

José Miguel Olivares Padilla

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha Sentencia: 15 de mayo de 2012

Rol 1352-2011

MATERIAS: Reconocimiento de deuda – hipoteca – nulidad absoluta - nulidad de hipoteca – extensión de la Hipoteca - garantías - elementos de las obligaciones – legitimidad activa – interpretación de cláusulas contractuales – declaraciones y garantías.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Una sociedad ingresó como socia a otra adquiriendo su control y administración. Dicha operación fue formalizada, entre otros, con un documento denominado Reconocimiento de Deuda, que incluía diversos actos jurídicos para asegurar ciertos resultados económicos del negocio. Entre ellos, se intentó constituir una hipoteca sobre un inmueble con el objeto de garantizar el “valor” de la sociedad. El demandante, dueño del inmueble, solicita la nulidad absoluta de la Hipoteca y su consecuente cancelación, por cuanto la obligación garantizada no habría reunido las condiciones esenciales de una obligación civil y, por tanto, no existiría la obligación principal garantizada. En subsidio, pide se declare extinguida la Hipoteca por cumplimiento de la obligación garantizada.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 253 y siguientes, 384 N° 2.

Código Civil: Artículos 1.437, 1.438, 1.444, 1.445, 1.460, 1.545, 1.546, 1.560, 1.562, 1.563, 1.564, 1.681, 1.682, 1.683, 2.384, 2.407, 2.409, 2.410, 2.465, 2.470, 2.477.

DOCTRINA: La Hipoteca tiene el carácter de garantía de una obligación principal a la que accede, por lo que es accesoria o dependiente de aquella. A su vez, lo garantizado debe ser una obligación y contener los elementos de toda obligación: la existencia de un sujeto activo o acreedor, que es titular del derecho personal; la existencia de un sujeto pasivo o deudor, que es contra quien se puede reclamar la prestación, y el objeto debido que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

Con la prueba rendida en autos, no se acreditó la correcta naturaleza de lo garantizado. La supuesta obligación garantizada, carecía de sujeto pasivo o deudor. A la luz de las disposiciones del Libro Cuarto, Título I del Código Civil lo garantizado en la especie, “no estipulaba ni se refería a ningún tipo de obligación, ya fuere de dar, de hacer o de no hacer”, sino que se trataba de una mera declaración descriptiva, las que no son carentes de importancia o efecto jurídico, pero en caso alguno constituyen una obligación. (Considerando undécimo).

Estas expresiones son lo que la práctica profesional habitualmente denomina “declaraciones y garantías”, que suelen otorgarse por el dueño o gestor de un negocio o empresa al momento de ceder todo o parte de este último, como es la situación comercial en que se encontraban las partes. (Considerando vigésimo). Así, la Hipoteca no fue accesoria a una obligación en el sentido que nuestro legislador las concibió, sino que la Hipoteca intentó garantizar una mera declaración descriptiva o de garantía. Y tales declaraciones, son un instrumento jurídico con identidad propia y diferente de una obligación. Y respecto de la supuesta obligación garantizada, no existe una prestación comprometida ni tampoco un deudor al cual ella pudiere exigírsele.

Una hipoteca no es válida ni eficaz cuando pretende asegurar la fidelidad o exactitud de declaraciones descriptivas de una empresa que no son formuladas por persona o “deudor” debidamente individualizados. Y debe aplicarse la sanción legal de nulidad pues las circunstancias de autos corresponden exactamente al Artículo 1.681 del Código Civil, es decir al caso de un acto o contrato al que le falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo y dicha nulidad habrá de ser absoluta, conforme al Artículo 1.682 del

Código Civil, pues se trata de la omisión de un requisito establecido en consideración a la naturaleza del acto en cuestión. (Considerando vigésimo primero).

En cuanto a la legitimación activa, se consideró que tratándose de nulidad absoluta: "...puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" y que el solo hecho parte de un contrato no implica necesariamente saber o no de algún vicio que afecte al mismo. Y tal conocimiento específico, real y concreto, que constituiría grave negligencia o dolo, deberá ser acreditado suficientemente por quien alegue esa mala fe del estipulante, y ello no ha ocurrido en autos (Considerando vigésimo segundo).

DECISIÓN: Se acoge la demanda. No se condena a la demandada en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

En Santiago, a 15 de mayo de dos mil doce.

I. VISTOS:

Primero. Con fecha 14 de marzo de 2011, doña XX2 presentó al Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, dependiente de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante CAM) una solicitud de arbitraje, para requerir la designación de un Árbitro que resolviera la controversia surgida entre ella y ZZ1 Ltda. (en adelante también e indistintamente ZZ1) y ZZ2 Ltda. (en adelante también e indistintamente ZZ2), en relación a la eventual nulidad absoluta de una hipoteca, o extinción tanto de la obligación garantizada como de la Hipoteca misma, constituidas de conformidad al instrumento público denominado "Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones", otorgado por escritura pública de fecha 30 de enero de 2008, en la notaría de Santiago de don NT1. Además, en relación al contrato denominado "Arriendo y Promesa de Compraventa" de fecha 30 de enero de 2008, otorgado en la misma notaría, se demandaría la terminación del mismo por el supuesto incumplimiento de la arrendataria, y el desahucio respectivo.

Segundo: A fs. 78 de autos rola el Acta de Designación de Árbitro, de fecha 23 de marzo de 2011, mediante la cual las partes acordaron modificar la calidad del Árbitro a ser designado por la Cámara de Comercio de Santiago, a *Arbitrador* en cuanto al Procedimiento y *de Derecho* en cuanto al Fallo.

Tercero: A fs. 80 se designa como Árbitro a don José Miguel Olivares Padilla, para que se aboque a conocer la controversia existente en torno a la interpretación y cumplimiento de los contratos mencionados en el numeral primero anterior.

Cuarto: A fs. 83 de autos rola el Acta de Aceptación de este Árbitro, para los efectos de la aceptación del cargo y juramento respectivo. En la misma acta consta que este Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

Quinto: A fs. 84 consta la resolución de fecha 26 de abril de 2011 mediante la cual este Árbitro tuvo por constituido el compromiso, designó actuario provisional y citó a comparendo a las partes, para la fijación del procedimiento y otras materias pertinentes.

Sexto: A fs. 93 de autos consta el Acta de Comparendo de fecha 16 de mayo de 2011, conforme a la cual se establece el procedimiento, se designa actuario definitivo, se fija la calidad de las partes y se establece la materia de este arbitraje.

De tal modo, se deja establecido que son partes del arbitraje:

- a) XX2, factor de comercio;
- b) XX1, factor de comercio, ambos domiciliados, para estos efectos, en calle DML, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago;
- c) ZZ1, sociedad del giro de su denominación;
- d) ZZ2, sociedad del giro de su denominación, ambas domiciliadas, para estos efectos en DML, comuna de Las Condes, Santiago.

En cuanto a la materia, se señala que el arbitraje se ha constituido a fin que el Árbitro se aboque a conocer y resolver la controversia existente en torno a la aplicación de: (i) un Contrato de Arrendamiento y Promesa de Venta, celebrado entre don XX1 por sí y en representación de ZZ1, por una parte y por la otra, doña XX2, con fecha 30 de enero de 2008 y (ii) un Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones de ZZ1 de fecha 30 de enero de 2008.

Séptimo: A fs. 104 comparecen don AB1 y don AB2, ambos abogados, quienes, en representación de don XX1 y doña XX2, en lo principal deducen demanda de terminación de contrato de arrendamiento por no pago de rentas y pago de sumas adeudadas y en el otrosí, solicitan se decrete derecho legal de retención.

Señalan en cuanto a los hechos:

Que, con fecha 30 de enero de 2008, por medio de contrato denominado “Arriendo y Promesa de Venta” (en adelante el “Contrato”), otorgado en la notaría de Santiago de don NT1, doña XX2, representada por su cónyuge don XX1, dio en arrendamiento a ZZ1, para desarrollar actividades agrícolas e industriales, un inmueble de propiedad de aquella ubicado en calle DML (ex fundo RR, Parcela Dos, Lote B-seis), comuna de CC, Quinta Región, inscrita sobre el Lote “B” del plano de subdivisión archivado en el Registro de Documentos del año 1986, ubicado en YY, comuna de CC, el cual es parte de la Parcela Dos del Fundo RR; que deslinda y mide: al Norte, en trazo A-G de ciento cuarenta y cuatro coma setenta y cinco metros con propiedad E.P.; al Sur, en trazo E-F de ciento treinta y siete coma cincuenta metros con calle DML; al Oriente en trazo A-B de diez coma cero metros con propiedad de A.L., en trazo I-H de doscientos coma sesenta y cinco metros con lote A. en trazo C.D. de noventa y tres coma cero cero metros con propiedad de don A.L. y en trazo D-E de ciento dos coma cero cero metros con camino internacional; y al Poniente, en trazo G-F de trescientos noventa y nueve coma noventa y cinco metros con línea de Ferrocarril del Estado. Dicho inmueble se encontraba inscrito a nombre de la arrendadora, a fs. 458 del Registro de Propiedad del año 1986 del Conservador de Bienes Raíces de SS.

Señalan los principales términos y condiciones del referido contrato, y agregan que existiría una deuda pendiente equivalente a 25 meses de renta, la que ascendería a \$ 6.750.000, una deuda por gastos de agua potable por 38 meses, la que ascendería a \$ 7.158.440, una deuda por concepto de extracción de basura por 34 meses, la que ascendería a \$ 20.400.000 y una deuda por gastos por concepto de luz eléctrica correspondiente a los meses de enero y febrero de 2011, la que ascendería a \$ 1.870.000. El total adeudado, sería de \$ 36.178.440.

Demandan, de conformidad a las disposiciones del Decreto Ley N° 993, sobre Arrendamiento de Predios Rústicos, Medierías y Aparcerías, la terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas y que se condene a ZZ1 al pago de las deudas pendientes enunciadas en el párrafo anterior.

Solicitan se practiquen las correspondientes reconversiones de pago por las sumas señaladas y que se declare terminado el arrendamiento, sin perjuicio de que se decrete el pago de las rentas que se devenguen durante el transcurso del juicio y hasta su pago efectivo, más reajustes, intereses y costas.

Finalmente, a fs. 109 y 110 del expediente enumeran ciertas maquinarias, las que la demandada habría abandonado en el inmueble arrendado con fecha 18 de marzo de 2011, respecto de las cuales solicitan se declare el derecho de retención sobre bienes muebles que guarnecen la propiedad arrendada, para seguridad

de los créditos demandados en lo principal. Lo anterior, de conformidad a los Artículos 1.942 del Código Civil, y 545 y 546 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el Artículo 302 de este mismo Código.

Octavo: Adicionalmente, a fs. 112 del expediente, rola una demanda de nulidad absoluta de hipoteca y, en subsidio, de extinción de hipoteca por pago, presentada por don AB1 y don AB2, en representación de XX1 y XX2.

Como se verá, en definitiva la tramitación de estas demandas se completó en cuaderno separado denominado “Cuaderno de Nulidad de Hipoteca”.

