabilidad del caso fortuito esta parte sostiene que, después de suscrita la promesa surgieron circunstancias imprevistas, a las cuales no tenía cómo resistir, que hicieron imposible ese cumplimiento, siendo tales circunstancias la crisis financiera mundial, que afectó no solo a ZZ, sino a la gran mayoría de los actores del mercado mundial. La demandada señala que en la réplica se indica que ZZ, haciendo “una imprecisa y vaga descripción de la crisis financiera, pretende esgrimir a esta como el hecho imprevisible e irresistible que le habría impedido cumplir con su obligación”. Ello es público y notorio, al punto de no requerir prueba. Así lo reconoce la demandante cuando dice que “la crisis financiera ya era un hecho público y notorio”. El error está en cuanto a la época en que ello ocurrió, puesto que sostiene que a la fecha de suscripción de la promesa (20 de mayo de 2008) “Estados Unidos estaba ya en recesión”, agregando que la crisis comenzó en el año 2007, “por lo que es inadmisibles alegar que el 20 de mayo esta podía constituir un hecho imprevisible”. Aclara que si bien es cierto que los orígenes de la crisis se remontan al año 2007, en mayo de 2008 los economistas analizaban la probabilidad de una pronta recuperación. Hasta septiembre de 2008, y no antes de mayo, como sostiene la réplica, todavía había esperanzas de una estabilización y pronta recuperación de los mercados. Como es sabido, la verdadera debacle se produjo en los meses de septiembre y octubre de 2008, cuando TR4 y TR5 tuvieron que ser rescatadas por el gobierno de los Estados Unidos y cayeron TR6., TR7 y otras, y ahí se hizo patente el verdadero alcance de la crisis, que en ese momento se tornó en totalmente incontrolable. En particular, los mercados inmobiliarios de Europa Central y del Este, que eran los relevantes para TR2, cayeron bien avanzado el año 2008. Por lo tanto, a mayo de ese año, ZZ tenía sólidas razones para confiar en su capacidad de pago.

En este punto agrega un gráfico y opiniones de autoridades económicas para sustentar su análisis. Dichos documentos fueron acompañados oportunamente como prueba documental. Con ellas la demandada quiere demostrar que la magnitud de la crisis financiera nadie la pudo anticipar. Acompaña también estados financieros de XX en cuanto empresa vinculada al sector inmobiliario y las comunicaciones que al respecto XX envió a sus accionistas donde muestra una evolución desde el máximo optimismo hasta la pérdida total de confianza experimentada después de los resultados al tercer trimestre y que hicieron que a fin de ese año la empresa terminara pidiendo un apoyo de 4.500 millones de euros a sus accionistas. Lo esgrime como demostración de que si la crisis afectó a la demandante, una compañía multinacional, muchísimo más grande, mejor posicionada e infinitamente

mejor informada que la demandada, con mayor razón ZZ, TR2 y TR8, se verían afectadas. Indica que los informes antes citados pueden ser vistos por cualquiera en el sitio web [www.XX.com](http://www.XX.com).

