

Alejandro Romero Seguel

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

Fecha Sentencia: 19 de mayo de 2007

ROL 711

MATERIAS: Contrato de cierre de negocios y promesa de compraventa – adquisición de acciones en una sociedad de capital – due diligence – contingencias tributarias, legales y laborales – variación del precio – principio de buena fe – responsabilidad precontractual culpa in contrahendo – resolución de contrato, requisitos – cláusula penal enorme – reducción judicial de la cláusula penal, sus raíces teóricas e históricas – enriquecimiento sin causa – distinción entre “cierre de negocios” y “promesa de compraventa” – excepción de contrato no cumplido, requisitos – tachas de testigos – impugnación de la prueba documental.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX deduce demanda de cumplimiento de la cláusula penal en contra de los señores ZZ1 y ZZ2 y de indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”. ZZ1 contesta la demanda alegando que XX nunca entregó la documentación necesaria para realizar el due diligence, el que tenía como finalidad determinar o ajustar el precio de la transacción. En base a este mismo hecho, deduce demanda reconventional para que se declare la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios. XX y el señor ZZ2 pusieron término al conflicto mediante la suscripción de un avenimiento y transacción, continuando el Juicio Arbitral entre XX y ZZ1.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y siguientes

Código de Procedimiento Civil: Artículos 356 y siguientes, 358 N°s. 5 y 6, 542, 628.

Código Civil: Artículos 1.448, 1.468, 1.487-1.489, 1.544-1.547, 1.551-1.556, 1.558, 1.559, 1.564, 1.567, 1.700.

DOCTRINA:

Los hechos señalados como constitutivos de incumplimiento por parte de XX S.A. no tienen el mérito de eximir a la parte promitente compradora de cumplir con las obligaciones del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, atendido que, en rigor, se trata de una serie de circunstancias que cualquier contratante pudo haber exigido conocer antes de proceder a la suscripción del contrato preparatorio materia de la litis. (...) Un especial valor debe darse a la confesión judicial espontánea de la parte de don ZZ1, prestada a fs. 127 y 128 de autos, cuando reconoce haber recibido el balance general proporcionado por la Administración al año 2005, donde se presentaría un patrimonio neto negativo de \$ 1.778.609.286. A juicio de este Árbitro, el hecho de haber conocido esa información de su contraparte no le permite invocar esa circunstancia como un hecho constitutivo del incumplimiento contractual que imputa a su contraparte. Pretender desconocer en este juicio los efectos de esa información llevaría a infringir una de las manifestaciones del principio de la buena fe contractual, reconocido en el Artículo 1.546 del Código Civil, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto (Considerando N° 10).

De lo expuesto en los considerandos anteriores, se concluye que el resultado del *due diligence* no puede configurar una hipótesis de resolución de contrato. Por una parte, no existen antecedentes probatorios que permitan fundar esta conclusión. Y, en segundo lugar, la prueba aportada revela que las partes introdujeron la confección de ese documento para un ajuste del precio del contrato definitivo que no

se llegó a suscribir. En consecuencia, aplicando la propia ley del contrato no es admisible acceder a la tesis de la promitente compradora para que se le exima de haber suscrito el contrato de compraventa prometido fundada en los efectos que atribuye al mentado due diligence (Considerando N° 19).

Aunque el negocio de adquisición del centro de salud no prosperó, por el incumplimiento de la promitente compradora, tal situación no puede derivar en una fuente de enriquecimiento para que la promitente vendedora reciba la suma de \$ 2.201.000.000 (dos mil doscientos un millones de pesos), sin que su contraparte haya recibido ninguna contraprestación a cambio. Lo anterior se ve reforzado por la circunstancia que en nuestro derecho el incumplimiento contractual no es por sí mismo una fuente de lucro, sino que es moderado por una serie de reglas, cuyo propósito es lograr soluciones de conflictos justas y al mismo tiempo conforme a derecho. (...) Como se sabe, el principio del enriquecimiento sin causa ha servido en el campo jurídico para evitar que se produzcan desequilibrios patrimoniales, fundamentalmente frente a actos carentes de sustento jurídico. En nuestra jurisprudencia hay numerosas sentencias que explican un enriquecimiento injusto por la ausencia de causa. Así, la falta de existencia del contrato se traduce en una falta de causa de las obligaciones de las partes. En el presente caso, si un contrato prometido no se llegó a perfeccionar, no parece ajustado a la buena fe que la promitente compradora que adelantó parte del precio desde el inicio de la etapa precontractual, a la que ya hemos aludido, se vea luego obligada a pagar completamente la cláusula penal. Acceder a esta situación daría lugar, a juicio del sentenciador, a un enriquecimiento de aquellos que se deben corregir a través de la rebaja de la cláusula penal que admite nuestro derecho en los términos antes explicados (Considerando N° 29).

DECISIÓN: Se acoge la demanda principal y se rechaza la demanda reconventional. Se condena al demandado principal al pago de la cláusula penal, cuyo monto se rebaja. Cada parte pagará sus costas por no haber sido ninguna de ellas vencida íntegramente y por tener motivos plausibles para litigar.

SENTENCIA ARBITRAL:

En Santiago, a diecinueve de mayo de 2007.

VISTOS:

I. PARTE EXPOSITIVA

1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A fs. 44 de autos consta la designación del Árbitro, como Árbitro Mixto, realizada por el Consejo Directivo del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, CAM Santiago; asimismo, dicho cargo fue notificado a fs. 47, aceptando el Árbitro desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

2. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 8 de enero de 2007, a fs. 48 se dictó la primera resolución, teniendo por constituido el Tribunal Arbitral, citando a las partes al primer comparendo para el día 18 de enero de 2007, a las 17 horas. En dicha resolución se designó como actuario a don AC1.

3. EL PRIMER COMPARENDO

A fs. 56, en las dependencias del CAM Santiago, ubicadas en Monjitas 392, Santiago, el día 18 de enero de 2007 se realiza el primer comparendo, al que asisten, además del Árbitro y el actuario, don AC2, en representación de XX, don J.M., en representación de don ZZ1, y don L.L., en representación de don ZZ2. La personería de los representantes y los escritos de patrocinio y poder fueron autorizados y agregados a los autos.

En dicho acto los comparecientes dejaron constancia de los siguientes acuerdos:

A. Partes del juicio y poderes: Son partes del presente juicio arbitral: La sociedad XX, don ZZ1 y don ZZ2, los que han designado como apoderados y representantes en este juicio a los apoderados antes individualizados.

B. Objeto del Arbitraje: El objeto del juicio es resolver las controversias que han surgido entre las partes, en relación con el contrato denominado como “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, suscrito con fecha 4 de enero de 2006 ante el Notario don NT1, en los términos que señala la cláusula decimosexta de la escritura pública acompañada a fs. 6 y siguientes de este proceso.

C. Procedimiento: Las partes acordaron las reglas de procedimiento que se contienen en el punto 5 del acta rolante a fs. 57 y siguientes.

D. Calidad en que fue designado el Árbitro

A fs. 56 las partes dejan constancia que el nombramiento del Árbitro lo fue en carácter de Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo.

4. ETAPA DE DISCUSIÓN

4.1. Demanda de XX

A fs. 60 de autos, don AB, abogado, en representación de XX deduce demanda de cumplimiento de la cláusula penal, en contra de don ZZ1, médico cirujano, domiciliado en DML, comuna de Lo Barnechea y en contra de don ZZ2, médico cirujano, con domicilio en DML, comuna de Colina. En dicha demanda se solicita al Tribunal que condene a los demandados a indemnizar los perjuicios que a XX le ha causado el incumplimiento del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, suscrito con fecha 4 de enero de 2006. Fundamenta su demanda en los siguientes antecedentes:

1. Que XX, desarrolla actividades en el área de la inversión en proyectos clínicos y médicos y, en general, relacionados con el área de la salud. Para el cumplimiento de su objeto social la referida sociedad es titular de cuatro mil acciones de la sociedad TR1, íntegramente suscritas y pagadas. Dichas acciones, a la fecha, representan un 80% del total de las acciones emitidas por la sociedad TR1.
2. Que conjuntamente con lo anterior, XX es titular de créditos otorgados a la sociedad TR1 ascendentes a la suma de cinco mil trescientos cincuenta y cuatro millones ochenta y tres mil quinientos ochenta y siete pesos (\$ 5.354.083.587).
3. Que en su momento inició un proceso de negociación con los señores ZZ1 y ZZ2, que se materializó en un instrumento denominado “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, suscrito por escritura pública de fecha 4 de enero de año 2006, otorgada ante el Notario de Santiago, don NT1. Conforme señala en la demanda, los aspectos esenciales acordados en dicho instrumento fueron los siguientes:
 - a) Que XX prometió vender, ceder y transferir a los demandados, las acciones de que es titular en la sociedad TR1, como asimismo ceder los créditos de que es titular en contra de esta misma sociedad. Y por la parte de don ZZ1 y ZZ2, prometieron comprar, recibir y adquirir para sí, en calidad de promitente comprador, las acciones y los créditos precedentemente indicados.
 - b) El precio de la compraventa prometida ascendió a la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000) por las acciones, y la suma de dos mil cuatrocientos ochenta y cinco millones de pesos (\$ 2.485.000.000) por concepto de los créditos.

- c) El contrato definitivo, consistente en una escritura pública de compraventa de acciones y de cesión de créditos, debía ser suscrito a más tardar el día 15 de febrero del año 2006.
 - d) Asimismo, las partes asumieron diversas obligaciones que debían cumplirse y ejecutarse como condición previa para la celebración del contrato definitivo.
4. Que conforme se relata en el libelo, los demandados habrían incumplido con la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato de promesa celebrado. En cambio, la parte de XX, habría cumplido cabal y oportunamente con todas y cada una de las obligaciones que asumió en el contrato ya mencionado. De un modo puntual, la actora indica que estarían cumplidas las siguientes obligaciones:
- i) Que las acciones prometidas vender se encontraban inscritas a su nombre, sin gravamen alguno, excepto la prenda y prohibición reconocida y aceptada en el propio contrato de promesa (Cláusula Tercera, Párrafo Tres, letra b) puntos i/ y ii/);
 - ii) Que TR1, se encontraba al día en el pago de tributos, patentes y de obligaciones laborales. Y que, asimismo, contaba con todas las autorizaciones necesarias para prestar servicios como clínica, en la entidad denominada TR2 (Cláusula tercera, Párrafo tres, letras e), f) y g));
 - iii) Que no se modificó ningún contrato vigente que fuese necesario para el desarrollo del giro ordinario de TR1 (Cláusula tercera, Párrafo tres, letra k);
 - iv) Que TR1 obtuvo los permisos necesarios de las autoridades competentes para efectos de Anexo F (Cláusula cuarta letra a) punto (i));
 - v) Que se pusieron a disposición de los demandados la totalidad de los antecedentes necesarios requeridos por los prominentes compradores para la realización de un *due diligence* de TR1 (Cláusula sexta);
 - vi) Que a partir de la celebración del contrato de promesa de compraventa se mantuvo la situación financiera de TR1, como asimismo, la Administración de esta sociedad continuó siendo realizada de buena fe manteniendo las políticas de negocios (Cláusula tercera, Párrafo tres, letra 1) y cláusula séptima);
 - vii) Que, en último lugar, la actora habría concurrido a suscribir el contrato definitivo con fecha 15 de febrero del año 2006, previo requerimiento notarial a la promitente compradora.
5. Por su parte, en la demanda de fs. 60 y siguientes se imputan a la parte promitente compradora los siguientes incumplimientos:
- i) Que los demandados no liberaron, entre la fecha de celebración del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa” y la fecha de celebración del contrato definitivo, por pago, novación u otro modo de extinguir que resulte equivalente, la totalidad de las garantías otorgadas para caucionar las obligaciones contraídas por la sociedad TR1, como asimismo, las garantías otorgadas por don A.S., por la sociedad TR3, para caucionar obligaciones de TR1 (Cláusula tercera, Párrafo tercero, letra m) y cláusula quinta letra a);
 - ii) Que los demandados no habrían cumplido con enterar el total los mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000), para el pago de pasivos y la cobertura de déficit de caja (Cláusula quinta letra b), habiendo entregado la promitente compradora sólo la suma de \$ 951.000.000 al 15 de febrero de 2006;
 - iii) Que con fecha 15 de febrero de 2006, el Notario don NT2, Suplente del Titular don NT1, certificó que los representantes de la demandante de autos comparecieron a la suscripción de los contratos definitivos prometidos, no pudiendo materializarse éstos por no haber concurrido la parte promitente compradora correspondiente a los demandados de autos.