Señalan en cuanto a los hechos:

Que vienen en deducir demanda de nulidad absoluta en contra de ZZ1 y ZZ2, de la Hipoteca establecida en el instrumento denominado “Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones”, en adelante indistintamente denominado el “Reconocimiento de Deuda”, el cual se redujo a escritura pública con fecha 30 de enero del año 2008, en la notaría de Santiago de don NT1, Repertorio 1796-2008.

Señalan que ZZ1 fue constituida por escritura pública de fecha 16 de septiembre del año 2002, otorgada en la notaría de don NT2, y que su extracto fue inscrito a fs. 145 del Registro de Comercio del año 2002 del Conservador de Bienes Raíces, Comercio y Minas de SS. El mismo extracto, fue publicado en el Diario Oficial de septiembre del año 2002. Sus socios originarios, fueron don XX1 y don P.K. El giro de la sociedad, conforme a sus estatutos, es la producción y comercialización de productos derivados de la palta.

Señalan que por escritura pública de 30 de enero del año 2008, de la notaria de don NT1 se modificó el estatuto de ZZ1, ingresando dos nuevos socios, que fueron ZZ2 y doña M.C. y retirándose el socio señor XX1.

Efectivamente, en esa fecha y notaría, se verificó una modificación de la sociedad ZZ1, por la cual se retiró como socio el señor XX1 e ingresaron doña M.C. y la sociedad ZZ2, quedando como únicos socios de la sociedad ZZ1: don P.K. (40%), la señora M.C. (10%) y la sociedad ZZ2 (50%). Además se modificó el pacto social en el sentido que la administración de ZZ1 correspondería de manera exclusiva a la socia ZZ2.

Agregan, que también con fecha 30 de enero del año 2008, en la notaría NT1, por medio del Reconocimiento de Deuda, ZZ1 reconoció deber y adeudar a ZZ2 \$ 230.000.000 [sic], que se pagarían dentro de un plazo de cinco años a contar de esa fecha, mediante pago efectivo, o bien mediante capitalización del crédito en la misma ZZ1. Se agregó allí que, en caso de no cumplirse o no ser efectiva o efectivas alguna o algunas de las declaraciones indicadas en la Cláusula Segunda del Reconocimiento de Deuda, se devengaría interés convencional, entendiéndose aquella deuda como de plazo vencido y pudiendo exigirse el pago inmediato de la deuda más intereses, reajustes y costas involucradas.

Señalan que en la cláusula tercera del Reconocimiento de Deuda, bajo el epígrafe “Garantía Hipotecaria. A) Bien que se otorga en hipoteca” el señor XX1, como marido y administrador de la sociedad conyugal con la señora XX2, otorgó una hipoteca (en adelante también e indistintamente denominada: “la Hipoteca”) sobre un inmueble de propiedad de ella, inscrito a fs. 458 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de SS, correspondiente al año 1986. La Hipoteca se inscribió a favor de ZZ2 a fs. 3371 del Registro de Hipotecas y Gravámenes correspondiente al año 2008.

Reiteran que, se estableció que ZZ1 adeudaba \$ 230.000.000 a ZZ2 y se constituyó la Hipoteca a favor de ZZ2 con el objeto de garantizar que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 ascendía a \$ 210.000.000, y que, a dicha fecha, no existían más deudas ni obligaciones que las contenidas en los Anexos 1 al 4 del Reconocimiento de Deuda, los cuales nunca fueron redactados. Asimismo, allí se estableció que, si existiere

discordancia entre el valor de la sociedad ZZ1 y la cantidad de \$ 210.000.000 la hipoteca solo garantizaría la diferencia.

En cuanto al Derecho:

Indican que la Hipoteca pactada es nula absolutamente, por cuanto la obligación a que accede no reúne las condiciones esenciales de una obligación civil. Que la Hipoteca es una garantía real y accesoria que supone la existencia de una obligación principal garantizada. Señalan que una obligación tiene tres elementos: un débito o elemento objetivo, consistente en lo que se adeuda, que puede ser dar, hacer o no hacer algo a favor de otro sujeto; el elemento subjetivo de la obligación, consistente en un deudor, quien debe realizar la prestación, y en un acreedor, quien está facultado para exigirla; y la “*obligatio*” o facultad para obligar al deudor a ejecutar lo debido, recurriendo, incluso, a los tribunales de justicia.

Señalan que, del análisis del Reconocimiento de Deuda puede desprenderse con claridad que ZZ1 es la deudora de la obligación y que la acreedora es la sociedad ZZ2. Agregan que la obligación de ZZ1 de pagar a ZZ2 \$ 230.000.000 no fue garantizada de ninguna forma, solo se estableció plazo y forma de pago.

Luego, la Hipoteca se estableció con el objeto de garantizar que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre era la suma de \$ 210.000.000 siendo el acreedor hipotecario ZZ2. Así, según indican, habría claridad sobre la existencia de la obligación que sería el valor de la sociedad a la fecha indicada, sobre la acreedora hipotecaria, pero no, respecto del deudor de la obligación principal que se garantiza con hipoteca. En consecuencia, la Hipoteca sería nula por carecer de uno de sus elementos esenciales, cual sería la obligación principal garantizada.

Fundamentan su pretensión en el Artículo 1.444 del Código Civil que regula los efectos de aquellos contratos que carecen de alguno de sus elementos esenciales. Señalan que al no existir obligación principal garantizada, por carecer la misma de deudor determinado la Hipoteca sería nula, por no concurrir respecto de ella una obligación principal plena a la que acceder. Citan el Artículo 1.682 del Código Civil que regula la nulidad absoluta como sanción cuando existen vicios atinentes al valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y el Artículo 2.434 del Código Civil que reconoce la naturaleza accesoria de la Hipoteca. Agregan que al ser nula absolutamente la obligación principal, la Hipoteca no puede subsistir por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, solicita se declare nula absolutamente la Hipoteca por afectarle un vicio constitutivo de nulidad de la obligación principal por falta de deudor y, consecuentemente, la nulidad absoluta de la Hipoteca respectiva, ordenando su cancelación en el Conservador de Bienes Raíces respectivo con expresa condena en costas.

Finalmente, y en subsidio, solicitan que en el evento que no se declare nula la Hipoteca en los términos demandados, se declare extinguida la misma por cumplimiento de la obligación principal a la que accede. Agrega que la obligación principal garantizada consistía en que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 fuera \$ 210.000.000, cuestión que fue efectiva, debiendo darse por cancelada la Hipoteca al haberse cumplido la obligación principal que se garantizaba. Para fundar su pretensión citan el Artículo 2.434 del Código Civil.

Noveno: A fs. 126 comparece don AB3, abogado, en representación de ZZ1 e ZZ2, quien –en dicha calidad– contesta la demanda de terminación de contrato de arrendamiento del cuaderno principal, solicitando su rechazo íntegro, con expresa condenación en costas, por las razones de hecho y derecho que expone.

En cuanto a los hechos:

Señala que, reconoce tanto el contrato de arrendamiento como la renta pactada, pero que es falso que existan las deudas que se pretenden cobrar. Agrega que las cifras señaladas por la contraria son antojadizas y que, de acogerse la demanda, la deuda solo sería de \$ 4.305.163.

Que, igualmente, no es efectivo que las rentas reclamadas se adeuden, debido a que la señora XX2, su cónyuge y grupo familiar vivían en la propiedad y utilizaban energía eléctrica, por lo cual se acordó que a fin de compensar dichos gastos, que eran mayores que la renta pactada, esta no se cobraría mientras ZZ1 pagara el consumo de luz, motivo por el cual se dejó de pagar la renta.

En relación a la supuesta deuda por extracción de basura, señala que nada se adeuda, que los valores propuestos son arbitrarios y antojadizos, y que resulta inaceptable que se pretenda cobrar una deuda cuyo acreedor sería un tercero. Asimismo, fundado en el Artículo 2.522 inciso 2° del Código Civil, opone la excepción de prescripción del cobro por este concepto, por tratarse de un servicio periódico.

En relación a la supuesta deuda por agua potable, señala que no adeuda 38 meses y que en el caso contrario, la deuda sería con la empresa proveedora de agua, la cual hubiera cortado el suministro de agua luego de tres meses, y han pasado tres años. Además agrega que la demandada tenía un pozo del cual extraía agua.

En relación a la supuesta deuda por luz eléctrica señala que se adeudan los meses de enero y febrero de 2011, pero que la demandante no tiene titularidad para demandar su cobro, ya que el contrato de suministro fue entre ZZ1 y la compañía eléctrica, para lo cual la primera poseía un transformador propio adquirido a la segunda. Que no se trataría de un gravamen a la propiedad, sino que de una deuda personal de la empresa. Señala que, muy distinto es que la señora XX2 y su cónyuge hayan debido pagar la luz para utilizar la maquinaria de ZZ1 en beneficio propio.

Décimo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca a fs. 1, rola nuevamente la actuación de don AB1 y don AB2, en representación de XX1 y XX2, deduciendo demanda de nulidad absoluta en contra de ZZ1 e ZZ2, de la Hipoteca establecida en el instrumento denominado “Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones”, en adelante indistintamente denominado el “Reconocimiento de Deuda”, el cual se redujo a escritura pública con fecha 30 de enero del año 2008, en la notaría de Santiago de don NT1, Repertorio 1796-2008.

Los contenidos de esta demanda ya se han transcrito en este fallo al referirse a su presentación en el cuaderno principal de autos.

En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 20, comparece don AB3, en representación de ZZ1 y de ZZ2, quien contesta la demanda de nulidad de hipoteca. Al respecto, señala que la demanda de nulidad absoluta de la Hipoteca debe ser rechazada, con expresa condena en costas, en primer lugar, por falta de legitimación activa de la demandante para demandar la nulidad invocada.

Funda lo anterior en que de la propia argumentación elaborada por los demandantes para sostener el vicio de nulidad absoluta que afectaría a la obligación y a la caución hipotecaria, constituidas por ZZ1 y la señora XX2 a favor de ZZ2 por escritura pública de 30 de enero de 2008, se infiere que esos actos jurídicos los celebraron los demandantes sabiendo o debiendo saber del vicio de invalidez que los afectaría, incurriendo con ello en manifiesta negligencia y mala fe, de lo que se sigue que estarían inhabilitados para demandar la nulidad absoluta que invocan, por carecer de legitimidad activa de conformidad con lo que estatuye el Artículo 1683 del Código Civil. Agrega que, entendiendo que los actores tienen interés patrimonial para accionar de nulidad absoluta, pues de obtener en la *litis* se liberarían de las obligaciones que los afectan, el Artículo 1.683 del Código Civil, los sanciona privándolos del derecho de alegar la nulidad.

Asimismo, funda su defensa en la validez de los actos o contratos impugnados. Señala que en el caso de que se considere que los demandantes no están inhabilitados para deducir la acción de nulidad absoluta, la demanda debe igualmente ser rechazada, por ser plenamente válidas, tanto las obligaciones contraídas como la caución hipotecaria que le sirve de garantía.

Señala que la aseveración de la parte demandante en cuanto a que en el acto constitutivo de la Hipoteca no existe una obligación principal a la que acceda esa caución, y por tanto existiría un vicio de nulidad absoluta, no se compadece con el mérito de lo acordado en el Reconocimiento de Deuda.