6. Respecto a la afirmación de la demandante: "...tampoco estuvo dispuesta a incurrir en el esfuerzo necesario para obtener los fondos de un tercero" la demandada señala que XX sabe que hubo cerca de medio centenar de contactos encaminados a tratar de cumplir el compromiso adquirido, todos los cuales resultaron infructuosos, salvo uno, que la actora no trepida en ridiculizar al señalar que cuando ZZ obtuvo el ofrecimiento de TR3, condicionado al depósito de garantía inicial "solicitó a XX que facilitara dichos fondos". Eso no es efectivo y no es lo que se ha afirmado. Lo que sí es efectivo es que el señor X.B., Gerente General de XX mencionó que XX tal vez podría proporcionarlos, en parte con el propio depósito de garantía del 10% del precio pactado para la compraventa. Y luego agrega la contraparte que "XX tendría que entregarle a esta entidad US\$ 2,5 millones, sin ningún tipo de garantía a cambio,...". Ello por supuesto tampoco es cierto. Primero que nada, XX no tendría que entregar nada, sino que XX ofreció estudiar la posibilidad, para lo cual pidió un resumen de los términos en que ello podría ocurrir, de manera de tener un marco formal para avanzar. Ese documento debía servir de base para analizar la idea y señalaba expresamente que no era vinculante. En base a ese documento se esperaba proporcionar a TR3 las seguridades que requería para confirmar el otorgamiento del crédito. Sobre ese documento, el Gerente General de XX reaccionó señalando que sería necesario hacer algunos ajustes, pero nunca se supo cuáles debían ser tales ajustes ni hubo respuesta formal alguna al respecto. Por lo tanto, no llegó siquiera a hablarse de garantías. Tal vez XX las habría pedido, y ello habría sido perfectamente legítimo, pero claramente ZZ no pidió a XX la entrega de fondos, y mucho menos que dicha entrega fuera sin garantías.
7. Añade la demandada que nunca se señaló que fuera responsabilidad de XX financiar la operación. Lo que ocurrió fue que, a consecuencia de los enormes esfuerzos desplegados por ZZ para obtener los fondos en una situación de los mercados financieros sin precedentes encontraron el financiamiento propuesto por TR3, a raíz de lo cual se buscó una solución en conjunto con XX. La promitente vendedora estuvo de acuerdo con ello, aunque claramente no era su obligación, pero una vez que manifestó su disposición, ZZ confió en ello y asumió nuevos compromisos financieros, incurrió en gastos legales adicionales y siguió las negociaciones con TR3, pero finalmente XX no contestó, con lo cual se perdieron todos los esfuerzos realizados.
8. Continúa la demandada aduciendo que en otro pasaje de la réplica, la actora señala que "es cierto que los mercados de crédito sufrieron un impacto momentáneo..." pero "dado que a la fecha ZZ persiste en su actitud de incumplimiento, tendría que acreditar que la inexistencia del dinero necesario para cumplir su obligación se mantiene hasta el día de hoy". Pero más adelante ridiculiza la oferta hecha y reiterada el 30 de marzo de 2009, consistente en la compra inmediata, al precio prometido, de una porción de los bosques objeto de la promesa, y una opción exclusiva para comprar el resto, quejándose, entre otras cosas, de que esta oferta es extemporánea, pues se formula "casi cinco meses después de la fecha en que debía haberse firmado el contrato prometido". Por una parte reclama que hasta el día de hoy ZZ persiste en el incumplimiento y por otra parte alega que una oferta para solucionar el impasse llega con retraso.
9. Que la demandada sostiene sobre la teoría de la imprevisión que así como hay opiniones jurídicas acerca de su inaplicabilidad, también las hay que señalan que ella es aplicable aún sin necesidad de cambios en la actual legislación.
10. Continuando con el escrito de réplica, la demandada señala, sobre los perjuicios, que XX no ha experimentado un perjuicio efectivo, y que si bien la cláusula penal tiene el carácter de una evaluación anticipada de los perjuicios, el hecho de convenir esta cantidad busca evitar la discusión acerca del monto efectivo de los mismos, pero no evita el tener que acreditar el cumplimiento de las condiciones

que la hacen procedente. Ante ello, XX solo ha podido argumentar que la causa de la indemnización solicitada es el contrato, pero no ha dado ninguna muestra de haber experimentado perjuicio real alguno. La demandada afirma que está consciente que la compraventa definitiva debió suscribirse hace mucho tiempo, y trató por todos los medios a su alcance de hacerlo de ese modo. Además, estando ya en el presente arbitraje, todavía ofreció comprar una parte de los bosques al precio ofertado, para seguir haciendo esfuerzos por comprar el resto dentro del período de opción de 12 meses adicionales. Señala que si el perjuicio consiste solo en la demora, y si la demora hubiera implicado una disminución del valor de los bosques prometidos vender, la oferta de comprar parte de ellos al precio pactado en la promesa significaría un claro beneficio para XX. XX no ha visto disminuido su patrimonio, ya que conserva todos los predios forestales, a los cuales se vendría a adicionar la indemnización perseguida en estos autos.

**Noveno:** Cumpliendo con lo que ordena el Reglamento Procesal del CAM, el Tribunal llamó a las partes a conciliación, la que no se produjo.