6. Que luego de explicar los antecedentes de hecho, que a juicio de la parte demandante configurarían un incumplimiento del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, se expone la tesis jurídica de la demanda, afirmando, en síntesis, lo siguiente:
- i) Que la actuación negligente de los demandados habría hecho surgir una hipótesis de responsabilidad contractual, la que debe llevar a indemnizar los perjuicios;
 - ii) Que al no haber cumplido los demandados -don ZZ1 y don ZZ2- con sus obligaciones y, en conformidad a lo establecido en la cláusula novena del “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, se solicita la resolución *ipso facto* del señalado contrato, exigiendo la cláusula penal pactada en el contrato. En dicha estipulación, se habrían evaluado anticipadamente por las partes los perjuicios en la suma de \$ 1.250.000.000 (mil doscientos cincuenta millones de pesos), por concepto de cláusula penal, más reajustes, intereses y costas; y
 - iii) Que en subsidio de lo anterior, y para el evento que se estime que la resolución *ipso facto* acordada debe ser declarada judicialmente, se pide declarar resuelto judicialmente el contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa” de fecha 4 de enero de 2006. También se solicita, como consecuencia de la resolución, que se condene a los demandados al pago de los perjuicios que su incumplimiento ha ocasionado a XX, por el mismo monto y estipulación antes referida.

4.2. Contestación de la demanda de don ZZ1

A fs. 116, con fecha 11 de abril de 2006, contesta la demanda deducida por XX, don ZZ1, solicitando el rechazo total de la demanda.

En síntesis, el referido demandado controvierte en su presentación lo sostenido por el actor en el libelo con las siguientes excepciones, alegaciones y defensas:

- i) Que desde hace algunos años ideó crear una clínica de cirugía mínimamente invasiva por una serie de ventajas que surgirían para la práctica médica. La cirugía mínimamente invasiva se realizaría en base a cirugía endoscópica. Que para desarrollar el proyecto anterior invitó a distinguidos médicos expertos en cirugía endoscópica. Que el proyecto anterior se pensaba ejecutar en base a la participación de médicos inversionistas, y que se contrató a un equipo de especialistas para la correcta evaluación del proyecto, el que estaba liderado por el demandado, don ZZ1 y otros médicos.
- ii) Que se iniciaron conversaciones con el Directorio de TR4, al que se puso en conocimiento del proyecto de clínica, solicitándoles tanto su opinión como el apoyo para éste. Que se iniciaron conversaciones con don R.F., gerente general y socio de TR2, para negociar el valor de la clínica y la forma de pago.
- iii) Que se realizaron una serie de negociaciones antes de la suscripción del “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, de 4 de enero de 2006. Que entre el día 29 de diciembre de 2005 y el 2 de enero del 2006, el señor ZZ1 habría entregado \$ 300.000.000, los que sumados a otros \$ 200.000.000 que puso don ZZ2, completaban la primera cuota de \$ 500.000.000. Que frente a lo anterior el señor. R.F. les dio un reconocimiento de deuda por ese monto.
- iv) Que el día 4 de enero de 2006, el señor R.F. llamó a los promitentes compradores a firmar el compromiso de compraventa, día en el que se le entregaron \$ 224.000.000. Al día siguiente, el 5 de enero, se le entregaron \$ 112.000.000. Y, luego, el día 1 de febrero del 2006, se entregó la suma de \$ 115.000.000, haciendo un total a esa fecha de \$ 951.000.000 pagados.
- v) Que con fecha 14 de febrero de 2006 fue notificado de un incumplimiento por no haber completado el total de la suma requerida. Que, frente a ese hecho procedió a conversar con el señor R.F., quien habría explicado que era sólo una formalidad legal, dándole

tiempo para terminar de completar el saldo de precio. Que en ese período recibió el resultado de un proceso de *due diligence*, el que demostraba que no se había entregado la información necesaria para llevar a cabo el análisis, y que en cada área estudiada no se arrojaban conclusiones, por la falta de información para ello. Que con fecha 23 de febrero se le entregó la suma de \$ 300.000.000 a la promitente vendedora, con lo que habría completando un total de \$ 1.391 millones de pesos.

- vi) Que la promitente vendedora nunca entregó la documentación necesaria para realizar el *due diligence*, el que tenía como finalidad determinar o ajustar el precio desconocido hasta ese momento del negocio.
- vii) Que don ZZ1, habría sufrido una maniobra engañosa que explica literalmente en los dos siguientes puntos: “1.- Según el contrato, en su cláusula sexta, efectivamente el resultado del *due diligence* tiene como única finalidad establecer las variaciones en el precio en función de las diferencias que se establezcan en los saldos de activos y pasivos sujetos a esta revisión. Sin embargo, no es menos cierto que, en la misma cláusula el promitente vendedor se obligaba a entregar, dentro de quinto día, la información necesaria para la confección del *due diligence*. Según se apreciará durante la secuela de este proceso, el promitente vendedor nunca tuvo siquiera la intención de aportar esta información, provocando que el proceso de *due diligence* no se pueda realizar efectivamente, para generar, ilegalmente, el pretendido incumplimiento del promitente comprador. Por ello, se puede sostener que hubo un engaño en el origen, en el cual el contrato *sub lite* no es más que un instrumento en la maniobra defraudatoria denunciada. Ello también resulta evidente pues los antecedentes de la clínica eran tan precarios, y su situación era tan irregular, que mostrar estos antecedentes antes de cualquier aporte de dinero, evidentemente desincentivaría la inversión. Por eso, hubo un apuro notorio de recolectar la mayor parte del dinero antes del *due diligence*, para luego no entregar la información, y defender procesalmente el dinero recaudado, imputándole al comprador, un pretendido incumplimiento”. “2.- El resultado del *due diligence*, concretamente, es lapidario en sus conclusiones, y establece que el promitente vendedor no ha aportado los antecedentes para su elaboración. Así, la revisión financiero-contable, establece que la Administración de TR1, no proporcionó los análisis de cuentas contables y sus respectivos respaldos, lo que además no permitió cuantificar las contingencias tributarias de las sociedades”.

De un modo específico, la parte de ZZ1, imputa a la promitente vendedora los siguientes incumplimientos:

- i) No haber proporcionado los balances generales y sus análisis de cuentas con sus respectivos respaldos de fecha 31 de diciembre de 2005 de las sociedades TR1, TR5, TR6 y TR7, lo que no permitió aplicar procedimientos de revisión sobre los mismos, no permitiendo establecerse la validación de sus activos y pasivos;
- ii) No haber mantenido un libro auxiliar detallado;
- iii) Respecto de las cuentas por cobrar y/o pagar a empresas relacionadas, no haber proporcionado un detalle de las transacciones efectuadas entre las compañías ni de la composición de sus saldos. Asimismo, se alega que dichos saldos no se habrían encontrado documentados mediante contratos y/o pagarés, en los cuales se determine el capital, plazos, intereses y demás condiciones de respaldo;
- iv) Respecto de la indemnización a todo evento pactada con los empleados de TR1, se alega que la promitente vendedora no efectuó el cálculo de este pasivo, y no proporcionó los antecedentes necesarios para determinarlo (que a juicio de una auditoría ascendería a \$ 90.000.000);
- v) No haber proporcionado el Informe de Deudas emitido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para las sociedades, no pudiéndose con ello confirmar el

- estado real y actual de las obligaciones bancarias con las instituciones financieras;
- vi) Que considerando el balance general proporcionado por la Administración al año 2005, e incluyendo los ajustes y/o reclasificaciones determinados como resultado de la revisión que habría practicado la promitente compradora, la sociedad presentaría un patrimonio neto negativo de \$ 1.778.609.286;
 - vii) No haber entregado los análisis de cuentas y los respaldos pertinentes, impidiendo auditar activos por la suma de \$ 5.908.557.464 y pasivos por \$ 6.000.799.756;
 - viii) Que TR1, presentaría dentro de su activo tributario la cuenta derecho de llaves, por un monto de \$ 1.199.250.000, generada por una transacción que no sería representativa de dicho concepto, lo cual podría, a juicio del señor ZZ1, ser cuestionado ante una eventual fiscalización por parte del Servicio de Impuestos Internos;
 - ix) Que existiría un faltante de inventario por la suma de \$ 126.209.022 correspondiente a una reveladora láser;
 - x) Que en cuanto al Capital Propio Tributario año 2004, considera la deducción de los activos en leasing por un monto de \$ 230.301.594, de acuerdo a la revisión el monto a ser deducido es de \$ 1.756.985.437. Similar situación se sostiene se presentaría en el año 2005, al no deducir los activos en leasing por un monto de \$ 1.706.740.982;
 - xi) Que en relación con el Impuesto al Valor Agregado, se habría declarado un menor Impuesto al Valor Agregado al no considerarse dicho tributo en el cobro de los servicios no cubiertos en los planes previsionales determinados por la Isapre y por Fonasa. Al existir un faltante de inventarios por \$ 126.209.222, se concluye que el Servicio de Impuestos Internos podría determinar que estamos frente a una venta afecta al Impuesto al Valor Agregado;
 - xii) Que la sociedad demandada habría subarrendado a determinadas Isapres algunos espacios en el edificio TM, emitiendo facturas exentas de impuesto al valor agregado, situación que se sostiene vulneraría el Artículo 8, letra g) de la Ley del IVA;
 - xiii) Finalmente, se sostiene que en relación a ciertos aspectos legales la sociedad estaría demandada en juicios civiles y laborales por la suma de \$ 87.673.655 y mantendría deudas previsionales por \$ 2.462.176.
- De las imputaciones anteriores, concluye la parte de don ZZ1, que por encontrarse en mora el promitente vendedor de entregar la información, no puede reclamar el pretendido incumplimiento de contrato, solicitando que se niegue lugar a la demanda, con costas.