Agrega que debe tenerse como hecho establecido y reconocido por los demandantes que en la cláusula tercera del Reconocimiento de Deuda se constituyó la Hipoteca señalándose que el objeto de tal caución era garantizar que el valor de la sociedad ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 correspondía efectivamente a \$ 210.000.000 y, asimismo, se estableció que de existir discordancia entre el valor de esa sociedad y la suma indicada, solo se garantizaba con la Hipoteca la diferencia de ese valor.

Agrega que a continuación de esa declaración, el Reconocimiento de Deuda establecía que esa garantía hipotecaria incluía, además, cualquier otra suma adeudada por ZZ1 y respecto de la cual no se hubiere hecho expresa declaración de existir al 31 de diciembre de 2007. Y que la deuda ascendente a \$ 230.000.000 a favor de ZZ2, se encontraría en esa situación.

Señala que del Reconocimiento de Deuda se desprende que el deudor u obligado a cumplir con la obligación garantizada con la Hipoteca es la sociedad ZZ1 y que la obligación principal que ella asume y que garantiza con esa caución es que el valor de la sociedad ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 es la suma de \$ 210.000.000 y que no existan deudas y obligaciones distintas a las deudas contenidas en los anexos 1 al 4 del Reconocimiento de Deuda, anexos que contrariamente a lo afirmado por la demandante, si existirían, estarían firmados por el señor XX1 y estarían protocolizados en la misma notaría con la misma fecha. Agrega, que la garantía hipotecaria, además de acceder a una obligación principal, fue constituida válidamente, cumpliendo con las solemnidades y exigencias previstas por la ley, mediante la correspondiente escritura pública, conforme lo exige el Artículo 2.409 del Código Civil y habiendo quedado debidamente inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador respectivo, tal como lo exige el Artículo 2.410 de ese mismo Código.

Luego, en relación a la demanda subsidiaria deducida en el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, señala que esta acción debe ser rechazada por cuanto ZZ1 carece de legitimación pasiva para ser demandada, puesto que solo son legítimos contradictores en el juicio de extinción de la Hipoteca, por extinción de la obligación principal, el garante hipotecario y el acreedor hipotecario.

En cuanto al fondo de la acción subsidiaria, señala que la Hipoteca no se constituyó solo para garantizar que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007, ascendía a \$ 210.000.000 sino que para garantizar que no existieran deudas ni obligaciones distintas a las declaradas en los Anexos 1 al 4, según la cláusula tercera párrafo B) del Reconocimiento de Deuda.

Señala además que la Hipoteca garantizaba la deuda de \$ 230.000.000, reconocida a favor de la sociedad ZZ2 por ZZ1 en la cláusula primera del Reconocimiento de Deuda. Ello por cuanto conforme a la cláusula tercera del mismo, la Hipoteca garantizaba toda otra suma adeudada por ZZ1 y respecto de la cual no se hubiera hecho expresa declaración de existir al día 31 de diciembre de 2007, situación en que se encontraría la señalada deuda, la cual se incluyó precisamente para que quedara garantizada con la Hipoteca.

Agrega que, aun cuando el Tribunal determinare que la sociedad ZZ1 al 31 de diciembre de 2007, tenía un valor menor al señalado en el Reconocimiento de Deuda, no podría decretarse la extinción y subsecuente cancelación de la Hipoteca, so pena de incurrir en *ultra petita*, por cuanto la misma cauciona otras obligaciones, como que no existieran deudas ni obligaciones distintas a las declaradas en los Anexos 1 al 4 del Reconocimiento de Deuda y, además, la deuda reconocida a favor de ZZ2. Señala, que la competencia de este Árbitro se limita a declarar si las obligaciones en comento están o no caucionadas con la Hipoteca, pero no a pronunciarse sobre las demás deudas, por cuanto ello no fue solicitado por la demandante.

Que respecto del valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007, este era de \$ 70.165.495 y no el declarado de \$ 210.000.000. Esto, se determinó con posterioridad, al tomar conocimiento de la verdadera situación financiera de la compañía.

Agrega, que la Hipoteca no puede cancelarse, pues al 31 de diciembre de 2007, la sociedad ZZ1 adeudaba además de los \$ 177.400.000 declarados en el Anexo 1, la cantidad de \$ 308.600.000 correspondientes a: \$ 230.000.000 a ZZ2, \$ 60.600.000 a XX1 quien con fecha 31 de enero de 2008, día siguiente de la firma, habría girado dicha suma sin el conocimiento ni consentimiento de los nuevos administradores, y \$ 18.000.000 a proveedores.

Finalmente, en el segundo otosí del escrito de contestación de la demanda, la demandada solicita por vía de demanda reconvenzional, se decrete el desposeimiento de la propiedad dada en hipoteca, en contra de la señora XX2, en su calidad de poseedora del inmueble inscrito a fs. 458, del Registro de Propiedad de 1986 del Conservador de Bienes Raíces de SS, consistente en el Lote "B" del plano de subdivisión archivado con el N° 558 en el Registro de Documentos del año 1986, ubicado en YY, comuna de CC, el cual es parte de la Parcela N° 2 del Fundo RR, cuyos deslindes constan del título respectivo, hipoteca inscrita a fs. 3371 del Registro de Hipotecas del año 2008, del Conservador de Bienes Raíces de SS.

Solicita que la señora XX2 sea desposeída del inmueble hipotecado a fin de que con su realización se pague a ZZ2, la deuda vencida que con ella se mantiene, ascendente a UF 11.806,62369261 más el interés máximo convencional para operaciones reajustables, desde el 31 de enero de 2008 hasta el día de pago efectivo, más la suma de \$ 218.434.505, intereses y costas, deuda garantizada con segunda hipoteca sobre el inmueble.

Indica que la cláusula primera del Reconocimiento de Deuda establecía una deuda a favor de ZZ2 ascendente a \$ 230.000.000, equivalentes al momento de la demanda reconvenzional a UF 11.806,62369261, que se pagarían dentro de un plazo de cinco años a contar de la fecha de dicho instrumento, mediante capitalización del crédito en ZZ1, en UF y sin intereses. Agrega que, sin perjuicio de lo anterior, se pactó un interés máximo convencional para el caso que no se cumpliera o no fuera efectiva alguna o algunas de las declaraciones indicadas en la segunda. Señala que la deuda no se pagó mediante capitalización, y al menos una de las declaraciones contenidas en la cláusula segunda no se cumplió o no era efectiva, por lo que la deuda se hizo exigible en esa fecha, ascendiendo hoy a UF 11.806,62369261 más el interés máximo convencional para operaciones reajustables. Agrega que las siguientes declaraciones contenidas en la cláusula segunda del Reconocimiento de Deuda, no se cumplieron: a) que a esa fecha no tenía obligaciones o deudas superiores a \$ 177.400.000 de acuerdo al Anexo 1 adjunto a la escritura; b) que no existen contingencias y/o deudas de ningún tipo ya sean laborales, previsionales, medioambientales, civiles, tributarias y de cualquier otra índole derivadas de obligaciones distintas de las anteriormente enunciadas; f) que la capacidad de producción de la planta de su propiedad es la cantidad de 50 litros hora de aceite extra virgen de palta; g) que durante el año comercial 2007 se han exportado al menos \$ 48.000.000 en aceite de palta; y, h) que existe un stock de 8.000 litros de aceite virgen al primero de enero del año 2008.

Agrega que en la cláusula tercera párrafo B) se constituyó la Hipoteca a fin de garantizar que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 correspondía a \$ 210.000.000 y que no existían deudas u obligaciones distintas a las deudas señaladas en los Anexos 1 al 4. Si hubiere diferencias, la Hipoteca garantiza la diferencia que se produzca entre ese valor y el valor real de la empresa, luego de descontadas las deudas y obligaciones no incluidas en el anexo 1 al 4, agregándose que la garantía incluye cualquier otra suma adeudada por ZZ1 y respecto de la cual no se haya hecho expresa declaración de existir al 31 de diciembre de 2007.

Señala que a dicha fecha, el valor de ZZ1 era de \$ 70.165.495 por lo que se adeuda la diferencia ascendente a \$ 139.834.505. Además, indica que la sociedad tenía obligaciones por \$ 78.600.000, en exceso de los \$ 177.400.000 declarados en la escritura y en el anexo 1, motivo por el cual dicha cantidad se le adeuda a ZZ2. Señala que dichas obligaciones se encuentran garantizadas con la segunda hipoteca constituida por el

señor XX1, autorizado por su cónyuge, la cual se encuentra inscrita en el Conservador de Bienes Raíces de SS, del año 2008.

Adicionalmente, solicita se decrete medida precautoria de celebrar actos y contratos sobre el inmueble gravado con hipoteca, para lo cual se formó cuaderno separado denominado “Cuaderno de Medida Precautoria”.

Undécimo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 37, comparece don AB1, en representación de la señora XX2, solicitando se declare la incompetencia absoluta de este Árbitro para conocer sobre la acción de desposeimiento contenida en la demanda reconvenional. Señala que el procedimiento iniciado por la demandante reconvenional corresponde a un juicio ejecutivo y que este Árbitro no tiene competencia para actuar en dicho ámbito. Señala que, específicamente este Árbitro no tiene competencia para despachar el mandamiento de ejecución y embargo de rigor.

Téngase presente que esta materia quedó efectivamente zanjada conforme a los términos del avenimiento de fs. 137 del Cuaderno Principal, de cuyos términos ya se ha dado debida cuenta en los párrafos precedentes.

Duodécimo: A fs. 134, del Cuaderno Principal, las partes de común acuerdo y suspenden el procedimiento.

A fs. 137 comparecen la parte XX2 y XX1 y la parte ZZ2 y ZZ1, ambas asistidas por sus abogados, señalando que han llegado a un avenimiento en relación a las siguientes materias, que tienen incidencia en el presente arbitraje:

(i) La parte inversiones ZZ2 no proseguirá con la acción de desposeimiento que dedujo como demanda reconvenional en el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca. Señala que se reserva dicha acción para ser tramitada una vez que exista sentencia ejecutoriada en el presente arbitraje, ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, específicamente los tribunales de la comuna de Santiago, a los cuales las partes prorrogan su competencia.

(ii) La parte XX2 y XX1 se desiste de la demanda de arrendamiento interpuesta en contra de ZZ1, lo que es aceptado por esta última.

(iii) Ambas partes circunscriben los términos de la presente *litis*, solo a la demanda principal y subsidiaria presentada por la parte XX2 y XX1. Las partes otorgan competencia a este Árbitro para conocer y fallar las referidas acciones de nulidad de la Hipoteca y la subsidiaria de pago, pudiendo este Árbitro determinar a qué obligaciones se extendía la Hipoteca en relación a la escritura pública de fecha 30 de enero de 2008, otorgada en la notaría de Santiago de don NT1. Esto es, si solo se refería a la diferencia entre el precio declarado y el precio real de la sociedad al 31 de diciembre de 2007; o si también abarca y garantiza el reconocimiento de deuda que hizo ZZ1 a favor de ZZ2; y si garantiza, además, otras declaraciones contenidas en la misma escritura. Las partes facultaron especialmente al Árbitro para determinar el valor real de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007, y para determinar si, a esa misma fecha, dicha sociedad tenía deudas y obligaciones distintas a las declaradas en el Anexo N° 1 de dicha escritura, por sobre la suma de \$ 177.400.000.