**Décimo:** Por resolución de 04 de junio de 2009, el Tribunal recibió la causa a prueba fijando los siguientes puntos:

1. Existencia de hechos que han impedido el cumplimiento del contrato por parte de la demandada.
2. Hechos relativos a la debida diligencia de la demandada para cumplir el contrato de promesa.

El número 2 se agregó a petición de ambas partes pero con redacción y énfasis distintos al establecido.

También a petición de ambas partes se eliminó el siguiente punto: “2.- Si la demandante se obligó en el contrato de promesa a financiar en parte al promitente comprador para el cumplimiento de su obligación”, porque no es un hecho controvertido.

**Undécimo:** Hubo declaraciones de testigos, absolución de posiciones y prueba documental, a todo lo cual, en lo que sea considerado pertinente se dejará constancia en los considerandos.

**CONSIDERANDO:**

1. Que no se discute la existencia del contrato de promesa de compraventa; que se dio cumplimiento a las condiciones suspensivas que el mismo establece; que la demandada solicitó prórroga de la fecha para la firma del contrato de compraventa prometido celebrar y pagar el precio; que la promitente vendedora propuso nueva fecha e indicó la necesidad de suscribir la documentación pertinente; que ZZ manifestó no estar en condiciones de precisar el nuevo día y este finalmente no se estableció; que tampoco se ha controvertido que XX realizó las diligencias pertinentes para convocar a la suscripción del contrato prometido y finalmente la demandada no concurrió a suscribirlo ni a pagar el precio.

2. La demandada opuso como excepciones la fuerza mayor o caso fortuito, que se produjeron hechos imprevistos “o al menos a un cambio tal de circunstancias que hacía la obligación de ZZ tanto más gravosa que no puede considerarse que fuera parte de lo pactado en la promesa”, y que la multa indemnizatoria establecida en la cláusula undécima del contrato de promesa requiere que se acredite la existencia de perjuicio.

3. La crisis económica habida recientemente es invocada por la demandada como el hecho que le imposibilitó organizar el fondo de inversiones necesario para pagar el precio de la compraventa prometida, y ha agregado que la promitente vendedora sabía que esa era la manera como ZZ obtendría el dinero. La

demandante niega lo anterior y agrega que en cuanto al dinero lo que se sabía era que sería traído del extranjero.

4. Para los efectos de resolver acerca de las excepciones y alegaciones de la demandada será necesario tener en cuenta que según los testigos de ZZ y su presidente y representante legal que fue citado a absolver posiciones, esa sociedad forma parte de un holding, que ellos son ejecutivos de sociedades del mismo, que el testigo señor J.O., es el principal socio y accionista, que tienen importantes vinculaciones comerciales, y que el holding se ocupó de obtener el dinero para el pago, lo que es coherente con los escritos de la demandada.

En efecto, ZZ presentó tres testigos, entre los que destaca J.O., que manifestó tener vínculo con ella diciendo “que esta empresa, es una filial de TR2” que antes se llamaba TR9. Refiriéndose a don P.B., otro de los testigos, de quien manifestó ser cuñado, dijo que “somos socios de una empresa que se llama ZZ de Brasil. Tiene una filial chilena que se llama ZZ Chile”. En otra parte de su declaración refiriéndose a TR10 dijo expresamente “mi empresa TR8” y refiriéndose a los socios de ZZ declaró que “en los accionistas está TR2 que tiene el 75%, voy a precisar algo, hay varios ZZ, un ZZ en Polonia y ahí nosotros hemos invertido en todo lo que es energía eólica, los molinos de energía eólica, hay un ZZ en Brasil, y hay un ZZ en Chile. En todos los casos, las empresas fueron creadas por mí, por TR2 y luego a veces abrieron su capital en el caso, por ejemplo de Polonia donde hay catorce accionistas y en el caso de Brasil, está únicamente don P.B. con 25% y TR2 con 75%, en el caso de TR1 es 100% TR2”. Más adelante manifestó ser Presidente del Grupo, y en otra parte de su declaración manifestó que las acciones de esta como consecuencia de la crisis económica pasaron a valer 1.700.000.000 euros. También manifestó, refiriéndose a esta última empresa, que “la actividad para encontrar inversionistas tenía mucho éxito”, “nosotros logramos obtener 400.000.000 de euros con los inversionistas institucionales más grandes del planeta, algunos de los más grandes”. También agregó “yo superviso hoy día en mis negocios, más de mil millones de euros de préstamo bancario, con más de doscientos cuarenta y tres créditos distintos”. A su vez el señor T.C., Presidente y representante legal de ZZ, en su absolución de posiciones declaró que “En abril de 2008, cuando hemos señalado a XX que estamos interesados en comprar esos terrenos, efectivamente los inversionistas tenían los fondos, TR2, que depende de TR10, que es una gran promotora inmobiliaria en Europa del Este, esa empresa está en la Bolsa de Paris, y a la época de señalar a XX y de firmar la promesa de compraventa, TR2 tenían los fondos y después llegó la crisis y de ahí la acción cayó en la Bolsa, pero insisto que el montaje financiero no es mi trabajo sino que de don P.B. y de don B.T., que trabajan para TR8 y TR2, que es la empresa de ellos”.