4.3. Demanda reconvenicional de don ZZ1

En el primer otosí del escrito presentado a fs. 116, con fecha 11 de abril de 2006, don ZZ1, deduce demanda reconvenicional para que se declare la resolución de contrato, con indemnización de perjuicios, con costas, en contra de la sociedad XX, antes individualizada.

Los fundamentos de la reconvenición son prácticamente los mismos que los contenidos en la contestación a la demanda, los que fueron sintetizados en los numerales anteriores, y que damos por reproducidos como parte expositiva de este fallo.

La acción deducida por vía reconvenicional se sustenta, básicamente, en el hecho que el proceso de *due diligence* no pudo realizarse, por no haber entregado la promitente vendedora la información mínima. Según el referido libelo, los conceptos cuestionados superan los \$ 15.000.000.000, de modo tal que resultaba absurdo pretender que el promitente comprador, don ZZ1, siguiera adelante con la operación. Asimismo, allí se sostiene que el contrato suscrito el 4 de enero de 2006 establecía la obligación de aportar los antecedentes para el proceso de *due diligence* en el plazo de cinco días, lo que no aconteció.

Que, en concepto del demandante reconvenicional, fue el promitente vendedor quien habría violado flagrantemente la ley del contrato, al no aportar los antecedentes necesarios para el *due diligence*.

Según su relato, la operación no era más que un engaño, que quedaría al descubierto al revisar los antecedentes contables y financieros de la empresa, lo que provocaría un desincentivo de la inversión, de modo tal que lo que se pretendió fue recolectar la mayor suma de dinero antes del *due diligence*.

Por otra parte, el actor reconvenicional alega que, “no puede dejarse de considerar, para establecer la efectiva intención de los contratantes, que luego de ser notificada la presunta mora de este promitente comprador, se siguieron aportando importantes sumas de dinero al promitente vendedor, quien las recibió efectivamente”. A lo anterior se agrega que, “estando en mora el promitente vendedor de entregar la información para el proceso de *due diligence*, no puede reclamar el pretendido incumplimiento”.

Concluye la reconvenición pidiendo la resolución del contrato de promesa de compraventa de 4 de enero de 2004, suscrito ante el Notario de Santiago don NT1, con la sociedad XX, y la restitución de todos los valores entregados a la contraparte.

Que, conjuntamente con la resolución del contrato se demanda, además, la indemnización de perjuicios pactada la cláusula penal del Artículo 9 del contrato, por la suma de \$ 1.250.000 (mil doscientos cincuenta millones de pesos); con costas.

Por último, dentro de sus alegaciones jurídicas también se opuso la excepción de contrato no cumplido.

5. CONTESTACIÓN DE XX A LA DEMANDA RECONVENCIONAL DEDUCIDA POR DON ZZ1

A fs. 160 y siguientes, don L.C., en representación de XX, procede a contestar la demanda reconvenicional, solicitando su rechazo, con costas.

Conforme se lee en dicho escrito, la demanda reconvenicional debe desestimarse por el hecho que su representada habría cumplido con todas y cada una de las obligaciones que asumió en el contrato de fecha 4 de enero del año 2006. Insiste que son los demandados los que incumplieron con la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato de promesa, resultando absolutamente improcedentes las imputaciones de supuestos incumplimientos que contiene la demanda reconvenicional.

En cuanto a la imputación de la falta de entrega de la totalidad de los antecedentes para llevar a cabo un proceso de *due diligence*, se sostiene que ello no podría configurar un supuesto incumplimiento de la demandada reconvenicional. En lo concreto, se alega que, “la realización del *due diligence* no incidía directamente en la realización o no del negocio acordado y, en definitiva, en el otorgamiento del contrato definitivo prometido”. Sintetiza su tesis señalando que, “el único supuesto incumplimiento que el demandado principal pretende imputar a esta parte y que serviría de fundamento a su demanda reconvenicional, no ha existido y, aún en la hipótesis de haberse producido, no tiene la calidad, por expreso acuerdo de las partes, como para permitir invocarlo como causal y fundamento de una resolución de contrato”.

Por su parte, en la contestación a la demanda reconvenicional se imputa a la parte de don ZZ1, haber incurrido en los siguientes incumplimientos:

- a) No haber liberado, entre la fecha de celebración del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa” y la fecha de celebración del contrato definitivo, por pago, novación u otro modo de extinguir que resulte equivalente, la totalidad de las garantías otorgadas para caucionar las obligaciones contraídas por la sociedad TR1, como las garantías otorgadas por don A.S., por la sociedad TR3 y por el señor R.F., para caucionar obligaciones de TR1 (Cláusula tercera, Párrafo tercero, letra m) y Cláusula quinta letra a) del contrato de promesa).

- b) No haber entregado a TR1, la suma total de mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000) para el pago de pasivos y la cobertura de déficit de caja, de acuerdo con la cláusula quinta letra b) del contrato de promesa), habiendo entregado sólo la suma de \$ 951.000.000 al 15 de febrero de 2006.
- c) No haber cumplido con la obligación de asumir la deuda con TR4, equivalente en pesos a 39.522,22 Unidades de Fomento (treinta y nueve mil quinientas veintidós coma veintidós Unidades de Fomento) y la obligación de entregar una boleta de garantía por la suma de \$ 2.525.000.000. (Cláusula quinta letra c) y Cláusula tercera, Párrafo tercero, letra d) del contrato de promesa).

6. ESCRITOS DE RÉPLICA Y DÚPLICA

A fs. 176 y 182 rolan escritos réplica y dúplica de las partes.

En ellos no se agrega ningún cambio a las presentaciones anteriores que conforman el objeto de esta litis.

7. AVENIMIENTO, RENUNCIA Y FINIQUITO DE LA PARTE DE DON ZZ2

A fs. 189 rola escrito de avenimiento, renuncia y finiquito suscrito entre la sociedad XX y don ZZ2, dando cuenta que se puso término al conflicto discutido en el presente juicio arbitral mediante la suscripción de un avenimiento y transacción. Sin perjuicio de otros antecedentes que constan en dicha presentación, en la cláusula tercera letra E) se da cuenta que el señor ZZ2, pagó a XX, la suma única de \$ 436.000.000 (cuatrocientos treinta y seis millones de pesos) por concepto de su parte proporcional en la multa estipulada en el contrato de 4 de enero de 2006.

8. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

A fs. 187 consta el acta de audiencia de conciliación, la que no se produjo por falta de acuerdo entre las partes.

9. ETAPA DE PRUEBA

9.1. Recepción de la causa a prueba

A fs. 188 se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales pertinentes y controvertidos los siguientes: 1º) Efectividad de haberse incumplido por las partes las obligaciones acordadas en el contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, celebrado el 4 de enero de 2006. 2º) Efectividad de haberse entregado por la promitente compradora a la promitente vendedora, el 23 de febrero de 2006, la suma de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000). 3º) Antecedentes comerciales y financieros del negocio materia del contrato entregados a la promitente compradora por parte de la promitente vendedora. 4º) Efectividad que los demandados no liberaron, entre la fecha de celebración del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa” y la fecha de celebración del contrato definitivo, la totalidad de las garantías otorgadas para caucionar las obligaciones contraídas por la Sociedad TR1 y que haya otorgado XX, como asimismo las garantías otorgadas por don A.S. por la sociedad TR3 y por don R.F., para caucionar las obligaciones de TR1.

9.2. Prueba aportada por las partes

Que la parte de don ZZ1 y de XX, rindieron prueba de testigos y documental.

Que en lo que se refiere a la prueba documental, las partes han acompañado los siguientes documentos:

- a) La parte de XX, aportó la siguiente prueba documental: 1) Los documentos acompañados en el primer otrosí del escrito de demanda de fs. 60 y siguientes, consistentes en: a) Copia del “Cierre de negocios y promesa de compraventa” de fecha 4 de enero de 2006. b) Acta notarial levantada por el Notario de Santiago don NT3, de 14 de febrero de 2006; y c) Certificación Notarial del Notario de Santiago don NT2, de 15 de febrero de 2006.

- Dichos documentos fueron acompañados en la forma prevista por la ley, y no fueron objetados por la contraparte. 2) El documento acompañado en el otrosí del escrito de demanda de fs. 281 consistente en la escritura pública de fecha 23 de diciembre de 2003, relativa a la obligación de pagar un derecho de llave. Dicho documento no fue objetado por la contraparte. 3) Los documentos acompañados en el escrito de fs. 283 consistentes en: a) Carta de fecha 3 de diciembre del año 2007, emanada de la empresa TR8; b) Carta de fecha 29 de octubre del año 2007, emanada de la empresa TR4; c) Carta de fecha 11 de diciembre del año 2007, emanada de la empresa TR9; d) Copias signadas con las letras A1 hasta la A 70, relacionadas al análisis de cuentas contables del Activo y Pasivo de TR1. e) Copias signadas con las letras B1 hasta la B 17, correspondiente a información comercial y financiera, relacionada a la sociedad TR1; f) Copias de Comprobantes Contables que dan cuenta de la emisión de cheques por parte de TR1; g) Copias de siete resoluciones sanitarias emitidas por Autoridades Sanitarias relativas a la autorización de funcionamiento de TR1; h) Doce copias que dan cuenta de pagos de XX a TR4, por deuda de arrastre al 31 de diciembre del año 2005; y, i) Copias de antecedentes de empresas relacionadas a TR1.
- b) La parte de don ZZ1, rindió la siguiente prueba documental: 1) A fs. 240, se acompaña la copia del Informe *due diligence*, elaborado por auditores CO. Dicho documento fue agregado con el N° 1 al cuaderno de documentos. 2) A fs. 211 se solicitó una exhibición de documentos que existirían en poder de un tercero. Dicha diligencia fue decretada con fecha 5 de diciembre de 2007, en la forma acordada por las partes en la audiencia de fs. 238. A fs. 295 rola el “acta de exhibición de documentos”, que da cuenta la forma como se practicó esta diligencia en las dependencias de TR1, ubicadas en DML. A fs. 315 se agregó la carta emanada de TR2, a través de la cual se pusieron a disposición del Tribunal Arbitral los documentos que se detallan en anexo adjunto. Dichos documentos fueron agregados al proceso mediante la resolución de fs. 334.

10. LA QUIEBRA DE DON ZZ1

A fs. 298 y siguientes se agrega a estos autos la sentencia del Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, pronunciada en los autos TR10 con TR11, que decretó la quiebra de don ZZ1.