(iv) Que ZZ2 desconoce eficacia jurídica a la resolución judicial dictada por el Primer Juzgado de Letras de SS de fecha 15 de junio de 2011, autos Rol V-9-2011 por la cual se rectificó la inscripción de la Hipoteca así como a la escritura pública que dio lugar a dicha resolución, otorgada en la notaría de la ciudad de SS de don NT3. Y XX2 y XX1 declaran que esa sentencia es válida, así como lo fue la escritura de rectificación. De modo que las partes acuerdan que sea la justicia ordinaria la que resuelva si la citada escritura pública rectificatoria y la consecuente resolución judicial y anotación marginal que rectifica la Hipoteca son válidas y/o

eficaces o no, en proceso seguido entre legítimos contradictores, esto es la garante y la acreedora hipotecaria.

(v) Que las partes prorrogan competencia a los tribunales ordinarios de justicia de la Comuna de Santiago para cualquier conflicto relacionado a la inscripción de fs. 3371 del Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces de SS del año 2008.

(vi) Que formulan diversas declaraciones, asunciones de deudas y daciones en pago y reconocimientos relativos a ciertos juicios laborales de ZZ1 con terceras personas. Ambas partes renuncian a cualquier prenda, derecho, embargo, retención, preferencia, acción o reclamo en relación a las máquinas e instalaciones referidas en el numeral Séptimo precedente, quedando radicado su dominio de manera definitiva en la señora XX2.

(vii) De común acuerdo, solicitan se decrete medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, respecto del inmueble ubicado en calle DML N° 2 ex fundo RR, Parcela Dos, lote B-seis, comuna de CC, inscrito a nombre de la señora XX2 a fs. 458 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de SS correspondiente al año 1986.

(viii) Además y por último, formulan otras renunciaciones y declaraciones accesorias respecto a las materias de autos, todo ello en los términos que allí constan.

A fs. 146, se tuvo por aprobado el avenimiento en todo lo que no fuere contrario a derecho. Se dejó sin efecto la medida de retención de bienes muebles decretada a fs. 28 del Cuaderno de Declaración de Derecho de Retención. Asimismo, se concedió la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el inmueble respecto del cual se solicitó y se exhortó para esos efectos al tribunal correspondiente, a fin de que notifique al respectivo Conservador de Bienes Raíces para que practique las inscripciones correspondientes.

Decimotercero: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 49, comparece don AB1, en representación de la demandante, evacuando el trámite de réplica en la demanda principal y de la demanda subsidiaria.

Señala, que lo que pretende su representada es que este Árbitro declare la nulidad de la Hipoteca constituida en virtud de la escritura pública inscrita a fs. 3371 del Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces de SS correspondiente al año 2008. Funda lo anterior, en la falta de un elemento esencial para la validez de la obligación accesoria de garantía, ya que, en su opinión, no existe deudor de la obligación principal a la que accedería dicha hipoteca. Reitera que dicha hipoteca tiene por objeto garantizar la diferencia del valor declarado de ZZ1 y el valor real de la sociedad al 31 de diciembre de 2007.

Señala que sus representadas tienen legitimación activa para demandar la nulidad invocada. Funda lo anterior, en que el Artículo 1.683 debe ser interpretado restrictivamente. Que dicha sanción está establecida para el caso de evitar que personas celebren con plena conciencia un contrato, a sabiendas de que hay una infracción al orden público y al interés general. Sin embargo, ello no implica que todo acto o contrato que adolezca de un vicio de nulidad impida que sus partes puedan solicitarla. Si fuera así, la nulidad no podría alegarse en ningún caso. Señala que el verdadero sentido de la norma es cuando haya una manifiesta mala fe o negligencia. De esta forma cita a don Arturo Alessandri Besa quien expresa que un error excusable admite alegar la nulidad absoluta del acto o contrato, y dice que se encuentran en esa situación por dos consideraciones: (i) que el vicio de nulidad alegado no se deduce de la ignorancia de una norma, sino que se alega la infracción de esa norma que exige la concurrencia de una obligación principal y válida, y que es esta situación la que no se verifica en autos. (ii) que el contrato fue redactado por la parte demandada, y conforme al Artículo 1.566 del Código Civil, ante cláusulas ambiguas se interpretará en contra de quien las redactó. Este contrato habría sido redactado por el abogado AB4, quien representaba a ZZ2.

Finalmente, señala que el juez está obligado a declarar la nulidad del acto cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, según el mismo Artículo 1.683 del Código Civil, lo que procedería también en este caso.

Agrega que, contrario a lo señalado por ZZ1, la Hipoteca no es válida. Que esa contraria trata de otorgar validez a la obligación y subsecuente hipoteca, haciendo uso de la frase “cualquier otra suma adeudada por la sociedad ZZ1...”. De esta forma incorpora a la Hipoteca la deuda de \$ 230.000.000 que tiene como sujeto pasivo a ZZ1. Lo anterior, atentaría contra el propio tenor de la respectiva cláusula, la cual excluye la deuda reconocida como objeto de la Hipoteca, ya que dicha deuda ya se conocía, de hecho fue el objeto principal de esa escritura, lo que haría imposible, absurdo e ilógico entender que dicha deuda estaba contemplada en la Hipoteca. Esa frase se refería a aquellas obligaciones o deudas de ZZ1 que no hubieran sido sinceradas en los Anexos 1 al 4, y que aparecieran con posterioridad al ingreso del nuevo socio, que fue el 30 de enero de 2008.

Luego, en la réplica de la demanda subsidiaria reitera todo lo ya expresado en su demanda subsidiaria, señalando que la Hipoteca debe tenerse extinta por cumplimiento de la obligación garantizada; además señala que se trata de una cuestión técnica y pericial, siendo necesario ese tipo de prueba que será solicitada en la etapa procesal respectiva.

Decimocuarto: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 58 comparece don AB3, evacuando el trámite de dúplica de la demanda principal y dúplica de la demanda subsidiaria. Reitera lo señalado en la contestación a la demanda. En relación a los descargos de la contraria en cuanto a la existencia de legitimación activa, señala que si el vicio de la escritura pública era manifiesto, ¿cómo sería posible que no se hayan percatado del mismo al momento de contratar?

Agrega que los demandantes reconocen expresamente la validez del acto en otra ciudad, sin embargo, acá en Santiago señalan que es nulo. Se fundamenta en el hecho que la parte XX2 reconoce en escritura de 17 de marzo de 2011, otorgada en la notaría de don NT3, de SS, que la escritura es válida y por ello concurren a rectificarla.

Luego, insiste que la deuda ascendente a \$ 230.000.000 se encuentra amparada en la Hipoteca. Agrega que no considera digno, ni serio y grave hacer insinuaciones respecto a que dicha suma nunca ingresó a ZZ1. Posteriormente asegura que estos sí fueron ingresados.

Luego, en cuanto a la dúplica subsidiaria, reitera en su totalidad lo expuesto al contestar la demanda subsidiaria.

Decimoquinto: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 65 consta que con fecha 5 de octubre de 2011, tuvo lugar el comparendo de conciliación decretado en autos, la que no se produjo.

Decimosexto: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 68, consta que con fecha 28 de octubre de 2011 se recibió la causa a prueba, estableciéndose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. En relación al documento denominado “Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones de ZZ1”, de fecha 30 de enero de 2008:

1.1. Valor de la sociedad ZZ1 al 31 de diciembre de 2007.

1.2. Existencia o inexistencia de deudas u obligaciones distintas a las deudas u obligaciones declaradas al 31 de diciembre de 2007.

2. En relación a la Hipoteca establecida por escritura pública de fecha 30 de enero de 2008, antecedentes que acrediten la intención que tuvieron las partes al momento de suscribirla, en particular, respecto al objeto sobre el cual recae y la obligación garantizada por la misma.

Decimoséptimo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 84, la parte demandante presentó su lista de testigos, y parte de su prueba documental, ambas se tuvieron por acompañadas; asimismo, solicitó peritaje, a lo cual se dio traslado.

Decimoctavo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca a fs. 116, la parte demandada presentó su lista de testigos y minuta, y parte de su prueba documental; ambas se tuvieron por acompañadas. Evacuó el traslado respecto del peritaje solicitado de contrario y observó documentos presentados por la demandante.

Decimonoveno: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 120 se concedió el peritaje solicitado, medida probatoria que no obstante fue posteriormente desistida según consta a fs. 215 del mismo Cuaderno.

Vigésimo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca a fs. 124, la parte demandante objetó y observó documentos presentados por la contraria, objeción cuya resolución quedó pendiente para definitiva.

Vigésimo Primero: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca y en cuanto a la prueba testimonial, la parte demandante presentó a los testigos señores J.T., cuya declaración rola a fs. 128, doña M.C., cuya declaración rola a fs. 133, J.G., cuya declaración rola a fs. 137 y don R.C., cuya declaración rola a fs. 141 todas del Cuaderno de Nulidad de Hipoteca. Por su parte, la parte demandada presentó a los testigos señores AB4, cuya declaración rola a fs. 149, y R.M., cuya declaración rola a fs. 156.

Vigésimo Segundo: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca a fs. 215, la parte demandante acompañó documentos adicionales al proceso.

Vigésimo Tercero: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca a fs. 222 la parte demandada efectuó observaciones a los documentos presentados por la demandante.

Vigésimo Cuarto: En el Cuaderno de Nulidad de Hipoteca, a fs. 230 se citó a las partes a oír sentencia.

II. CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL FONDO:

Primero: Se ha solicitado a este Árbitro que, en calidad de Árbitro Arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, resuelva las diferencias entre las partes relativas a la interpretación y extensión de la escritura pública de fecha 30 de enero de 2008, otorgada en la notaría de Santiago de don NT1, denominada "Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones".

Segundo: Que mediante resolución de fecha 23 de abril de 2012, que rola a fs. 230, se citó a las partes a oír sentencia, por lo que corresponde proceder a la resolución del conflicto planteado.

Tercero: De la demanda consta que se persigue la declaración de este Tribunal, en orden a declarar la nulidad absoluta de la Hipoteca y, en subsidio, de extinción de la Hipoteca por pago, en los términos solicitados y descritos previamente en la parte expositiva de este fallo.

Cuarto: Que, por su parte, la contestación de la demanda persigue el rechazo íntegro de esta, por, no existir legitimación activa por parte de la demandante para solicitar la nulidad absoluta de la Hipoteca, además de ser válidos los actos o contratos impugnados, tal y como se desprende de la fundamentación descrita

previamente en la parte expositiva de este fallo. A ello, debe agregarse, además, la solicitud de condena en costas al actor.

Quinto: Que a fs. 49 y 58 las partes, respectivamente, evacuan los trámites de réplica y dúplica tanto de la demanda principal, como de la demanda subsidiaria, en las que cada uno profundiza en sus dichos y se hace cargo de los respectivos dichos de la contraria.

Sexto: Que la controversia de autos se refiere –en parte– al objeto sobre el cual recaería la Hipoteca, esto es, la obligación que ella garantizaría conforme a lo estipulado en el Reconocimiento de Deuda.