En la documentación acompañada hay correos electrónicos que dan cuenta también de esas vinculaciones.

5. En cuanto a la manera como la deudora obtendría el dinero para el pago, el señor B.T., testigo presentado por la demandada, declaró que trabaja para TR10 y asiste a J.O. “en empresas personales que él opera, tales como la demandada”, y dijo que para financiar el proyecto tenían tres vías “primero la creación de un fondo forestal, bajo el paraguas del negocio administración de fondos TR8 conocido como el TR11; segundo, obtener fondos a través de inversiones que habían invertido en TR8, y, tercero, en caso de que el número uno y dos no prosperaran habían suficientes fondos en la empresa holding personal de J.O. conocida como TR2”. Luego destaca la importancia de TR11 y de TR8, y que por ende, estaban “confiados de que podríamos obtener ocho millones de dólares necesarios para adquirir el bosque en cuestión”, y que si no se lograba “sabíamos que habían fondos suficientes en TR2 para financiar la adquisición, si fuera absolutamente necesario”.

La obtención del dinero de la deudora no está tratado en el contrato de promesa de compraventa y en todo caso, de la declaración transcrita, que proviene de un testigo de la demandada, deja en claro que en el ambiente interno de la deudora tenían pensado que recurrirían a fondos de inversión o a los bancos y que por último una empresa relacionada tenía fondos suficientes, todo lo cual es coherente con los dichos de la acreedora de que solamente sabían que el dinero se traería del extranjero. Por lo que se deja desde ya establecido que la manera de obtener el dinero para el pago es un asunto que atinge exclusivamente a la

deudora, y cualesquiera que fueran las gestiones necesarias para ello, no modifica ni condiciona el deber de ZZ de cumplir la obligación asumida en el contrato de promesa de compraventa materia de este juicio.

6. En cuanto a las excepciones opuestas, todos los testigos de ZZ, señores J.O., B.T. y P.B. y el absolvente de posiciones T.C., pretendieron demostrar diligencia y excusar la falta de resultados para obtener el dinero del precio del contrato aduciendo, principalmente, que XX no prestó colaboración respecto de las posibilidades de un fondo o una empresa denominada TR3. Explicaron que para prestar el dinero TR3 requería un depósito previo de US\$ 2,5 millones, que solicitaron a XX sin respuesta positiva de su parte.

Lo de TR3 ha sido el asunto en que han colocado mayor interés en sus declaraciones. Así, el señor T.C. manifestó que “no tenía un rol importante”, pero agregó “que tuvieron un financista, una empresa que se llama TR3, que nos ayudó a entregar una oferta a XX en la fecha de septiembre”, y que “nunca hemos recibido una respuesta de XX”. Más adelante insistió en el asunto diciendo, “durante todo ese tiempo, una vez que la crisis cayó, hemos buscado fondos de todas partes, yo en Chile, TR2 y TR8 en Europa, y don P.B. en Brasil, hemos encontrado una empresa que se llama TR3 y hemos hecho una oferta a XX y no hemos encontrado los fondos suficientes porque era un año de crisis y no es fácil encontrar fondos tan importantes. No tuvimos una respuesta de XX”, “a mediados de septiembre, yo estaba conversando constantemente con TR3”.