A fs. 304 se agrega la resolución del Decimoquinto Juzgado Civil de Santiago, pronunciada en los autos recién indicados, que designó como síndico titular a don SN1. Y como síndico provisorio suplente a don SN2.

11. ETAPA DE OBSERVACIONES A LA PRUEBA

A fs. 340 y 348 las partes presentaron sus escritos de observaciones a la prueba.

12. CITACIÓN PARA OÍR SENTENCIA

Con fecha 31 de marzo de 2008 se citó a las partes para oír sentencia.

II. CONSIDERANDO:

1. EN CUANTO A LAS TACHAS

Que la parte de don ZZ1, a fs. 348 formuló tacha en contra de los testigos don J.P., don C.W. y don G.D., por las causales del Artículo 358 N°s. 5 y 6 del CPC.

Que en lo que respecta a la causal del N° 6 del referido precepto legal, tal como consta de las declaraciones de los referidos testigos a fs. 225, 241, 248, ninguno de ellos reconoce algún elemento de hecho para que se configure su inhabilitación. En efecto, se trata de trabajadores de TR1, persona jurídica que no es parte en este proceso, resultando suficiente ese antecedente para desestimar la tacha.

Que en lo que atañe a la causal del Artículo 358 N° 6, no se aprecia en las referidas declaraciones de los testigos tener un interés directo, de tipo patrimonial, que permita acoger la inhabilidad alegada.

Conforme a lo anterior, este Tribunal procederá a asignar a las declaraciones de los testigos indicados el valor que más adelante se consigna, en relación a lo que es pertinente para decidir el objeto del proceso.

2. EN CUANTO A LA PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA Y LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTOS

Que en lo que se refiere a la prueba documental, las partes han acompañado los siguientes documentos:

2.1. La parte de XX

- 1) Los documentos acompañados en el primer otrosí del escrito de demanda de fs. 60 y siguientes, consistentes en:
 - a) Copia del “Cierre de negocios y promesa de compraventa” de fecha 4 de enero de 2006.
 - b) Acta notarial levantada por el Notario de Santiago don NT3, de 14 de febrero de 2006; y
 - c) Certificación Notarial del Notario de Santiago don NT2, de 15 de febrero de 2006. Dichos documentos fueron acompañados en la forma prevista por la ley, y no fueron objetados por la contraparte.
- 2) El documento acompañado en el otrosí del escrito de demanda de fs. 281, consistente en la escritura pública de fecha 23 de diciembre de 2003, relativa a la obligación de pagar un derecho de llave. Dicho documento no fue objetado por la contraparte.
- 3) Los documentos acompañados en el escrito de fs. 283 consistentes en:
 - a) Carta de fecha 3 de diciembre del año 2007, emanada de la empresa TR8;
 - b) Carta de fecha 29 de octubre del año 2007, emanada de la empresa TR4;
 - c) Carta de fecha 11 de diciembre del año 2007, emanada de la empresa TR9;
 - d) Copias signadas con las letras A1 hasta la A 70, relacionadas al análisis de cuentas contables del Activo y Pasivo de TR1;
 - e) Copias signadas con las letras B1 hasta la B 17, correspondiente a información comercial y financiera, relacionada a la sociedad TR1;
 - f) Copias de comprobantes contables que dan cuenta de la emisión de cheques por parte de TR1;
 - g) Copias de siete resoluciones emitidas por Autoridades Sanitarias, relativas a la autorización de funcionamiento de TR1;
 - h) Doce copias que dan cuenta de pagos de XX, a TR4 por deuda de arrastre al 31 de diciembre del año 2005; y
 - i) Copias de antecedentes de empresas relacionadas a TR1.

Los documentos recién reseñados en las letras a) a la i) fueron acompañados con citación.

A fs. 309, la parte de don ZZ1, haciendo uso del plazo de citación procedió a objetar los documentos antes indicados por los siguientes motivos: 1°) Los documentos individualizados con las letras a), b), e) y g) de la presentación de la contraria, por corresponder a meras copias simples y no originales, emanar de un tercero que no es parte en el proceso, no constando de modo alguno la autenticidad de los mismos; y 2°) Los documentos individualizados en las letras d), e), f), h) e i) por emanar de la parte contraria, además de corresponder a copias simples, y no originales, no constando, por cierto, su autenticidad.

A fs. 310 se dio traslado de dicha objeción, en relación a la pretendida falta de autenticidad de los documentos.

Resolviendo acerca de dicha objeción, este Árbitro procede a acogerla, negando valor probatorio a todos los instrumentos privados emanados de la parte y de terceros que no han comparecido reconociéndolos en el presente juicio.

2.2. La parte de don ZZ1

Esta parte procedió a rendir la siguiente prueba documental:

- 1) A fs. 240, se acompaña la copia del Informe *due diligence*, elaborado por los auditores CO. Dicho documento fue agregado con el N° 1 al cuaderno de documentos.
A fs. 273 la parte de XX, deduce una objeción respecto de este documento por razones de forma y de fondo.
Resolviendo acerca de dicha objeción, este Árbitro procede a acogerla, negando valor probatorio a dicho instrumento privado emanado de un tercero, por no haber sido reconocido en el juicio.
- 2) A fs. 211 se solicitó una exhibición de documentos que existirían en poder de un tercero. Dicha diligencia fue decretada con fecha 5 de diciembre de 2007, en la forma acordada por las partes en la audiencia de fs. 238. A fs. 295 rola el “acta de exhibición de documentos”, que da cuenta la forma cómo se practicó esta diligencia en las dependencias de TR1, ubicadas en DML. A fs. 315 se agregó la carta emanada de TR2, a través de la cual se pusieron a disposición del Tribunal Arbitral los documentos que se detallan en anexo adjunto. Dichos documentos fueron agregados al proceso mediante la resolución de fs. 334, concediendo un plazo de cinco días a la parte de don ZZ1 para hacer sus observaciones, sin que éste haya realizado alguna presentación u objeción en torno a dichos documentos emanados de un tercero, salvo las consideraciones probatorias contenidas en su escrito de observaciones a la prueba de fs. 348 y siguientes.

2.3. Justificación jurídica de las impugnaciones acogidas respecto de la prueba documental

Que las objeciones acogidas respecto del valor probatorio que corresponde asignar a los instrumentos privados, que no han sido reconocidos en el juicio, constituye un deber jurídico insoslayable para este compromisario, que ha sido designado por las partes en calidad de Árbitro Mixto.

Que lo anterior se ve reforzado por lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, indicando para este tipo de Árbitros que, “(...) *debe precisarse que la aplicación estricta de la ley en la sentencia definitiva debe entenderse tanto referida a los preceptos de fondo como a las reglas de apreciación de la prueba. De lo anterior se deriva que, al tratarse en la especie de una materia civil, dicha valoración se efectúa según las reglas comunes del código de enjuiciamiento correspondiente. Por esta razón no le es lícito a las partes, como hubiese sido en el caso de un Árbitro Arbitrador, substraerse a tal imperativo legal y otorgarle al Árbitro facultades distintas a la que establece la ley, de lo que se sigue que es contrario a derecho convenir que un Árbitro mixto aprecie la prueba en conciencia*” (CS. 3 de enero de 2000, F. del M. N° 494, p. 3071).

Que por otra parte, correspondía aplicar en este caso un principio básico de nuestro sistema probatorio civil, respecto del nulo valor que debe darse a los instrumentos privados que no han sido reconocidos en juicio.

A mayor abundamiento, la limitación anterior ha sido aplicada en decenas de oportunidades por nuestros Tribunales, tal como consta de las siguientes sentencias:

- a) “...*si un documento no emana de la parte contra quien se hace valer no puede producir el valor probatorio que establece el Artículo 1.702 del Código Civil*” (CS., 19 de octubre de 1977, RDJ, t. LXXIV, sec., 1ª, p. 142).

- b) *“El documento privado se caracteriza, sustancialmente, por no estar protegido por la fe pública que se debe a los instrumentos públicos y que proviene de la participación de un funcionario público en su formulación, cumpliendo formalidades especiales. De tal manera, el instrumento privado sólo hace prueba cuando ha sido reconocido dentro del juicio y el que no lo ha sido, carece de todo mérito, incluso como base de presunción judicial”* (C. de Ap. de Santiago, 26 de mayo de 1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 2ª, p. 69).
- c) *“Un documento privado emanado de un tercero no es sino una prueba testifical rendida sin las formalidades legales y consiguiente nula y carente de mérito de prueba, incluso como base de una presunción judicial”*.

“El hecho que a un documento privado se adicione una certificación notarial, no lo convierte en público así como tampoco podría variar la calidad de este último por anotarse en él una mención que sólo signifique la dación de un instrumento privado”. (Corte Apelaciones Santiago, 16 de agosto de 1990, RDJ, t. LXXXVII, sec. 2ª, p. 100).

Que como consta en cada uno de los considerandos de la presente sentencia, en ella solamente se procederá a dar valor probatorio a los documentos que estén reconocidos, al haber cumplido las exigencias legales que permiten ponderarlos como un medio de prueba.

3. EN CUANTO AL FONDO

Primero: Que es un hecho no controvertido que las partes han celebrado el contrato denominado como “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, suscrito con fecha 4 de enero de 2006 ante el Notario don NT1. El referido contrato se tuvo por acompañado en parte de prueba, y no fue objetado por las partes.

Segundo: Que, de los escritos del período de discusión queda en evidencia que las partes se imputan recíprocamente el incumplimiento del referido “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, en los términos que da cuenta la parte expositiva.

Asimismo, ninguna de ellas ha deducido una acción para obtener el cumplimiento forzoso de dicho acto, coincidiendo en solicitar la declaración de una serie de efectos jurídicos, tendientes a obtener una indemnización de perjuicios.

Tercero: Que, en virtud del principio de la congruencia procesal, este Árbitro sólo puede acoger la demanda, desestimando la reconvencción, o por el contrario, rechazar la demanda y admitiendo la reconvencción.

Cuarto: Que, conforme a lo expuesto en la parte expositiva, el objeto de la controversia obliga, en primer término, a establecer el tipo de incumplimiento surgido en relación al “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, de 4 de enero de 2006. Una vez clarificado lo anterior, corresponde al Árbitro pronunciarse sobre los efectos que las partes atribuyen a ese hecho jurídico, con especial referencia a la cláusula penal invocada como fundamento de las indemnizaciones que recíprocamente se reclaman.