Pues según ambas partes un objeto efectivamente garantizado sería el valor real de la sociedad al 31 de diciembre de 2007 o eventualmente la diferencia entre este último y el precio declarado de \$ 210.000.000 y además, otras declaraciones contenidas en esa misma escritura pública.

Pero existe controversia acerca de si la Hipoteca también garantizaría aquella obligación de pago de dinero que también consta del Reconocimiento de Deuda.

séptimo: Que aun cuando las partes facultaron especialmente al Árbitro para determinar el valor real de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007, y para determinar si, a esa misma fecha, dicha sociedad tenía deudas y obligaciones distintas a las declaradas en el Anexo 1 de dicha escritura por sobre la suma de \$ 177.400.000 y aun cuando ello fue un hecho incluido en el auto de prueba, y se acompañó en autos documentos a ese respecto, este punto de prueba carecerá de relevancia atendido lo que se resolverá sobre la validez de la Hipoteca propiamente tal. Pues al declararse la nulidad de la Hipoteca que habría garantizado las declaraciones sobre las obligaciones del Anexo 1, carece de sentido saber si estas últimas eran o no exacta.

En cuanto al peritaje solicitado en autos, tampoco habrá análisis, pues el mismo no se llevó a cabo, por desistimiento de la parte solicitante del mismo.

Octavo: Que este fallo no se extenderá en nuevas consideraciones relativas al valor de la sociedad o a la eventual existencia de otras deudas de la misma, estipuladas que fueren o no en los Anexos del Reconocimiento de Deuda. Pues, todas ellas son circunstancias de hecho sobre las cuales, si bien se acompañaron algunos documentos, no son determinantes para resolver acerca del objeto garantizado por la Hipoteca y la subsecuente validez o nulidad de la misma. Estas últimas deben analizarse esencialmente conforme al tenor del instrumento denominado Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones, respecto a cuyos contenidos no puede existir controversia entre las partes, atendida su naturaleza de escritura pública, que cumple los requisitos del Artículo 403 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y conforme a lo dispuesto sobre tales instrumentos en el Artículo 341 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en el Artículo 1.700 del Código Civil.

Noveno. Que el conflicto de autos importa discernir el real entendimiento de la escritura pública de fecha 30 de enero de 2008, otorgada en la notaría de Santiago de don NT1. Dicha escritura, cuya copia rola a fs. 6 y siguientes, se encuentra reconocida en autos por ambas partes, haciendo esa copia plena prueba respecto de ambas partes, en los términos establecidos en el Artículo 1.700 del Código Civil.

Décimo. Que para resolver adecuadamente el presente conflicto, es necesario reflexionar previamente y en términos generales sobre la Hipoteca, su naturaleza y sus propósitos y sus efectos.

El Código Civil regula esta institución en diversos Artículos y le otorga características que concurren o coexisten y que resultan relevantes unas u otras según la utilidad que corresponda dar a la estipulación en diversos casos concretos.

Desde luego, el Artículo 577 del Código Civil, inciso 2° señala que: “Son derechos reales... la Hipoteca”.

Seguidamente el Artículo 2407 del Código Civil le reconoce carácter de “...derecho de prenda constituido sobre inmuebles...”, aludiendo a su carácter de garantía. Luego y siempre de modo congruente con lo anterior, el Artículo 2.470 y el Artículo 2.477 ambos del Código Civil establecen que la Hipoteca da lugar a preferencia y que para ello sus créditos constituyen la “tercera clase”.

De manera que los bienes afectos a hipoteca quedan gravados en favor de los respectivos titulares, pues estos últimos podrán requerir su realización y se harán pago con el producto de ella en forma preferente. A su vez el dueño de los bienes afectos queda sometido a la limitación correlativa pues obviamente la disposición y destino final del bien afecto no serán ya materia de su exclusivo resorte o resolución, conforme al Artículo 2.428 del Código Civil.

O sea que este efecto de la Hipoteca consiste en otorgar al acreedor una seguridad adicional al derecho de prenda general que afecta al patrimonio de su deudor, pues refuerza el respaldo patrimonial destinado al pago o satisfacción de las obligaciones de este último cuando es el deudor el constituyente de la Hipoteca, o aumenta dicho respaldo patrimonial cuando el constituyente de la Hipoteca es un tercero diferente del deudor.

Es de tal modo que la Hipoteca asume el carácter de garantía lo cual significa: “afianzar lo estipulado” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésimo Primera Edición, 1992).

Undécimo: Resuelto el carácter de seguridad o garantía que la ley reconoce a la Hipoteca, también es menester tener presente su carácter accesorio o dependiente.

Es decir, la Hipoteca, en el lenguaje del Artículo 1.442 del Código Civil tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin aquella. También el Artículo 2.434 del Código Civil señala que la Hipoteca “...se extingue junto con la obligación principal”.

Que desde este punto de vista, se puede afirmar que la Hipoteca no se basta a sí misma, aunque conste de un acto que cumpla con los requisitos intrínsecos de validez que le son exigibles, específicamente conforme al Artículo 2.407 y siguientes del Código Civil.

Pues además, para la validez y eficacia de la Hipoteca es menester que ella acceda a una obligación principal como lo dice expresamente la norma legal citada, y que dicha obligación sea válida a su vez. O sea, no existen, ni pueden subsistir hipotecas independientes.

Las hay para garantizar obligaciones actuales o futuras, también las hay para garantizar obligaciones específicas o generales, las hay para garantizar obligaciones propias o ajenas y las hay puras y simples o sometidas a condición. Pero todas esas hipotecas para existir o subsistir, siempre deberán estar adscritas, atribuidas o referidas a una o más obligaciones principales que a su vez deben también ser válidas.

Debe señalarse también que el constituyente de la Hipoteca podrá no ser el deudor de la obligación y el titular de la Hipoteca podrá no ser el acreedor de aquella, pero incluso en estos dos casos, para ser válida, la Hipoteca deberá estar referida a una obligación principal.

Y cuando aquella obligación o contrato principal fueren inexistentes o nulos o se hubieren agotado sus efectos, procederá igual consecuencia de inexistencia, o nulidad, o agotamiento de los efectos respecto de la Hipoteca, tal como se reclama y como se resolverá en estos autos.

Duodécimo: Establecido que la existencia de la Hipoteca implica su relación de dependencia con aquellos elementos jurídicos extrínsecos a ella denominados obligaciones, es necesario atender a la naturaleza y características de estos últimos.

En lo que interesa a estos autos, los derechos u obligaciones deben entenderse como vínculos jurídicos interpersonales, entre dos partes, constituidas por uno más individuos, relacionados entre sí por aquel vínculo, que es la prestación que unos están facultados para requerir y los otros a su vez, constreñidos a cumplir y que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Es decir, en toda obligación debe haber dos partes, una acreedora y una deudora y, adicionalmente, debe haber un objeto. Dicho objeto ha sido denominado en doctrina como “prestación” y debe consistir necesariamente en entregar una cosa o transferir su dominio o realizar un hecho o abstenerse de él.

Lo anterior, no es materia de discusión y lo reconoce pacíficamente la doctrina. A modo de ejemplo recogemos aquí la opinión del profesor Víctor Vial del Río, en su Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno, al referirse a la definición de la obligación y a los elementos de la obligación:

“...c) en la obligación existen dos partes determinadas, cada parte constituida por una o más personas, identificadas de manera tal que sea posible conocer con certeza la persona que tiene la calidad de acreedor y la que tiene la calidad de deudor....”;

“... d) el deudor se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo. Con ello la definición alude al objeto de la obligación que, como se decía antes, consiste en la cosa que se debe dar, o en el hecho que se debe ejecutar o no ejecutar...”;

“...como se ha expresado: en toda obligación se distinguen tres elementos esenciales: la existencia de un sujeto activo o acreedor, que es titular del derecho personal; la existencia de un sujeto pasivo o deudor, que es contra quien se puede reclamar la prestación, y el objeto debido...” (Página 25, Editorial Biblioteca Americana, Segunda Edición, año 2007).

Adicionalmente, sabido es que las conductas del hombre incluyen las manifestaciones externas de su voluntad. También es cierto que estas pueden perseguir toda gama de propósitos y producir todo tipo de efectos. Cuando ellos se refieren a su ámbito individual a su intimidad privada, por regla general quedarán al margen del derecho. Cuando ellas trascienden al ámbito individual y afectan a otras personas o sus bienes habrán de quedar regulados por la ley, en la forma de derechos y obligaciones.

Y, esos derechos y obligaciones podrán o no tener existencia jurídica conforme los términos del Artículo 1.437 y siguientes del Código Civil.

También es cierto que existen innumerables otras manifestaciones de la voluntad humana, que no corresponden a las citadas características y no constituyen derechos u obligaciones. Tales otras manifestaciones humanas no son necesariamente ajenas o indiferentes, a la ley o al derecho, pero no constituyen auténticamente derechos u obligaciones.

Así por ejemplo, la oferta policitación o propuesta que es el acto jurídico unilateral que eventualmente conduce a la formación del consentimiento y puede dar lugar al nacimiento de derechos u obligaciones.

Así también, una declaración de voluntad precisa o concreta, pero que solo tenga carácter descriptivo, informativo o peticional.

Así también, a la inversa, un requerimiento, mandato o exigencia que carezcan de contenido específico, determinado o concreto.

Así por último, aquella declaración precisa y concreta, que recae sobre un objeto también específico y determinado, pero que no es consecuencia de una intención seria que justifica su protección bajo la fuerza jurídica o legal.

Decimotercero: Es en base a las precedentes consideraciones generales que se podrá resolver primeramente, como se hace más adelante, si la Hipoteca es efectivamente válida en conformidad a nuestra legislación sobre la materia. Y se resolverá además sobre la legitimación activa para solicitar la nulidad absoluta de la Hipoteca.

Decimocuarto: En autos no se ha cuestionado la existencia o identidad o la capacidad de las partes otorgantes de los contratos que interesan.

Tampoco se ha suscitado controversia sobre la validez de las voluntades de las partes o la causa de ellos.

Y, por último, no existe en autos cuestión alguna en cuanto al cumplimiento de las solemnidades esenciales y propias de la Hipoteca o de su tradición legal.

Por lo tanto para resolver sobre la demanda principal de autos no será menester verificar la concurrencia de todos los elementos y requisitos intrínsecos de existencia o validez de una hipoteca. Tampoco deberá el Árbitro agregar consideración alguna sobre esas materias, pues no están debatidas.

Decimoquinto: En cambio, para resolver acerca de la reclamada nulidad de la Hipoteca deberá determinarse si ella cumplía o no con los requisitos extrínsecos establecidos por nuestro legislador para constituir una hipoteca válida, en cuanto a su objeto o extensión. Es decir, deberá analizarse cuáles obligaciones principales garantizaba o no este acto, que sería accesorio de aquellas.

Decimosexto: Para lo anterior se deberá atender esencialmente al instrumento que se ha denominado Reconocimiento de Deuda.

Esta escritura pública fue otorgada en la notaría de Santiago de don NT1 con fecha 30 de enero de 2008 y lleva número de repertorio de 2008.

Esta declaración unilateral de voluntad cumple con los requisitos formales de una escritura pública y, en cuanto a su contenido, consta de cuatro cláusulas principales. No obstante, ella no es realmente un instrumento separado de otras conductas de las partes y su correcta interpretación no se agota en ella misma.