El señor P.B. se refirió a trámites con los bancos chilenos, pero lo más extenso de su declaración fue lo relativo a TR3. Como ya se dijo, los testigos de la demandada lo presentan como relevante en sus gestiones para dar cumplimiento a lo pactado.

7. En los términos que testigos y absolvente explican la operación TR3 significaba responsabilizar a XX porque ella no prosperó. Un ejemplo son las expresiones del representante legal de ZZ, señor T.C., según el cual “hoy estamos en arbitraje porque nosotros no hemos pagado esas sumas y XX no nos ayudó a pagar las distintas ofertas que hemos entregado”.

Esa gestión hacía recaer en XX parte del riesgo de la operación, esto es en el acreedor, que, por otra parte tuvo la oportunidad de vender a otros en una licitación que supone igualdad de trato; la demandante y sus testigos descalificaron esa gestión y además manifestaron que no estaba XX comprometida a colocar dinero para que su comprador pudiera cumplir.

En septiembre de 2008, es decir, cuando debía pagarse el precio y por ende haber existido los fondos para cumplir lo contratado, la demandada presenta como única solución que la vendedora ponga dinero a su riesgo. Ello no es, precisamente, expresión de diligencia en el cumplimiento de una obligación, que además es producto o consecuencia de una secuencia de operaciones que se suceden unas a otras como fueron la oferta, la aceptación, la negociación del contrato y los plazos mismos que este fija para el cierre y pago del precio.

Se suma a lo anterior que la demandada, ha dado a conocer por sus escritos y por los testigos que ha presentado, la importancia de los negocios que moviliza el holding a que pertenece; esos testigos son todos importantes ejecutivos de las empresas relacionadas que citan, y uno de ellos, incluso dueño de TR2, lo que se conoce por sus propios dichos, realzados cuando usa la expresión mi empresa, se refiere a la extensa e importante vinculación con inversionistas, a la cuantía y número de créditos que maneja, y al patrimonio de 1.700.000.000 euros de TR10, por lo que no se comprende que si la solución, aunque atrasada, estaba en TR3, no encaminaron sus gestiones a producir la seguridad que ella buscaba, en lugar de excepcionarse reclamando que la promitente vendedora debió colocar el depósito de 2.5 millones de dólares a su riesgo.

ZZ presenta, en síntesis, al vendedor como irresponsable por no ayudar a su riesgo a cumplir la obligación del vendedor, excepción y planteamiento que el Tribunal no acoge, porque la promitente vendedora no ha

asumido obligación alguna en ese sentido y porque la obtención del dinero para el pago del precio es un deber eminente del deudor.

**8.** La demandada también se excusa del no pago porque los bancos chilenos y extranjeros requeridos no respondieron a sus solicitudes de crédito.

Los testigos de la demandada no explicaron porqué los bancos chilenos y extranjeros no se pronunciaron a sus requerimientos. El señor P.B. dijo haberse preocupado de los bancos nacionales, y respecto de los que cita dijo que “tuvo reuniones con las personas responsables de la evaluación de riesgos” y “no logró como objetivo una propuesta formal por parte del banco, según las reglas del arte” y que tanto respecto de Chile como del extranjero “en las pruebas ustedes encuentran la huella de estos contactos que dieron lugar a intercambios por escrito”.

Siguiendo esas “huellas” se encuentra un correo electrónico del banco BO1 del 14 de agosto de 2008, un mes antes de la fecha para firmar y pagar la compraventa, que responde otro del señor T.C. del mismo día, en el que expresa “deben tener un representante legal con facultades para solicitar créditos”, de lo que se desprende que se trata de una gestión tardía e incompleta.

El banco BO2 responde un correo del 10 de julio del mismo año, también del señor T.C., diciendo que los antecedentes “primarios” les llegaron el martes 8, y que necesitan los relativos a los terrenos y los financieros de los que piden el crédito. No hay pruebas de que se hayan presentado los informes solicitados y ni de cómo se manejó la gestión desde ese momento.

Con el banco BO3 hay un intercambio parecido efectuado en septiembre del mismo año.

Hay copias de textos iniciando gestiones en octubre de 2008 y marzo de 2009, es decir ya vencido el plazo para el pago y firma de la compraventa.