Quinto: Que en lo que dice relación con la primera cuestión a resolver, es relevante considerar el objeto del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, de fecha 4 de enero de 2006. En dicho acto, XX, prometió vender 4.000 acciones a los promitentes compradores, con el objeto que éstos ingresaran a tomar el control de la sociedad TR1. El objeto del contrato materia de este juicio se contiene básicamente en las siguientes cláusulas:

- a) **Cláusula primera: Declaraciones previas:** (a) La sociedad XX, declara ser una sociedad anónima cerrada, legal y válidamente constituida bajo las leyes de la República de Chile, cuyo extracto se encuentra inscrito en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago el año 2003, y publicado en el Diario Oficial de fecha dos de agosto de 2003. (b) La sociedad XX, declara ser titular y propietaria de cuatro mil acciones (en adelante las acciones), válidamente emitidas, de la sociedad anónima cerrada denominada TR1 (en adelante la compañía), del giro de su denominación, las cuales se encuentran íntegramente suscritas y pagadas, y que se encuentran inscritas en el respectivo Registro de Accionistas de la compañía, bajo el número cero uno. Declara además, que las acciones representan a esta fecha el ochenta por ciento de la totalidad de la propiedad accionaria de la compañía. Declara además que un cincuenta por ciento de dichas acciones, esto es, dos mil acciones se encuentran a esta fecha dadas en prenda a la sociedad TR4, para garantizar el pago del saldo de precio que en su oportunidad adeudaba la sociedad TR12. (c) La sociedad XX, declara ser dueña y titular, además, de créditos que ha concedido a la compañía desde el mes de agosto del año 2003 hasta esta fecha, que ascienden a un total de cinco mil trescientos cincuenta y cuatro millones ochenta y tres mil quinientos ochenta y siete pesos, moneda corriente nacional (en adelante los créditos). Los títulos donde constan los créditos se adjuntan en copia en el Anexo C. (d) Por último, la sociedad XX, declara que la compañía es dueña y titular del derecho de llaves del edificio TM, ubicado al interior del centro comercial denominado TR4, en donde actualmente la compañía opera la clínica TR2, derecho de llaves que consta en la escritura pública de fecha veintitrés de diciembre de 2003 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT4, repertorio número treinta y un mil setecientos trece.
- b) **Cláusula segunda: Promesa de compraventa:** (a) Por el presente instrumento, el promitente vendedor, debidamente representado según se indica en la comparecencia, y sujeto a las condiciones que se indican en la cláusula cuarta, promete vender ceder y transferir al promitente comprador, las acciones y los créditos, en los términos y condiciones que da cuenta el presente instrumento. (b) Por su parte, el promitente comprador, por sí y en la representación que da cuenta la comparecencia, y también sujeto a las condiciones que se indican en la cláusula cuarta, promete comprar y adquirir las acciones y los créditos, en los términos y condiciones que da cuenta el presente instrumento.
- c) **Cláusula tercera: Precio, fecha de cierre y demás condiciones generales de la venta.**
Párrafo uno: Precio de venta: (a) El precio de la compraventa prometida, que incluye tanto las acciones como los créditos (en adelante el precio), será el resultante de sumar las cantidades que se indican a continuación: (a.uno) acciones. La cantidad de cuarenta millones de pesos, moneda corriente nacional, en adelante pesos; y (a.dos) créditos. La cantidad de dos mil cuatrocientos ochenta y cinco millones de pesos. Párrafo dos: fecha de cierre. La transferencia de las acciones y de los créditos se perfeccionará mediante una escritura pública de compra y venta de acciones y una escritura pública de cesión de créditos (en adelante los contratos definitivos) que deberán suscribir las partes a más tardar el día quince de febrero del año dos mil seis (en adelante la fecha de cierre). Párrafo tres: Condiciones generales de la venta: Las partes acuerdan que los contratos definitivos contendrán estipulaciones normales para este tipo de transacciones, y en especial incluirán las siguientes estipulaciones acuerdos, obligaciones y declaraciones, según corresponda: (a) El precio será pagado a más tardar el día treinta de marzo de dos mil seis. (b) Las acciones deberán: /i/ estar debidamente emitidas, inscritas a nombre del promitente vendedor; y /ii/ estar libres de prendas, gravámenes, prohibiciones, acciones resolutorias, embargos y litigios, excepto la prenda y prohibición constituida en beneficio de TR4 y que consta de la escritura pública de fecha veintinueve de diciembre de 2003 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT5, y que tuvo por finalidad caucionar las deudas de arrastre generadas por el contrato de arrendamiento de TR12, y que totalizan a esta fecha dos mil acciones. (c) Al suscribir los contratos definitivos en los mismos instrumentos, las partes

renunciarán en forma expresa y en el mismo acto a las acciones resolutorias que pudieren emanar de dichos contratos. (d) El promitente comprador al momento de suscribir los contratos definitivos, deberá entregar una boleta de garantía bancaria otorgada por un banco de la plaza, que deberá estar con vigencia permanente hasta el día diez de abril del año 2006, en favor del promitente vendedor, por el cien por ciento del monto del precio. Dicha boleta será devuelta al promitente comprador en el momento que éste pague el precio, al contado y en dinero efectivo el día treinta de marzo del año 2006. Si al vencimiento de dicha fecha, esto es, el treinta de marzo del año dos mil seis, el promitente comprador no ha pagado total e íntegramente el precio, en los términos convenidos, el promitente vendedor estará facultado para cobrar dicha boleta de garantía bancaria sin más trámite y de pleno derecho, e imputar dicha cantidad al precio. (e) La compañía se encontrará al día en el pago de los tributos y patentes que le correspondan. (f) La compañía, se encontrará al día en el cumplimiento de todas sus obligaciones laborales. (g) La compañía contará con todas las autorizaciones necesarias para operar la clínica TR2, de la manera en que lo hace a esta fecha. (h) Que al momento de la celebración de los contratos definitivos renunciarán todos los directores de la compañía. (i) Los créditos constarán en un título válido para ejercer su cobro, y que consistirá en una escritura pública de reconocimiento de deuda. (j) El gerente general señor R.F. renunciará voluntariamente al cargo, y otorgará un finiquito suscrito en conformidad a la ley. (k) No se habrá modificado ningún contrato vigente y que sea material para el adecuado desarrollo del giro ordinario de la compañía. (l) La compañía, entre esta fecha y la fecha de celebración de los contratos definitivos, // deberá haber mantenido una posición financiera sustancialmente similar a la actual, la cual se contiene en un balance preparado al treinta y uno de octubre de dos mil cinco y que se adjunta al presente instrumento como Anexo E; /iii/ no habrá aumentado su endeudamiento más allá de operaciones normales dentro de su giro ordinario; y /iii/ no habrá contraído obligaciones fuera del giro del negocio. (m) Que se liberen todas las garantías personales otorgadas por el promitente vendedor, y por los señores A.S. y R.F. y por la sociedad denominada TR3, para garantizar obligaciones de la compañía.

d) **Cláusula cuarta: Condiciones y plazo:** (a) El otorgamiento de los contratos definitivos se encuentra sujeto al cumplimiento, dentro del plazo de cuarenta días contados desde esta fecha (en adelante el plazo), de la siguiente condición suspensiva: (i) Que los permisos que se individualizan en el Anexo F deberán encontrarse debidamente otorgados por el Ministerio de Salud o por las demás autoridades competentes que corresponda. (b) (b.uno) En el evento que la condición indicada precedentemente se cumpla dentro del plazo, las partes se obligan a celebrar los contratos definitivos a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede cumplida la condición precedente, y en todo caso a más tardar en la fecha de cierre. (b.dos) Por el contrario, en el evento que la condición indicada en la letra (a) anterior no se cumpla dentro del plazo, dicha condición se entenderá fallida, y en consecuencia, el presente contrato de promesa de compraventa quedará sin efecto y no será ejecutable en contra de ninguna de las partes, sin necesidad de declaración judicial alguna y sin responsabilidad para alguna de las partes, salvo que el incumplimiento de la condición se deba al hecho o culpa de alguna de las partes. (c) Se deja testimonio que la condición contenida en la letra (a) anterior es en el solo beneficio del promitente comprador, quien podrá renunciar a ella, lo cual sólo podrá hacer por escrito, en cuyo caso la condición renunciada se tendrá por cumplida.

e) **Cláusula quinta: Otros acuerdos:** Por este acto, y en atención a la celebración de la promesa de compraventa contenida en este instrumento, las partes acuerdan lo siguiente: (a) EL promitente comprador se obliga a que, entre esta fecha y la fecha de celebración de los contratos definitivos, liberará por pago, novación u otro modo de extinguir que resulte equivalente, todas las garantías otorgadas para garantizar las obligaciones contraídas por TR1, y que hayan otorgado la sociedad XX, los señores A.S., y R.F., todos ya individualizados, y la sociedad denominada TR3.

Sexto: Que una lectura del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, en especial de las cláusulas transcritas en el considerando anterior, revela que las partes han convenido una operación jurídica para proceder a la adquisición de un conjunto relevante de las acciones en una sociedad de capital, y por otra, a la cesión de un conjunto de créditos cuyo titular es la misma cesionaria de las acciones, esto es, XX. Que bajo tal esquema no queda duda de que los promitentes compradores buscaban tomar el control del negocio de TR2, hecho que se debe tener por probado con el mérito de las cláusulas del contrato antes referidas.

Séptimo: Que, al tener como objeto el contrato prometido la transferencia de una parte del capital social, el adquirente, por ese solo hecho, está asumiendo una serie de efectos, tanto en los activos como en los pasivos de la sociedad. Como suele ocurrir en este tipo de contratos, las partes incorporan una serie de cláusulas tendientes a regular una serie de aspectos de la más variada índole, a través de la incorporación de cláusulas de ajustes o reajustes de precio, de renuncia de directores y gerentes, de realización de auditorías o de *due diligence*, de entrega de información con obligación de confidencialidad, procedimientos para realizar ajustes de pasivos sobrevenidos, entre otras tantas cuestiones. Lo anterior se explica por el hecho que este tipo de operaciones, por su propia naturaleza, conlleva una serie de resultados jurídicos y económicos, dependiendo del porcentaje de acciones que involucre la operación. En el presente caso, atendido el porcentaje del capital accionario prometido transferir, que involucraba un ochenta por ciento de las acciones, no hay duda que la promitente compradora tenía interés de tomar el control en la gestión y desarrollo de un negocio instalado en el área de la salud.

Octavo: Que el negocio proyectado no debe ser confundido con las obligaciones que surgen del contrato preparatorio de promesa, especialmente cuando las partes han cumplido con todas las exigencias previstas en el Artículo 1.554 del Código Civil, para que dicho contrato produzca el efecto de obligarse jurídicamente. De hecho, las partes no han discutido en este juicio acerca de la validez y obligatoriedad del contrato de promesa, centrando su disputa en acusaciones recíprocas de incumplimientos que les permitirían liberarse de sus efectos con una indemnización de perjuicios.