Por el contrario, al criterio de este Árbitro y conforme a los antecedentes de autos, resulta evidente que ese instrumento solo es un elemento de entre varios actos y contratos, que en conjunto configuran una operación general, que tuvo lugar entre las partes de autos y sus socios y sus representantes a fines del año 2007 y comienzos de año 2008 y que alcanzó su plena formalización a fines del mes de enero de este último año.

Dicha operación consistió principalmente en la compraventa a ZZ2 de una gran parte del negocio que ya desarrollaba activamente ZZ1.

Los actos jurídicos principales, pero no únicos, a través de los cuales se dio forma legal a ese acuerdo comercial, fueron el Reconocimiento de Deuda, más otras dos escrituras públicas de idéntica fecha e inmediatamente sucesivas al mismo según sus respectivos números de repertorio y que fueron: un Arriendo y

Promesa de Compraventa el cual rola a fs. 14 de autos, y la Modificación de Sociedad ZZ1, la cual rola a fs. 30 de autos.

Decimoséptimo: De manera que revisadas esas escrituras públicas armónicamente, debe concluirse que cada una de ellas tenía un propósito determinado dentro de la operación general. La modificación de sociedad producía el ingreso de los nuevos socios. El arriendo y promesa de compraventa aseguraba el uso del inmueble donde se encontraba establecida la industria. Y a su vez todas las estipulaciones del Reconocimiento de Deuda tenían un objeto común o análogo, que era describir y asegurar al nuevo socio de ZZ1 las saludables características económicas del negocio que adquiriría en aquella misma ocasión.

De tal modo, en el Reconocimiento de Deuda, se otorgaban ciertas declaraciones descriptivas de aquellas características económicas y consistentes en: (a) la ausencia de deudas, (b) la ausencia de juicios, (c) la ausencia de contingencias, (d) la ausencia o inexistencia de otros contratos, (e) la individualización de sus trabajadores, (f) su capacidad de producción (e) [sic] sus exportaciones (f) sus ventas brutas y (g) su stock de productos.

Luego, se cauteló la fidelidad o exactitud de dichas declaraciones otorgando el derecho a cobrar anticipadamente cierta cantidad de dinero en caso de su incumplimiento o inexactitud.

Para todo ello se estipularon las cláusulas segunda y primera del Reconocimiento de Deuda respectivamente.

También para asegurar las características económicas del negocio, en la cláusula tercera, el constituyente señaló que ella se constituía con el fin de garantizar un cierto valor de la sociedad y, la ausencia de deudas u obligaciones distintas de las incluidas en los Anexos 1 al 4. Es decir se garantizó, o más bien intentó garantizar el valor de aquella y la ausencia de las otras, con una hipoteca y una prohibición de enajenar el inmueble hipotecado o celebrar contratos sobre el mismo bien.

Al efecto, la cláusula tercera del Reconocimiento de Deuda, en su letra B), bajo el epígrafe “Obligaciones que Garantiza la Hipoteca”, reza: “(...) Esta hipoteca se constituye con el fin de garantizar que el valor de la sociedad ZZ1 al día treinta y uno de Diciembre del año dos mil siete es la cantidad de doscientos diez millones de pesos y que no existen deudas ni obligaciones distintas a las deudas y obligaciones contenidas en los anexos uno al cuatro. En caso de existir una diferencia con lo declarado, esta hipoteca garantiza la diferencia que se produzca entre el valor de la empresa y el valor real de la empresa, luego de descontadas las deudas u obligaciones no incluidas en el anexo número uno al cuatro (...)”.

Por último en la cláusula cuarta, ZZ1 constituyó una prenda sin desplazamiento sobre otros bienes, a fin de garantizar otras deudas, obligaciones o perjuicios que pudieren afectarla y que fueren diferentes a las referidas en la cláusula segunda del Reconocimiento de Deuda.

Decimoctavo: Que para este Árbitro resulta evidente que la Hipoteca no se constituyó para asegurar el pago de aquella obligación adeudada según la cláusula primera del Reconocimiento de Deuda.

Antes que nada, porque tal es la declaración directa que formula la constituyente y su intención diferente hubiera merecido, en este caso, una declaración igualmente directa.

Luego en cuanto al fondo, porque la deuda de la cláusula primera –como se dijo– era también en sí misma una suerte de especial garantía sobre el estado y desarrollo del negocio y no era una consecuencia del mismo; de hecho su existencia se debe solo al mismo instrumento denominado Reconocimiento de Deuda.

Y porque aquellas supuestas obligaciones a que se refiere la cláusula segunda Letra B son de otro tipo, son aquellas generadas en la marcha del negocio y que por tanto podrían afectar el valor de la sociedad.

De conformidad a todo lo anterior, e interpretando el Reconocimiento de Deuda no parece lógico pensar que la deuda de \$ 233.000.000 formaba parte de aquellas deudas u obligaciones "...distintas a las deudas y obligaciones contenidas en los Anexos 1 al 4 del Reconocimiento de Deuda". Lo que se pretendía garantizar con la Hipoteca, eran dos cosas muy concretas: que el valor de ZZ1 al 31 de diciembre de 2007 fueran \$ 210.000.000 y que no hubiere deudas u obligaciones distintas a las de los Anexos 1 al 4. La intención de las partes era garantizar la ausencia de ciertas obligaciones.

Es decir, en este instrumento se presentaban al menos dos tipos o grupos de estipulaciones:

Primeramente un deuda originalmente pactada a plazo, pero que pasa a ser exigible de inmediato si ciertas declaraciones o descripciones de negocio no fueron fidedignas. Esta es una suerte de garantía comercial acerca del estado del negocio y aun cuando es precaria, resulta eficaz pues existe un acreedor que es ZZ2, un deudor que es ZZ1 y un objeto que es la cantidad adeudada.

En segundo lugar, existen unas declaraciones descriptivas del negocio de ZZ1 que se supone detallan fidedignamente su condición económica y se garantiza que no hay otros pasivos adicionales. La diferencia entre lo pactado en las cláusulas primera y segunda, y lo pactado en la cláusula tercera es evidente. En un caso es la ausencia de obligaciones, en el otro, es una deuda. Por ello no es correcto extender la garantía hipotecaria de la cláusula tercera a la deuda de la cláusula primera, salvo que hubiera una indicación expresa del constituyente, lo cual no ocurrió.

Decimonoveno: Que habiéndose razonado sobre la extensión u objeto de la Hipoteca, es menester resolver si dicha extensión u objeto corresponden efectivamente a una obligación válida, cuyos elementos esenciales son posibles de identificar y que tiene, en consecuencia, aptitud para ser garantizada por una hipoteca.

En primer lugar, y del análisis de la prueba rendida en autos, este Árbitro debe concluir que el párrafo contenido en la cláusula tercera párrafo B) del Reconocimiento de Deuda que establece: "que el valor de la sociedad ZZ1 al día treinta y uno de diciembre del año dos mil siete es la cantidad de doscientos diez millones de pesos y que no existen deudas ni obligaciones distintas a las deudas y obligaciones contenidas en los anexos uno al cuatro" es la supuesta obligación que se pretendió garantizar mediante la Hipoteca. A mayor abundamiento, lo anterior no se encuentra controvertido por las partes.

En relación a dicha supuesta obligación, o como más adelante se explicará, más bien "declaración", no existe persona que asuma la carga o deber o responsabilidad por la fidelidad de la misma. En efecto, del análisis del instrumento denominado "Reconocimiento de Deuda y Otras Declaraciones" no puede desprenderse claramente quién es el obligado por la supuesta obligación. ¿Acaso es la sociedad ZZ1 declarando sobre el estado de sus propios negocios? ¿Acaso es el señor XX1 como persona natural en su calidad de vendedor de sus derechos sociales? Lo cierto es, que dicho elemento esencial de las obligaciones debe estar claramente determinado. De lo contrario ¿a quién podría exigírsele el cumplimiento de aquellas?

Es del caso que este Árbitro, ha llegado a la convicción de que la supuesta obligación que se intentó garantizar, carece de deudor perfectamente determinado. Por una parte, en la comparecencia de la escritura pública que contiene el acto en comento, comparece el señor XX1, por sí y en representación de ZZ1. Luego en la cláusula primera, la cual contiene el reconocimiento de deuda, es ZZ1 la que reconoce deber y adeudar a ZZ2 la suma de \$ 233.000.000. Posteriormente, en la cláusula segunda, la sociedad ZZ1 realiza una serie de declaraciones sobre el estado de su negocio a la fecha. Luego, en la cláusula tercera, don XX1, con la debida autorización de doña XX2, propietaria del inmueble respectivo, constituye la Hipoteca. Finalmente en la letra B) de la misma cláusula, se establece que la Hipoteca, se constituye con el fin de garantizar que el valor de ZZ1 a la fecha indicada es el declarado y, además que no existen otras obligaciones distintas a las indicadas en los anexos.

De lo anterior se desprende que, el señor XX1, con autorización o mandato de su señora constituyó la Hipoteca. Sin embargo, nada de extraño tiene eso en nuestra legislación. Por el contrario, es perfectamente posible constituir una hipoteca para garantizar una deuda ajena.

Lo que no es permitido ni eficaz en cuanto a la validez de la Hipoteca, es que dicha supuesta deuda u obligación no se encuentre perfectamente determinada en cuanto a quién es el sujeto de la misma, caso en que nos encontramos.

Pero aun hay más, a la luz de las disposiciones del Libro Cuarto, Título I del Código Civil y muy especialmente atendidos sus Artículos 1.437 y 1.438, lo garantizado en el caso que nos convoca, “no estipula ni se refiere a ningún tipo de obligación, ya fuere de dar, de hacer o de no hacer”.

El tenor literal es claro, se trata de declaraciones descriptivas que –como se verá– no son enteramente carentes de importancia o efecto jurídico, pero en caso alguno constituyen una o más obligaciones.

No existe persona a quien se atribuya la autoría de la descripción o el subsecuente deber y, a mayor abundamiento, tampoco se encuentra en ellas alguna transferencia comprometida, así como tampoco algún servicio o prestación adeudada o tampoco alguna conducta de la cual se exija abstención.

La Hipoteca como derecho real y como garantía está regulada taxativamente por las leyes. La Hipoteca además constituye una limitación excepcional a la amplitud de las atribuciones del propietario del bien hipotecado. En general el régimen de los derechos reales como la Hipoteca que tienen efectos *erga omnes* está regulado en la ley y no entregado a la autonomía de voluntad de las personas. Por lo tanto, a juicio de este Árbitro no sería válido sostener que en el caso del Reconocimiento de Deuda, de común acuerdo, las partes resolvieron modificar el régimen legal de la Hipoteca y hacerla extensiva a las declaraciones o descripciones tantas veces referidas.

Vigésimo: Para despejar enteramente el razonamiento de que las declaraciones contenidas en el Reconocimiento de Deuda, cláusula tercera, letra B) no son obligaciones, es necesario asentar cuál es su auténtica naturaleza jurídica. Se trata de reconocer la entidad esencial de la frase: “...el valor de la sociedad ZZ1 al día treinta y uno de diciembre del año dos mil siete es la cantidad de doscientos diez millones de pesos...” y de la frase “... no existen deudas ni obligaciones distintas a las deudas y obligaciones contenidas en los anexos uno al cuatro...” A juicio de este Árbitro, estas expresiones son lo que la práctica profesional habitualmente denomina “declaraciones y garantías”, que suelen otorgarse por el dueño o gestor de un negocio o empresa al momento de ceder todo o parte de este último, como es la situación comercial en que se encontraban las partes según ya se ha explicado en el párrafo Decimosexto de la parte expositiva de este fallo precedente.