Se acompañó a los autos, también, correos electrónicos que dan cuenta de tomas iniciales de contactos solicitando financiamiento en el extranjero, a 15 o menos días del fijado para la firma y pago del precio de la compraventa. Nada se sabe de lo que ocurrió después de esos primeros y muy básicos intercambios de correos.

Hay otros que comentan la conveniencia de cambiar el sentido del proyecto inicial, sin que se sepa los efectos de ello, y en todo caso también comunicaciones tardías.

La documentación acompañada relativa a la gestión de crédito bancario da a conocer solo trámites iniciales, básicos y atrasados en relación con la fecha de cumplimiento de la promesa, lo que deja una idea contraria a la de diligencia, aplicación o esmero para cumplir lo prometido.

Por otra parte, constan en el expediente informes de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, los cuales, en especial el número que se refiere a lo ocurrido en el año 2008, que las colocaciones o préstamos comerciales crecieron ese año.

**9.** En cuanto a la creación del fondo de inversiones forestal no se ha demostrado acciones positivas para crearlo, solo que los testigos de la demandada manifiestan que se hicieron esfuerzos y que debido a la crisis económica no fue posible avanzar en ello. No hay más antecedentes.

**10.** ZZ adujo la crisis económica habida como un hecho imposible de resistir, como se ha relatado en los vistos. Se ha hecho una revisión de las maneras que para obtener dinero se propuso la demandada cuando optó por prometer comprar y pagar, las que constan de las declaraciones de su testigo señor P.B., y que

consistían en crear un fondo de inversiones forestal, un crédito bancario o, en caso que fuere necesario, los fondos de TR2. No es labor de este Juez Arbitral imaginar cuáles otras podrían haber existido, pero sí le corresponde constatar si se acreditó que efectivamente la crisis económica hacía imposible la obtención del dinero que necesitaba, y resulta que de los antecedentes que la misma demandada aporta no es creíble esa afirmación. Ha exhibido gran manejo en asuntos financieros y pertenecer a un holding de envergadura en clientes y patrimonio, y sin embargo no obtuvo US\$ 2,5 millones para hacer posible la operación con TR3. La banca nacional ha informado al público sobre importantes y mayores colocaciones comerciales durante el período que debió pagarse el precio comprometido y sin embargo la demandada no pudo acreditar gestiones más allá de conversaciones y correos electrónicos básicos intercambiados con algunos bancos. No se ha explicado porqué ZZ no pudo acceder al crédito bancario mientras otros sí lo hicieron; el sistema financiero tradicional ha operado y hay documentos en el expediente que así lo acreditan.

Faltando de acuerdo al artículo 45 del Código Civil el principal requisito para que haya caso fortuito o fuerza mayor, se declara como inexistente.

**11.** En cuanto a la excepción fundada en la teoría de la imprevisión “o al menos a un cambio tal de circunstancias que hacía la obligación de ZZ tanto más gravosa que no puede considerarse que fuera parte de lo pactado en la promesa”. En el derecho chileno prima la ley del contrato, Artículo 1.545 del Código Civil, y además no se acreditó porqué ni en cuanto la crisis económica, que es lo alegado como imprevisto, hizo tanto más gravoso el cumplimiento de la obligación contraída como para que deba revisarse lo pactado.

**12.** Los hechos relativos a unos títulos falsos que se crearon por terceros respecto del predio FF no han sido tratados por la demandada como un impedimento para comprar, por lo que no exige una consideración especial para resolver.

**13.** En cuanto a que la multa indemnizatoria, de la cláusula undécima del contrato de promesa de compraventa, requiere que se acredite la existencia de perjuicio, debe tenerse en cuenta que ella está claramente pactada para el caso de incumplimiento de la obligación contraída, situación en la cual ha incurrido la demandada, debiéndose, además, como se ha dejado ya constancia, rechazar a su respecto las excepciones que ha invocado. El acuerdo de voluntades pertinente es imperativo para los contratantes, está dentro de los marcos legales y dentro de los usos habituales en este tipo de contratos. La aplicación de la cláusula no constituye un enriquecimiento sin causa para el contratante cumplidor, porque el derecho a cobrar la multa indemnizatoria tiene precisamente su causa en el pacto y en el cumplimiento de los requisitos para que este opere. Al respecto el artículo el Artículo 1.542 del Código Civil dispone que “Habrà lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

**14.** No se ha hecho mención a la prueba testimonial de la demandante porque no modifica la sentencia ni ha sido necesaria para resolver.