Noveno: Que la parte de don ZZ1 ha sostenido que XX, ha incumplido las siguientes obligaciones: i) No haber proporcionado los balances generales y sus análisis de cuentas con sus respectivos respaldos de fecha 31 de diciembre de 2005 de las sociedades TR1, TR5, TR6, y TR7, lo que, a su juicio, no permitió aplicar procedimientos de revisión para establecer la validación de sus activos y pasivos; ii) No haber mantenido un libro auxiliar detallado; iii) Respecto de las cuentas por cobrar y/o pagar a empresas relacionadas, no haber proporcionado un detalle de las transacciones efectuadas entre las compañías ni de la composición de sus saldos. Asimismo, se alega que dichos saldos no se habrían encontrado documentados mediante contratos y/o pagarés, en los cuales se determine el capital, plazos, intereses y demás condiciones de respaldar; iv) Respecto de la indemnización a todo evento pactada con los empleados de TR1, se alega que la promitente vendedora no efectuó el cálculo de este pasivo, y no haber proporcionado los antecedentes necesarios para determinar el monto de este pasivo (que a juicio de una auditoría ascendería a \$ 90.000.000); v) No haber proporcionado el Informe de Deudas emitido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para las sociedades, no pudiéndose con ello confirmar el estado real y actual de las obligaciones bancarias con las instituciones financieras; vi) Que considerando el balance general proporcionado por la Administración al año 2005, e incluyendo los ajustes y/o reclasificaciones determinados como resultado de la revisión que habría practicado la promitente compradora, la sociedad presentaría un patrimonio neto negativo de \$ (1.778.609.286); vii) No haber entregado los análisis de cuentas y los respaldos pertinentes, impidiendo auditar activos por la suma de \$ 5.908.557.464 y pasivos por \$ 6.000.799.756; viii) Que TR1, presentaría dentro de su activo tributario la cuenta derecho de llaves, por un monto de \$ 1.199.250.000, generada por una transacción que no sería representativa de dicho concepto, lo cual podría, a juicio del señor ZZ1, ser cuestionado ante una eventual fiscalización por parte del Servicio de Impuestos Internos; ix) Que existiría un faltante

de inventario por la suma de \$ 126.29.022 correspondiente a una reveladora láser; x) Que en cuanto al Capital Propio Tributario año 2004, considera la deducción de los activos en leasing por un monto de \$ 230.301.594, de acuerdo a la revisión el monto a ser deducido es de \$ 1.756.985.437. Similar situación se sostiene se presentaría en el año 2005, al no deducir los activos en leasing por un monto de \$ 1.706.740.982; xi) Que en relación con el Impuesto al Valor Agregado, se habría declarado un menor Impuesto al Valor Agregado al no considerarse dicho tributo en el cobro de los servicios no cubiertos en los planes previsionales determinados por las Isapres y por Fonasa. Al existir un faltante de inventarios por \$ 126.209.222, se concluye que el Servicio de Impuestos Internos podría determinar que estamos frente a una venta afecta al Impuesto al Valor Agregado; xii) Que la sociedad demandada habría subarrendado a determinadas Isapres algunos espacios en el edificio TM, emitiendo facturas exentas de impuesto al valor agregado, situación que se sostiene vulneraría el Artículo 8, letra g de la Ley del IVA; xiii) Finalmente, se sostiene que en relación a ciertos aspectos legales la sociedad estaría demandada en juicios civiles y laborales por la suma de \$ 87.673.655 y deudas previsionales por \$ 2.462.176.

Décimo: Que a juicio de este Árbitro, los hechos señalados como constitutivos de incumplimiento por parte de XX, no tienen el mérito de eximir a la parte promitente compradora de cumplir con las obligaciones del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, atendido que, en rigor, se trata de una serie de circunstancias que cualquier contratante pudo haber exigido conocer antes de proceder a la suscripción del contrato preparatorio materia de la litis. Asimismo, algunas de las imputaciones dicen relación con eventuales contingencias futuras de carácter tributario, que son inherentes a una operación de esta especie. La circunstancia que la promitente compradora haya consentido libremente en querer adquirir una parte considerable del capital social en una sociedad de capital, de la forma como antes se ha explicado no le permite, a juicio de este sentenciador, esgrimir la existencia de contingencias tributarias, legales y laborales como infracciones contractuales que la liberen de tener que cumplir con sus obligaciones. Como anticipaba, cuando se pretende adquirir acciones en una sociedad de capital se asumen ciertos riesgos económicos inherentes a la actividad, especialmente frente a obligaciones de origen legal. Que en este orden de ideas, un especial valor debe darse a la confesión judicial espontánea de la parte de don ZZ1, prestada a fs. 127 y 128 de autos, cuando reconoce haber recibido el balance general proporcionado por la Administración al año 2005, donde se presentaría un patrimonio neto negativo de \$ 1.778.609.286. A juicio de este Árbitro, el hecho de haber conocido esa información de su contraparte no le permite invocar esa circunstancia como un hecho constitutivo del incumplimiento contractual que imputa a su contraparte. Pretender desconocer en este juicio los efectos de esa información llevaría a infringir una de las manifestaciones del principio de la buena fe contractual, reconocido en el Artículo 1.546 del Código Civil, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Undécimo: Que, en relación a esta pretendida infracción del deber de información que sustenta la defensa de don ZZ1, y su proyección en la demanda reconvencional, en la prueba testimonial surgieron una serie de antecedentes acerca del comportamiento de las partes en la etapa anterior a la suscripción del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, que revelan la existencia de una etapa precontractual, en los términos que pasamos a reseñar:

- a) A fs. 225 consta la declaración de don G.D., quien juramentado legalmente e interrogado al tenor de los puntos de prueba de fs. 188, declaró: que trabaja desde el año 2003 como contralor administrativo; bajo su responsabilidad estaba toda el área contable de la clínica TR1. Según el testigo, participó en una serie de reuniones relativas al negocio de autos, entregando todos los antecedentes necesarios, precisando que, “entre estos antecedentes se cuentan: toda la información contable, la información legal de la clínica”. Conforme a este testigo, “estos documentos fueron básicos para el cierre de negocios. Dichos antecedentes se comenzaron a entregar durante los meses de agosto y septiembre del año 2005, en adelante”. Luego, el referido

testigo precisó que, “dentro de las obligaciones de XX, estaba la de entregar la información de TR1, para efectos de verificar los activos y pasivos de los anexos del contrato promesa de cierre de negocios. Esto se cumplió en el período comprendido entre el día 16 de enero del 2006 y finales del mismo mes, fecha en la cual se presentaron los auditores CO”. Al respecto el testigo afirma que, “desde agosto del 2005, hasta enero del 2006, fecha de firma de la promesa, a la promitente compradora se le abrió la puerta de la clínica, teniendo acceso a toda información, y participaron activamente en la Administración de la clínica”. Más adelante, sobre el mismo tema agrega que, “durante todo ese período, se le entregó mucha información con el ánimo de que ellos tomaran la mejor decisión, siendo la información entregada, clara y transparente, porque los registros de todo tipo que quisiéramos ubicar no tienen una data mayor a octubre del 2003, por lo tanto, la información sobre todo la contable, era muy fácil de analizar”.

Al ser contrainterrogado el testigo señor G.D. acerca de cómo entregaba la información a la parte promitente compradora, específicamente, si existía alguna carta conductora o antecedente físico recepcionado por los promitentes compradores, respondió: “Desde el mes de agosto del 2005 en adelante, se fue entregando a los señores promitentes compradores, información relativa a la gestión de la clínica, ya sea en archivos Excel, enviados por e-mail, o directamente en pendrive, para que ellos pudieran analizar y tomar la mejor decisión para la adquisición de la clínica TR1, y pudiesen evaluar mediante esta información, su proyecto futuro. No existía otro método de entrega para que ellos pudiesen utilizar los mismos antecedentes en la evaluación de su proyecto”.

- b)** A fs. 241 consta la declaración de don C.W., quien juramentado legalmente e interrogado al tenor de los puntos de prueba de fs. 188, declaró: que fue médico de TR1 y ejerció el cargo de director médico desde septiembre del 2004 hasta mayo del 2006. Acerca de sus funciones precisa que, “el director médico es un cargo que corresponde a una alta gerencia, en la práctica, y trabaja en conjunto con el gerente general de una clínica u hospital. No hay una subordinación directa, pues se trata de dos cargos distintos”. Para lo que aquí importa acerca de la entrega de información, el testigo señor C.W. expone que durante el segundo semestre del año 2005 se les informó en uno de los comités ejecutivos la intención de un grupo de médicos, además de inversionistas, de comprar la empresa. Precisa que se está refiriendo a los señores ZZ1 y ZZ2. En ese mismo acto se les puso en conocimiento “que a partir de ese momento, los doctores indicados y terceras personas designados por ellos, nos pedirían información respecto a la empresa y el manejo de ella en las áreas respectivas”. Continúa luego explicando que, durante los meses de agosto en adelante, se suscitaron una serie de reuniones y del punto de vista médico, los doctores pidieron los currícula de todos los médicos que trabajaban en ese momento en la clínica. Según el testigo, le tocó entregar la información requerida, consistente en los currículos de 180 médicos, indicando que no hubo un documento formal de entrega ya que durante ese tiempo se generó un período de desorden administrativo debido a un cogobierno, en la cual los doctores ZZ1 y ZZ2 en conjunto con un grupo de asesores, trabajaron físicamente en la clínica, recabando información y al mismo tiempo, participando en la gestión. “Por lo tanto, ellos pedían directamente información, causa por la cual no existió ninguna acta de entrega de dicha documentación”.
- c)** A fs. 248 consta el acta con la declaración de don J.P., quien juramentado legalmente e interrogado al tenor de los puntos de prueba de fs. 188, declaró: que es el subgerente de recursos humanos de TR1, desde el año 2003 a la fecha. Según el testigo, a él le correspondió aportar antecedentes respecto de la situación laboral, a través de varios canales, entre éstos están auditores CO, a fines del 2005. “Esto ocurrió en el segundo semestre del año 2005”, donde aportó “una planilla, en Excel, al subgerente de administración y finanzas de la clínica, que contenía información solicitada por el señor ZZ1. Este último trabajó con don A.F., subgerente de finanzas de la clínica. En la oficina del señor A.F., el señor ZZ1 solicitaba antecedentes, uno de los cuales me tocó aportar”. “La planilla consistió en información referida a la dotación completa de la

clínica, indicando en ella remuneraciones, antigüedad, fecha de ingreso, indemnizaciones. Era una planilla de cálculo que establecía los costos que la empresa tenía respecto de su personal. El universo del personal contenido en la planilla era de 280 personas, aproximadamente”.