Tales estipulaciones de “declaración y garantía” son una herramienta proveniente del derecho anglo sajón y han tenido creciente aceptación y uso en la práctica profesional local. No obstante la cátedra chilena aún no tiene un criterio unánime a su respecto.

El punto de mayor interés entre los autores, es determinar cuál ha de ser naturalmente el efecto de la infracción de una o más de tales “representaciones o garantías”; pues como ellas no son obligaciones, no pueden reducirse a la clasificación de estas últimas como de “dar, hacer o no hacer” y su infracción no conduce a los efectos que la ley ha previsto para la infracción de aquellas.

Resulta especialmente ilustrativo lo expuesto al respecto por los profesores Enrique Barros y Nicolás Rojas (Enrique Barros Bourie y Nicolás Rojas Covarrubias: “Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales”, en Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Legal Publishing, 2009) cuando señalan: “...los contratos negociados incluyen usualmente declaraciones de la parte que ejecuta una prestación, diferente al

pago de una suma de dinero... y en especial en enajenaciones de empresas sea que se vendan derechos o acciones de una sociedad o se transfiera un establecimiento de comercio. En tales casos el vendedor suele hacer afirmaciones de la calidad y origen de la cosa vendida, los pasivos de la empresa y las materias más diversas... no solo hechos, pueden ser objeto de declaraciones, también pueden serlo cuestiones de derecho; por ejemplo la vigencia de la sociedad...”.

Y también más adelante agregan: “...lo peculiar de las declaraciones que una parte hace a la otra en el contrato reside en que no comprometen conductas o prestaciones futuras de la parte que las formula, sino que se refieren a calidades de la cosa, al estado de los negocios o incluso a seguridades respecto de eventos futuros, como puede ser la capacidad constante de producción en pleno uso de una instalación industrial...”.

Y por último, dicen: “...por su naturaleza y objeto, resulta difícil calificar las garantías contractuales dentro de las clasificaciones tradicionales de las obligaciones, en cuanto estas asumen que el objeto de la obligación es siempre una prestación, una conducta debida. La afirmación de la veracidad de ciertos hechos mediante una cláusula contractual no cabe en este esquema: nada se debe dar, hacer o no hacer...”.

Como se ha indicado en el párrafo Decimosexto de la parte expositiva precedente, en autos nos encontramos precisamente en el caso de la transferencia de una empresa, pactada a través de un contrato que se integra o consta de diversos instrumentos, cuyo conjunto da lugar al total de las obligaciones y derechos estipulados entre las partes. Y en ese grupo de instrumentos, además de obligaciones y derechos atinentes a la empresa que se transfiere, se encuentran estipulaciones como las de la cláusula tercera Letra B que corresponde precisamente a un caso de aquellas “declaraciones y garantías” a las que se refiere el texto de los Profesores Barros y Rojas cuyos párrafos más relevantes para este fallo se han transcrito más arriba.

Ha sido necesario extenderse sobre este punto para destacar que la Hipoteca, en realidad no fue accesoria a una obligación en el sentido que nuestro legislador las concibió, sino que la Hipoteca intentó garantizar una mera declaración descriptiva o de garantía. Y tales declaraciones descriptivas o de garantía, son un instrumento jurídico con identidad propia y diferente de una obligación.

Y como en el Reconocimiento de Deuda, tampoco existe persona o entidad que tome sobre sí deber alguno al respecto, resulta que no existe una prestación comprometida ni tampoco un deudor al cual ella pudiere exigírsele.

Aunque figuran allí las declaraciones, no es el vendedor de la empresa –lo que sería lo más lógico– quien comparece formulándolas ni tomando sobre sí un deber de integridad o veracidad. O sea, no hay prestación adeudada, ni tampoco persona que la deba.

Y por lo tanto si se pretende que el carácter fidedigno de aquellas declaraciones se aseguró o garantizó por medio de una hipoteca, se incurre en un error que compromete necesariamente la validez de esta última. Pues como se ha explicado, la existencia o más bien la subsistencia de una hipoteca requiere necesariamente de una obligación válida a la cual sea adscrita esa garantía. Una hipoteca no es válida ni eficaz cuando pretende asegurar la fidelidad o exactitud de declaraciones descriptivas de una empresa que no son formuladas por persona o “deudor” debidamente individualizado.

Vigésimo Primero: Que, conforme al Artículo 1.444 del Código Civil, los requisitos o elementos esenciales de un acto o contrato, son aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en un contrato diferente.

Que como ya se ha expuesto precedentemente cuales son los requisitos de validez o existencia de una hipoteca, explicando que ellos incluyen la existencia de una obligación que la Hipoteca garantice y a la cual acceda en carácter accesorio.

Que como ya se ha señalado, la obligación de dinero generada en la cláusula primera del Reconocimiento de Deuda era en sí misma una suerte de garantía y no se encontraba privilegiada por la Hipoteca.

Y como además las declaraciones reseñadas en el considerando Vigésimo no reconocen autoría alguna, es decir, no existe persona determinada que adeude la supuesta obligación y, a mayor abundamiento, ni siquiera pueden ser consideradas obligaciones en el sentido que estableció nuestro legislador, por carecer no solo del sujeto pasivo parte del elemento subjetivo de la misma, sino que, además, carecer de un objeto que consista en un “dar, hacer o no hacer”, sino que, por el contrario, consistir en meras “declaraciones o garantías”, se debe concluir y resolver -como se resolverá- que la Hipoteca adolece de nulidad absoluta porque no garantiza obligación alguna.

Y debe aplicarse la sanción legal de nulidad pues las circunstancias de autos corresponden exactamente al Artículo 1.681 del Código Civil, es decir al caso de un acto o contrato al que le falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo y dicha nulidad habrá de ser absoluta, conforme al Artículo 1.682 del Código Civil, pues se trata de la omisión de un requisito establecido en consideración a la naturaleza del acto en cuestión.

Vigésimo Segundo: Que en cuanto a la aptitud o legitimación de la demandante para reclamar de la nulidad de la Hipoteca se deben tener presentes las siguientes consideraciones.

Que tratándose de nulidad absoluta: “...puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

Que el solo hecho de ser parte de un contrato no implica necesariamente saber o no de algún vicio que afecte al mismo. No hay vínculo racional para tal afirmación que efectúa la demandada. La regla general legal es precisamente la contraria, y aquel conocimiento que inhibe el derecho a actuar es de carácter excepcional.

El propósito de la norma es prevenir el abuso de alguna parte que efectivamente supiere del vicio y aun así, de mala fe, estipulare la cláusula afecta.

Y tal conocimiento específico, real y concreto, que constituiría grave negligencia o dolo, deberá ser acreditado suficientemente por quien alegue esa mala fe del estipulante, y ello no ha ocurrido en autos.

En el mismo sentido cabe mencionar aquí el criterio de la jurisprudencia, emanada de la Corte Suprema, de fecha 24 de noviembre de 2008, en causa rol 4476-07, que ha señalado, en la parte pertinente: “...Que, sin embargo y tal como se señaló en el fundamento cuarto que precede, el Artículo 1.683 del Código Civil señala una excepción a la regla de que puede alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato todo el que tenga interés en ello. Esta excepción consiste en que no puede alegar la nulidad en su favor “el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. En relación al fundamento de la excepción del mencionado precepto, “La ley tomó en cuenta consideraciones de moralidad, y quiso sancionar la reticencia en que incurre una persona que celebra un contrato, a sabiendas de que adolece de un vicio que acarrea su nulidad absoluta, porque esto significa que lo está celebrando con plena conciencia de que está infringiendo disposiciones de orden público y de interés general que la ley tiene mucho interés en proteger, lo que constituye una acción reprobable. Además, sería contrario a toda lógica que una persona pudiese solicitar la nulidad de un contrato que celebró a sabiendas de que es nulo, porque así se le daría el medio de eludir el cumplimiento de las obligaciones que de él provengan” (La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Arturo Alessandri Besa, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Tomo II, pág. 572). Del Artículo 1.683 aparece que dos son los requisitos que deben concurrir para que tenga lugar esta excepción: a) que se trate de una persona que haya intervenido en la ejecución del acto o en la celebración del contrato como parte, es decir que haya concurrido con su voluntad a generarlo con la intención de producir los efectos jurídicos propios del acto o contrato y; b) que la persona que ejecutó el acto o celebró el contrato como parte,

haya intervenido en dicha ejecución o celebración “sabiendo o debiendo saber el vicio” que lo invalidaba, es decir conociendo la causa generadora de la nulidad absoluta del negocio jurídico. Undécimo: Que para negar el derecho de deducir la acción de nulidad al que intervino en la celebración de un contrato, es menester que aquél tenga un conocimiento real y efectivo del vicio o defecto que produce la nulidad absoluta. Además, es preciso notar que el Artículo 1.683 del citado estatuto jurídico se refiere exclusivamente al conocimiento que se tenga, no de la ley sino del vicio o defecto que acarrea la nulidad del acto, esto es, dicho precepto exige que el conocimiento recaiga sobre la circunstancia misma que produce la nulidad absoluta”.

Al respecto y en su presentación de fs. 20 la demandada se ha limitado a señalar que el conocimiento de las partes respecto del vicio que anula a la Hipoteca: “se infiere nítidamente...”, sin que tal afirmación se vea acompañada de algún raciocinio que la explique o que se haya producido en autos prueba al respecto.

No se explica ni se acredita cómo la señora XX2 o el señor XX1 que eran empresarios agrícolas, por solo otorgar la Hipoteca hubieren debido saber que ella, en lugar de una obligación, garantizaba una mera “declaración y garantía” o hubieren debido reparar en que nadie se hacía cargo de estas últimas.

Finalmente, y a mayor abundamiento, el Artículo 1.683 del Código Civil, establece el deber de este Árbitro de declarar la nulidad absoluta aún de oficio cuando apareciere de manifiesto en el acto o contrato. Por tanto, aún en el evento ya despejado, de que la parte actora no tuviera legitimidad activa para solicitar la nulidad absoluta de la Hipoteca, sería deber de este Árbitro declararla por las causales ya señaladas, como lo hará efectivamente en la parte resolutive.

Por lo tanto no se dará lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la demandada.

Y en cuanto a la segunda defensa argumentada por la demandada, consistente en la validez de los actos y contratos impugnados, este Árbitro ya ha señalado que la Hipoteca adolece de vicios insanables por las razones expuestas en los considerandos precedentes.

Vigésimo Tercero: Que la prueba efectivamente rendida en el cuaderno de nulidad de hipoteca consiste en los medios, cuyos términos y contenidos se describen a continuación:

El informe técnico acompañado a fs. 74, que se refiere en detalle a criterios de valoración de empresas y al valor de ZZ1 en función de los flujos de caja futuros que allí se transcriben.