**15.** Por consiguiente deberá declararse el incumplimiento por parte de ZZ de la obligación que contrajo, y declararse también la resolución del contrato y el pago de la indemnización de perjuicios pactada.

Para discernir y resolver, además de las consideraciones hechas, se ha tenido en cuenta el texto del contrato de promesa de compraventa suscrito por las partes cuyo incumplimiento es objeto de este juicio arbitral, las normas relativas a los contratos de promesa, resolución de los contratos, la ley del contrato, la mora, la excepción por caso fortuito, requisitos de caso fortuito, buena fe, y facultad para exigir la pena, contempladas en los Artículos 1.554, 1.489, 1.551 N° 1, 1.547 inciso 2°, 1.546 y 1.542, todos del Código Civil.

**16.** En la cláusula undécima de la promesa se pactó que “La parte que por su culpa no dé íntegro, cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones que contrae”, “o no concurriere por un hecho imputable a ella a la

compraventa, pagará al otro contratante que haya cumplido o esté llano a cumplir tales obligaciones, una indemnización de perjuicios que las partes avalúan anticipadamente en la cantidad equivalente en pesos, moneda nacional a dieciocho mil cien Unidades de Fomento, equivalente al diez por ciento del precio de compraventa". Y que "En el evento que la parte incumplidora sea ZZ, XX tendrá derecho a obtener el pago de la multa antes referida con el depósito indicado en la cláusula cuarta". Todo ello fue pactado, según la citada cláusula undécima, "sin perjuicio del derecho que tiene el contratante diligente de exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones" convenidas incluyendo el pago del precio de compraventa, o la resolución de la promesa, "y además, en ambos casos la indemnización de perjuicios antes indicada".

En la citada cláusula cuarta se estableció que "Para efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de este contrato de promesa, y especialmente, la celebración oportuna de la compraventa, ZZ entrega en este acto a XX quien declara recibir, un depósito a plazo endosable a 90 días, renovable, tomado por ZZ, en el banco BO2, y endosado a nombre de XX por la cantidad de 18.100 Unidades de Fomento, que corresponde al 10% del precio de compraventa, en adelante el "Depósito". El certificado representativo del Depósito quedará con instrucciones notariales ante el notario autorizante de la presente escritura pública, para los efectos de su liberación o devolución según corresponda. Las partes convienen que, en el acto de la compraventa, el Depósito será imputado al Precio de Compraventa determinado como se indica más adelante.

Por consiguiente deberá ordenarse el pago de la multa indemnizatoria en la forma acordada por las partes, esto es con la entrega del Depósito citado, y dejarse constancia que los intereses correspondientes están comprendidos en ese documento.

17. En cuanto a las costas de la causa, teniendo en cuenta que la demandada ha sido totalmente vencida se la condenará al pago de ellas. Se deja constancia que la tasa administrativa del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago es el 10% de los honorarios del Árbitro.

#### **RESUELVO:**

En razón de las consideraciones hechas y normas legales citadas se rechazan las excepciones opuestas y se acoge la demanda en todas sus partes, declarándose el incumplimiento de ZZ de la obligación que asumió para con XX en el contrato de promesa de compraventa de inmuebles suscrito por ellas el 20 de mayo de 2008. También se declara la resolución de ese contrato y que ZZ debe indemnizar los perjuicios causados a XX evaluados por las partes en el contrato referido en el equivalente en pesos a 18.100 Unidades de Fomento, más los intereses que están comprendidos en el depósito a que se refieren las cláusulas cuarta y undécima del contrato materia de autos.

Se instruye al notario señor NT2, o a quien lo reemplace o subrogue, para que entregue a XX el depósito a plazo tomado en el Banco BO2 a la orden de ZZ, endosado a nombre de XX según lo acordado por ambas partes en las instrucciones notariales de 20 de mayo de 2008.

Se condena en costas a la demandada.

Notifíquese por receptor judicial esta sentencia a las partes y al señor notario indicado. Luis Simón Figueroa del Río, Juez Árbitro.