- d) A fs. 255 consta la declaración de doña I.M., quien juramentada legalmente e interrogada al tenor de los puntos de prueba de fs. 188, expuso: que tuvo una relación laboral de seis años con TR1, como secretaria de la gerencia general. Su relación laboral concluyó el día 26 de diciembre de 2006, por necesidades de la empresa. Conforme a los dichos de la testigo, el doctor ZZ1 empezó a ir a la gerencia el año 2005. Para lo que aquí importa, acerca de la etapa pre contractual y la entrega de información, expone que el señor ZZ1 “tenía una muy buena relación con don R.F., y la información que él solicitaba, era derivada a la gerencia que correspondía. Don R.F., en ese tiempo, lo recibía constantemente, física y por teléfono, siempre estaba hablando con él. Yo por lo menos, veía que ellos tenían una excelente relación. El doctor ZZ1 podía llegar en cualquier momento y era recibido por don R.F., cuando estuvieron en conversaciones para que el doctor ZZ1 adquiriera la clínica. En ese período de conversaciones, a mi se me prohibió entregar información de ningún tipo, al doctor ZZ1”. Agrega que, como secretaria, en algún momento le tocó armar archivos con información de TR1, pero que ella se las entregaba al gerente general, “y él las distribuía, no sé a quién. En algún momento me pidió que armara un set de cinco archivos, de mucha información, según recuerdo, a mediados del 2005, pero yo se las entregué a él, y él las distribuyó, lo que no me consta”.
- e) A fs. 259 consta la declaración de don E.E., quien juramentado legalmente e interrogado al tenor de los puntos de prueba de fs. 188, expone que fue contratado para hacer un estudio de evaluación económica del proyecto médico que se pretendía hacer el TR1. Conforme lo indica a fs. 260, su informe lo hizo considerando el contrato de cierre de negocios y sus anexos. Según el testigo, “Sobre los anexos que aparecen en el contrato, y que eran constitutivos del contrato de compraventa, se realizó la evaluación financiera del proyecto médico que se pretendía realizar en TR1. También me correspondió la contratación de una empresa de auditores, que era CO, para verificar si la información que aparecía en esos anexos, era la que correspondía” (fs. 260 y 261).

Duodécimo: Que, las declaraciones anteriores permiten dar por acreditado que en relación a la entrega de la información se deben distinguir dos etapas. La primera, que es previa a la suscripción del contrato de fecha 4 de enero de 2006. Y un segundo período, que va desde la suscripción del “Cierre de negocios y promesa de compraventa” hasta el día 15 de febrero de 2006.

Decimotercero: Que, la existencia de una etapa previa, de carácter precontractual, se ve ratificada además por el mérito de la carta de fecha 14 de febrero de 2006, acompañada a fs. 100 y siguientes por la promitente vendedora, y que no fue objetada por la promitente compradora. En dicho instrumento la promitente vendedora reconoce que los promitentes compradores le entregaron, la suma total de \$ 951.000.000, en diez cuotas, a partir del 29 de diciembre de 2005. Dichos montos fueron depositados en las cuentas corriente del banco BO1, banco BO2 y transferencias electrónicas que allí indica la parte promitente compradora.

Decimocuarto: Que la distinción de dos períodos en la ejecución de este negocio importa en relación al efecto jurídico que tiene el cumplimiento del deber de información entre las partes. Para la etapa precontractual, la infracción al deber de información puede generar una hipótesis de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, la que está sujeta a las reglas de la responsabilidad civil precontractual, acción que en ningún caso puede ser considerada como materia de este juicio. En cambio, una vez suscrito el contrato, la vulneración al deber de información que recíprocamente se deben las partes debe ser analizada aplicando las reglas de responsabilidad contractual, en este caso, si los hechos que aduce la parte demandada y actora reconvenzional permiten configurar un incumplimiento que permita declarar a este Árbitro la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.

Decimoquinto: Que, conforme consta del mérito de la prueba testimonial rendida en la causa, se debe dar por acreditada la existencia de una etapa precontractual, con una duración de varios meses. Según coinciden los testigos de las partes, la futura promitente compradora tuvo la oportunidad de recibir y recabar, en terreno, la información acerca del funcionamiento de varios aspectos de la clínica TR2, negocio al que pretendían ingresar a través de la suscripción del contrato de cierre de negocio y promesa de compraventa materia de este juicio.

Ahora, la existencia de una etapa precontractual, anterior al 4 de enero de 2006, lleva a concluir al suscrito que la promitente compradora tuvo la oportunidad y el tiempo razonable para contrastar la veracidad y la seriedad de la información recibida, antes de proceder a suscribir el contrato preparatorio materia de este arbitraje.

Decimosexto: Que en lo que respecta a la fase contractual, el deber de información está incorporado fundamentalmente en la cláusula sexta del contrato de cierre de negocio y promesa de compraventa, y se refiere a la confección de un *due diligence*. Que del tenor literal de la citada cláusula se debe dar por acreditado que la confección de dicho documento "(...) tendrá como única y exclusiva finalidad, establecer las variaciones del precio, en función de las diferencias que se establezcan en los saldos de activos y pasivos sujetos a esta revisión y que se indican en los Anexos señalados en el presente instrumento" (fs. 84 y 85 de autos). Que, la lectura de esta estipulación, cuyo valor está amparado por el mérito que en un Arbitraje de Derecho se debe dar a una escritura pública, permite concluir que las partes previeron que la entrega de la información apuntaba al ejercicio de la prerrogativa en relación al ajuste de precio de los contratos definitivos, debiendo desestimarse el efecto jurídico resolutorio que pretende la actora reconvencional sobre el particular.

Decimoséptimo: Que, sin perjuicio de lo resuelto en el punto II numeral 2 de la parte considerativa, acerca del nulo valor probatorio que se debe asignar al *due diligence*, es útil reflexionar sobre el alcance jurídico que tiene esta práctica comercial en relación al contrato materia de este juicio. En efecto, el sentenciador no desconoce que constituye un uso cada vez más arraigado en la ejecución de negocios complejos, como es la adquisición de empresas, que las partes convengan la confección de los informes denominados en la terminología anglosajona como *due diligence*. En general, este documento se refiere o alude a "*una revisión o investigación profunda de los aspectos más relevantes de una empresa o negocio que se pretende adquirir y que puede comprender, además de los aspectos legales, aspectos financieros, técnicos, de medio ambiente, de administración de recursos y relaciones industriales, de ventas y distribución, de propiedad intelectual y seguros, entre otras materias*" (Bahamondez Prieto, Felipe, "El Rol de los Abogados en los Procesos de Due Diligence en la Compra de Empresas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N° 3, 2002, p. 653). Ahora, para la realización del *due diligence* no existen criterios uniformes, pero la prudencia aconseja que su celebración se haga en el período anterior a formalizar la compra o suscribir cualquier obligación de compra futura, justamente para que con esta actuación de debida diligencia se eviten sorpresas futuras. Sin embargo, también en la práctica se puede convenir que esta actividad se postergue para una etapa posterior al acto de adquisición; en este último caso, su ejecución tardía no permite que esta práctica comercial opere como un control preventivo para obtener una mayor seguridad en la suscripción de los contratos preparatorios o definitivos.

Decimooctavo: Que en el presente caso, se debe insistir que las partes introdujeron la confección de un *due diligence* en los términos y para los efectos que dan cuenta las cláusulas quinta y sexta de la escritura de "Cierre de negocios y promesa de compraventa". Que de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 1.700 del Código Civil, al mentado *due diligence* sólo puede asignarse el efecto jurídico que las partes han convenido, y que como se ha dicho, sólo se preocupó de regular el derecho que tendría la promitente compradora en la rebaja del precio del contrato definitivo, prerrogativa que en este caso no pudo utilizar por no haber suscrito los contratos definitivos materia de la promesa.

Dicha prueba documental, además, coincide con la declaración del testigo de la parte de don ZZ1, don E.E. (fs. 259 a 267). Para lo que aquí importa, en la audiencia del 10 de diciembre de 2007, el referido testigo aportó sobre el punto en análisis lo siguiente: que él fue contratado por la promitente compradora para hacer un estudio de evaluación económica del proyecto médico que se pretendía hacer en TR2, con posterioridad a la suscripción del “Cierre de negocios y promesa de compraventa”. Y que el cierre de negocios y compraventa, que le fue exhibido en ese acto, fue el documento que usó para el encargo profesional. Concretamente el testigo señaló: “yo vi este documento, y conozco sus anexos, que es donde yo trabajé”. Más adelante, reitera la misma idea, precisando que su actuación se encaminaba a practicar “una evaluación económica financiera a partir de la información que aparecen en los anexos del contrato de compraventa”. Que, de esa declaración debe darse por acreditado que la intervención profesional allí reconocida fue contratada una vez que ya había suscrito el “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, descartando que el mencionado *due diligence* se haya acordado como exigencia previa a la suscripción de los contratos prometidos.

Decimonoveno: Que de lo expuesto en los considerandos anteriores, se concluye que el resultado del *due diligence* no puede configurar una hipótesis de resolución de contrato. Por una parte, no existen antecedentes probatorios que permitan fundar esta conclusión. Y, en segundo lugar, la prueba aportada revela que las partes introdujeron la confección de ese documento para un ajuste del precio del contrato definitivo que no se llegó a suscribir. En consecuencia, aplicando la propia ley del contrato no es admisible acceder a la tesis de la promitente compradora para que se le exima de haber suscrito el contrato de compraventa prometido fundada en los efectos que atribuye al mentado *due diligence*.

Vigésimo: Que, conforme a la prueba aportada a la causa, ha sido la conducta asumida por la promitente compradora la que ha llevado a que el contrato de cierre de negocio y promesa de compraventa no produzca sus efectos, al no haber concurrido a suscribir el contrato prometido en la fecha acordada y al no haber cumplido las condiciones estipuladas por las partes. La conclusión anterior está probada por los siguientes antecedentes aportados al proceso:

- a) De lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, relativa al precio, fecha de cierre y demás condiciones generales de la venta. Allí se acordó que, “la transferencia de las acciones y de los créditos se perfeccionará mediante una escritura pública de compra y venta de acciones y una escritura pública de cesión de créditos (en adelante los contratos definitivos) que deberán suscribir las partes a más tardar el día quince de febrero del año 2006 (en adelante la fecha de cierre)”.
- b) De los documentos acompañados en el primer otrosí del escrito de demanda, a fs. 60 y siguientes, que en consonancia con la estipulación anterior permiten dar por acreditado que, no obstante la interpelación que surge del solo vencimiento del plazo pactado por las partes para la suscripción de los contratos definitivos, la promitente vendedora procedió a practicar un requerimiento extrajudicial. Esta actuación consta del Acta notarial levantada por el Notario de Santiago don NT3, de 14 de febrero de 2006, y de la certificación del Notario de Santiago don NT2, de 15 de febrero de 2006, ambos documentos no fueron objetados por la demandada y demandante reconventional.
- c) De la falta de antecedentes probatorios que acrediten que la promitente compradora cumplió con las obligaciones asumidas en el “Cierre de negocios y promesa de compraventa”, en especial las relativas al alzamiento de cauciones y presentación de una boleta de garantía para garantizar el pago del precio del contrato prometido.

Vigésimo Primero: Que, la resolución es un medio de defensa para una de las partes de la relación obligatoria, cuando sufre la inexecución de la prestación, y que no tiene ya razones suficientes para continuar vinculada por el acto o contrato. Para que se pueda declarar este efecto deben concurrir los

siguientes supuestos: 1º) Que se trate de un contrato bilateral; 2º) Que las obligaciones estén pendientes en cuanto a la época de su resolución; 3º) Que una de las partes haya incumplido en forma imputable lo pactado; y 4º) Que el contratante que pide la resolución debe haber cumplido por su parte o debe estar llano a cumplir en tiempo y forma.