En cuanto a la escritura pública de Rectificación otorgada en la localidad de SS de 17 de marzo del año 2011, por don XX1 y con la comparecencia de doña XX2, solo corresponde dar cuenta que ella tiene por objeto dos aspectos específicos que son: la declaración de que no se solicitará que dicho inmueble sea declarado bien familiar y precisar la extensión material que tendría el inmueble efectivamente constituido en hipoteca. Esta escritura pública en nada altera la discusión o controversia del fondo de autos, por cuanto no implica una ratificación ni subsana la ausencia de una obligación que sea garantizada por la Hipoteca.

Igualmente, los antecedentes y documentos acompañados de fs. 97 a fs. 115 de autos, se refieren a cifras, cuentas y maquinarias y otros bienes muebles pertenecientes a ZZ1 así como a su balance general y declaraciones de Impuesto a la Renta.

A fs. 124 la parte demandante objeta y observa documentos presentados en autos.

En cuanto a las declaraciones de testigos que rolan en autos, ellas se resumen a continuación separadamente una a una en el orden y sucesión con que figuran en autos.

Así pues, la declaración de don J.T. de fs. 128, se refiere al método utilizado para asignar un valor a la empresa ZZ1 y a ciertas cuentas de esta última.

A su vez, la testigo doña M.C., cuya declaración rola a fs. 133 de autos, se refiere a la Hipoteca, y sin más explicación ni raciocinio, señala que ella solo garantizaba las deudas previas de la sociedad, aun cuando explica con más detalle la extensión que habría tenido el inmueble hipotecado.

Seguidamente la declaración de don J.G., de fs. 137, solo se refiere a los métodos para valorizar empresas en general y en particular explica el valor que habría tenido o no la empresa ZZ1.

A fs. 141 de autos, rola la declaración de don R.C. y este testigo, fundado en un breve raciocinio, señala que la Hipoteca solo garantizaba la ausencia de ciertas deudas preexistentes y no posteriores de la sociedad y abunda en referencias al valor de la empresa y sobre la extensión que habría tenido el inmueble hipotecado y otras materias tales como los aportes de caja recibidos en la empresa y ciertas cuentas de ZZ1.

A fs. 149, rola la declaración de don AB4 que aduce que la deuda reconocida por ZZ1 correspondió a la forma que él mismo sugirió otorgar a un aporte de capital que fue pactado junto con la entrada de nuevos socios a la compañía; agrega que en su entendimiento personal, la garantía hipotecaria y la garantía prendaria y la prohibición tenían por objeto cautelar que tal aporte fuese utilizado en el giro de la empresa y suplir el pago de aquel en caso que los flujos futuros de la empresa no lo hicieren. También agregó otras afirmaciones relativas a las operaciones comerciales de ZZ1.

A fs. 156 rola la declaración de don R.M., quien se refiere al manejo de la contabilidad de la empresa ZZ1, la confección de sus balances y ciertas partidas determinadas de ella.

Luego hay certificados y balances acompañados entre fs. 159 y 163 de autos que solo se refieren a cifras y cuentas de ZZ1.

Entre fs. 164 y fs. 172 constan copias del acuerdo o contrato de suministro pactado entre ZZ1 y TR1.

Seguidamente de fs. 173 a fs. 192 rolan listados de cuentas y facturas de ZZ1.

De fs. 193 a fs. 210 de autos rolan copias de mensajes de correo electrónico relativas a las cuentas, balance y aspectos de la producción de ZZ1, intercambiados entre E.T., XX1 y R.C. y también una empleada de TR1.

De fs. 211 a fs. 214 nuevamente se acompaña copia del acuerdo pactado entre ZZ1 y TR1.

En lo que respecta a la prueba de autos, finalmente, a fs. 222 y fs. 226 rolan observaciones de la parte de ZZ2 a la prueba rendida y a otros aspectos de la causa.

Vigésimo Cuarto: Que considerando toda la prueba rendida y demás antecedentes allegados al proceso, resulta evidente que la gran mayoría de ellos se refiere a aspectos de la negociación comercial que existió entre las partes, a los hechos que rodearon la incorporación de nuevos socios y administradores en ZZ1, a la evolución de tal negocio, a su situación económica y a otros conflictos o problemas derivados de todos ellos.

Pero son muy escasos los antecedentes o declaraciones relativos a las intenciones de las partes al otorgar la Hipoteca. Y tales escasos antecedentes consisten en apreciaciones puntuales de testigos, escasamente fundadas y que además son contradictorias entre sí, como son las de la señora M.C. y el señor R.C. que se oponen a las del señor AB4.

Que el auto de prueba de fs. 68 incluye tres puntos de prueba, de los cuales los dos primeros se refieren al valor de la sociedad y a sus deudas u obligaciones.

Que será innecesario referirse a esos dos primeros en este fallo y el análisis deberá concentrarse en el punto 2 del Auto de Prueba, que era: las intenciones de las partes al otorgar la Hipoteca.

Pues, aquellos dos primeros puntos solo tienen una importancia indirecta u oblicua con lo que se debate en autos y se refieren a hechos atinentes a la exactitud o inexactitud de aquellas declaraciones o garantías descriptivas del estado de la compañía ZZ1 y que aún sin constituir obligaciones propiamente tales, habrían estado amparadas por la Hipoteca.

En cambio el segundo punto se refiere a las intenciones de las partes al otorgar la Hipoteca. Por lo tanto apunta a establecer si esta última pudo ser válida, pues junto con garantizar aquellas declaraciones y garantías descriptivas de los negocios y del valor de ZZ1 ella hubiere garantizado, además, una verdadera obligación, como lo era en cambio el pago de la obligación reconocida en la cláusula primera del Reconocimiento e Deuda. Y esto último no ha sido acreditado en autos, con lo cual la Hipoteca queda circunscrita a garantizar, impropia e ineficazmente las declaraciones y garantías descriptivas del negocio de ZZ1.

Como se resuelve más adelante en este fallo, la Hipoteca está afectada a un vicio de existencia o validez y por ello se decretará su nulidad absoluta. Y por lo tanto no existiendo jurídicamente tal garantía, carece de toda relevancia o utilidad acreditar o establecer si aquellas declaraciones o garantías formuladas por la parte vendedora en el Reconocimiento de Deuda, relativas al valor de la compañía y a la existencia o ausencia de ciertos pasivos o contratos, eran o no eran efectivas, exactas o fidedignas.

Que por ello este Árbitro omitirá un análisis profundizado de las pruebas relacionadas con el número 1 del Auto de Prueba de fs. 68 así como también un pronunciamiento separado de su fuerza probatoria específica.

Que respecto de la petición de designación de perito formulada inicialmente en autos, y habiéndose celebrado la respectiva audiencia para designación de perito según consta a fs. 127, en definitiva tal medio de prueba fue desestimado por las partes, según consta de la presentación de fs. 215 de autos.

En cuanto a los hechos auténticamente relevantes para la interpretación de la Hipoteca y de la controversia existente a su respecto, en realidad no se ha rendido en autos ninguna prueba documental atinente específicamente a ese punto.

Que como se aprecia de las declaraciones de testigos de autos, solo tres de ellas que son la de doña M.C. y don R.C. y don AB4, son tangencialmente atinentes al punto 2 del Auto de Prueba de esta causa. En concreto, las dos primeras apuntan a que la Hipoteca pretendía garantizar obligaciones anteriores y merecen el valor probatorio respectivo conforme al Artículo 383 N° 2° del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo, a la tercera declaración, en contrario, no es posible atribuirle valor probatorio alguno.

Que por todo lo anterior debe concluirse que no se han acompañado en autos pruebas sobre las intenciones de las partes al otorgar la Hipoteca y que la interpretación de este acto deberá limitarse a las consideraciones de este Árbitro que constan del considerando Decimosexto precedente.

Vigésimo Quinto: Que aun cuando las partes dieron cumplimiento voluntario y formal a lo dispuesto por el Artículo 2.410 del Código Civil y practicaron la respectiva inscripción de la Hipoteca, aquella deberá alzarse y cancelarse pues el título que dio lugar a ella misma está viciado de nulidad absoluta y no puede legítimamente dar lugar a tal registro.

Vigésimo Sexto: Que según consta del avenimiento que rola a fs. 137, la competencia y jurisdicción que las partes han otorgado a este Árbitro se refieren, en definitiva, a la demanda de nulidad absoluta de la Hipoteca que rola a fs. 1 del Cuaderno de Nulidad de Hipoteca y a la demanda subsidiaria de extinción de la Hipoteca por cumplimiento de la obligación principal que rola a fs. 10 del referido cuaderno.

Que no habrá pronunciamiento sobre esa demanda subsidiaria atendido que se acogerá la respectiva demanda principal.

Vigésimo Séptimo: Que en relación a las objeciones deducidas por la demandante a fs. 124, ellas serán desechadas, por cuanto la parte que las dedujo no acreditó la falsedad del documento objetado en el numeral 1 de fs. 124, y este Árbitro estima que la ausencia de alguna firma en los documentos objetados en los numerales 1 y 2 de fs. 124, no constituye falta de integridad de los mismos. Máxime cuando la jurisprudencia actual ha sostenido que cuando un documento privado tiene por objeto acreditar hechos y no dar cuenta de una obligación, puede carecer de firma. Finalmente, dichos documentos fueron presentados en relación a la demanda subsidiaria de extinción de la Hipoteca por pago, respecto de la cual este Árbitro no se pronunciará por las razones ya indicadas.

POR TANTO.

Y de conformidad con lo establecido en los Artículos 1.437, 1.438, 1.444, 1.445, 1.460, 1.545, 1.546, 1.560, 1.562, 1.563, 1.564, 1.681, 1.682, 1.683, 2.384 2.407, 2.409, 2.410, 2.465, 2.470, 2.477, y otros pertinentes del Código Civil, el Artículo 52 y el Artículo 88 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, los Artículos 253 y siguientes, 384 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, las Bases de Procedimiento de fs. 93 y siguientes y el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y demás disposiciones pertinentes;

SE DECLARA:

- I. Que se declara la nulidad absoluta, por carecer de un requisito o elemento esencial para su existencia o validez, consistente en la obligación principal a la que accedería, de la Hipoteca constituida por ZZ1 en la cláusula tercera Letra B de la escritura pública otorgada en la notaría de Santiago de don NT1 con fecha 30 de enero de 2008 que lleva el número de repertorio 1796-2008.
- II. Que en consecuencia de lo anterior, se decreta el alzamiento y cancelación de la Hipoteca inscrita a fs. 3371 del Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces de SS del año 2008.
- III. Que se alce la medida precautoria de celebrar actos y contratos, decretada a fs. 10 del Cuaderno de Medida Precautoria de Común Acuerdo.
- IV. Que en relación a las objeciones deducidas por la demandante a fs. 124, ellas son desechadas, por las razones ya indicadas.
- V. Que cada parte pagará sus costas.

Autorícese por un Ministro de Fe y notifíquese personalmente ante el Secretario/a General del CAM Santiago o ante quien lo/a reemplace o subrogue a uno de los apoderados de cada una de las partes, o, en su defecto, notifíquese por cédula por un Receptor Judicial, entregándoles copia íntegra de la presente sentencia.

José Miguel Olivares Padilla, Juez Árbitro. Actuario doña AC.