En el presente caso no está controvertido en los hechos ni en cuanto al derecho que el contrato materia de autos es un contrato bilateral. Tampoco se discute el contenido obligacional asumido entre las partes.

Que, precisado el alcance y el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, y considerando que el incumplimiento proviene, en este caso, de la parte promitente compradora, corresponde rechazar íntegramente sus excepciones, alegaciones y defensas como la acción reconvenzional deducida en autos.

Vigésimo Segundo: Que desestimada la defensa y la reconvenición de la parte de don ZZ1, corresponde entrar a pronunciarse sobre las acciones deducidas por la parte de XX, las que se reducen a dos: una acción principal, para el cobro de la cláusula penal; y otra subsidiaria, relativa a la resolución de los perjuicios.

Vigésimo Tercero: Que, como primera cuestión, no ha existido discusión acerca de la existencia y los efectos de la cláusula penal incorporada en el “Cierre de negocios y promesa de compraventa”. La plenitud de sus efectos queda corroborada por el hecho que ambas partes pretenden el cobro de la misma pena en beneficio de sus pretensiones.

Vigésimo Cuarto: Que conforme se analizó en los considerandos precedentes, el incumplimiento en este caso se debe a la parte promitente compradora, motivo que resulta suficiente para acoger la acción principal deducida de XX, con los efectos que a continuación se pasan a explicar.

Vigésimo Quinto: Que, la cláusula penal es un instituto con ciertas peculiaridades, dentro de las que debe destacarse la posibilidad de proceder a su reducción judicial.

Vigésimo Sexto: Que, en el presente caso la rebaja que se hará a la cuantía de la cláusula penal viene admitida y solicitada incluso por la propia parte XX. En tal sentido ahorra mayores explicaciones el mérito del documento rolante a fs. 100 y siguientes de autos, consistente en una carta dirigida por la promitente compradora a los promitentes compradores; en lo pertinente allí se lee: “A pesar de la claridad de la obligación que precede, sólo han entregado y en las fechas que se detallan, la suma total de \$ 951.000.000, restando por enterar \$ 549.000.000” (fs. 101). Luego, en el mismo documento, a fs. 103, la promitente compradora concluye reconociendo que, “Considerando que conforme la cláusula referida, han ingresado \$ 951.000.000. Resta que enteren ahora a título de pena, la suma de \$ 299.000.000”. El referido documento no fue objetado por la contraparte, haciendo plena prueba en contra de la parte que lo presenta.

Lo anterior será reiterado por XX, en la demanda, tanto respecto de su acción principal de cobro de la cláusula penal, como en su acción subsidiaria de resolución de contrato. Allí se solicita explícitamente a este Tribunal que de acogerse su acción se rebaje de los \$ 1.250.000.000 “las sumas de dinero que este Árbitro estimare pudiera corresponder imputar”.

Vigésimo Séptimo: Que desde el punto de vista jurídico, los supuestos que permiten la reducción de la pena son básicamente dos: el incumplimiento parcial y la enormidad de la pena. Que en este caso, los antecedentes probatorios aportados a la causa permiten dar por establecido que en la ejecución de este negocio los promitentes compradores hicieron una serie de anticipos de dinero a los que nos hemos referidos en los considerandos anteriores.

Vigésimo Octavo: Que en este caso, no es irrelevante para la solución de la presente controversia que una de las partes vinculadas por un contrato bilateral, no obstante haber recibido una suma considerable de dinero, que ella misma cuantifica en \$ 951.000.000 (novecientos cincuenta y un millones de pesos), limite su acción principal exclusivamente a exigir la cláusula penal. Aunque dicha pretensión jurídica está indudablemente dentro de las posibilidades que admite nuestra legislación, en el Artículo 1.489 del Código Civil, dicha actuación debe ser ponderada en el contexto de una operación comercial compleja como la que se ha descrito en los primeros considerando de esta sentencia.

Vigésimo Noveno: Que aunque el negocio de adquisición del centro de salud no prosperó, por el incumplimiento de la promitente compradora, tal situación no puede derivar en una fuente de enriquecimiento para que la promitente vendedora reciba la suma de \$ 2.201.000.000 (dos mil doscientos un millones de pesos), sin que su contraparte haya recibido ninguna contraprestación a cambio. Lo anterior se ve reforzado por la circunstancia que en nuestro derecho el incumplimiento contractual no es por sí mismo una fuente de lucro, sino que es moderado por una serie de reglas, cuyo propósito es lograr soluciones de conflictos justas y al mismo tiempo conforme a derecho. Según lo destaca el profesor Daniel Peñailillo Arévalo, el principio de enriquecimiento sin causa rechaza el empobrecimiento de un patrimonio y el enriquecimiento correlativo de otro sin una razón que lo justifique. Este principio es conocido con distintas denominaciones, siendo las más divulgadas las de “enriquecimiento sin causa”, “enriquecimiento injusto”, “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento sin causa a expensas de otro”, etc. En el fondo, detrás de estas denominaciones se encuentra la invocación a un principio de justicia y equidad. Nuestros Tribunales han caracterizado al enriquecimiento sin causa como “principio de justicia universal” (Peñailillo Arévalo, Daniel, “Enriquecimiento sin causa. Principio y fuente de obligaciones”, en RDJ, t. XCIII, 1996).

Que en el presente caso, la invocación a este principio se justifica desde el minuto que XX, no ha realizado ninguna prestación patrimonial a beneficio de los promitentes compradores; en cambio, estos últimos, desde el inicio de la etapa precontractual que precedió a la suscripción del contrato de “Cierre de negocios y promesa de compraventa” anticiparon considerables sumas de dinero, que la promitente vendedora ha reconocido haber recibido en diversas declaraciones y actuaciones con pleno valor probatorio para este juicio.

Como se sabe, el principio del enriquecimiento sin causa ha servido en el campo jurídico para evitar que se produzcan desequilibrios patrimoniales, fundamentalmente frente a actos carentes de sustento jurídico. En nuestra jurisprudencia hay numerosas sentencias que explican un enriquecimiento injusto por la ausencia de causa. Así, la falta de existencia del contrato se traduce en una falta de causa de las obligaciones de las partes. En el presente caso, si un contrato prometido no se llegó a perfeccionar, no parece ajustado a la buena fe que la promitente compradora que adelantó parte del precio desde el inicio de la etapa precontractual, a la que ya hemos aludido, se vea luego obligada a pagar completamente la cláusula penal. Acceder a esta situación daría lugar, a juicio del sentenciador, a un enriquecimiento de aquellos que se deben corregir a través de la rebaja de la cláusula penal que admite nuestro derecho en los términos antes explicados.

Que a mayor abundamiento, como lo ha puesto de relieve un estudio del profesor Hernán Corral Talciani, el Código Civil de don Andrés Bello es heredero de una tradición histórica que hunde sus raíces en el derecho canónico y medieval (Corral Talciani, Hernán, “La reducción de la cláusula penal excesiva” en Revista Chilena de Derecho, vol. 27 N° 3, 2000, pp. 470-472). En palabras del autor referido, *“la posibilidad de que las estipulaciones penales fueran revisadas judicialmente, en caso de abusos manifiestos en contra de los intereses de los deudores, surgieron en la Edad Media de la mano de las inquietudes de los canonistas. Éstos comenzaron a mostrar preocupación por el tema a raíz de que, a través de cláusulas penales enormes, se infringían las prohibiciones existentes que intentaban reprimir la usura*

y los pactos de intereses excesivos”. “El Cardenal Ostiense parece haber sido quien primero afirmó en forma categórica la naturaleza resarcitoria de la cláusula penal, y sobre esta base consideró que la pena era judicialmente reducible si contrariaba el límite al que se sujetaba la indemnización de perjuicios en algunas disposiciones romanas (C.J. 7.47,1): es decir, al duplo del valor de la cosa que era objeto de la obligación”. “La doctrina del Ostiense influyó directamente en la doctrina del jurista francés Dumoulin, que al parecer constituye el nexo que une la doctrina sobre la cláusula penal forjada por la canonística y la que elaboraría la doctrina del temprano Derecho Civil racionalista”. Más adelante agrega, “el Modelo de la reducción judicial de la cláusula enorme fue asumido por el Código de Andrés Bello, el Código Civil chileno de 1855. El Código chileno establece, además del supuesto del incumplimiento parcial (Artículo 1.539), que “podrá pedirse que se rebaje” la cláusula penal, estableciendo tres casos: si se trata de la cláusula penal que asegura el contrato de mutuo (caso en el que se puede rebajar en todo lo que exceda al máximo del interés legal permitido); si se trata de otro contrato conmutativo en que tanto la obligación principal como la pena están fijadas en una cantidad determinada (caso en el que se puede rebajar la pena en cuanto exceda al duplo de la obligación principal “incluyéndose ésta en él”); por fin, si se trata de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado (caso en el que se encarga a la prudencia del Juez el moderarla, atendidas las circunstancias, si parece enorme) (Artículo 1.544)”.

Lo anterior ha sido aceptado también por nuestra jurisprudencia, admitiendo como una conducta ajustada a nuestro derecho positivo que el Juez pueda proceder, de oficio, a realizar esta rebaja (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de julio de 1907, RDJ, t. V. sec. 1ª p. 238).

Trigésimo: Que, por su parte, la rebaja que se viene justificando se ve avalada, además, por la común opinión de las partes acerca de la naturaleza que asignan al contrato de autos, esto es, una promesa de compraventa. En efecto, distinta sería la conclusión si el acto jurídico de marras se hubiera materializado exclusivamente en un cierre de negocios. Como se sabe, constituye una manifestación contractual, cada vez más utilizada, el denominado “cierre de negocios”. En nuestra doctrina se ha postulado que esta figura constituye un acto jurídico diverso del contrato de compraventa. En explicación de Puelma Accorsi, “concebimos al cierre de negocio propiamente tal, diverso del contrato de promesa como una simple estipulación en que las partes se obligan a pagarse recíprocamente una cantidad de dinero si el negocio no se realiza en un plazo determinado y una de ellas estaba dispuesta a realizarlo” (Puelma Accorsi, Álvaro, Contratación Comercial Moderna, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, reimp. 1ª ed. 2002, p. 38). El mismo autor, sobre la admisión de esta figura en nuestro Derecho se pronuncia por la afirmativa, puntualizando que “(...) si la intención de las partes, claramente manifestada, fue que quedaran obligadas recíprocamente a pagarse una cantidad de dinero, si por voluntad de alguna de ellas o por él acaso no se llega a perfeccionar un negocio lícito en un plazo determinado, nos parece que tal estipulación se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico, dentro de la amplia libertad contractual que reconoce nuestro Derecho. Además, esta forma de contratación está consagrada por la costumbre, que suple el silencio de la ley, de acuerdo a lo que determina el Artículo 4º del Código de Comercio”. (ob. cit., p. 40). Sólo en el caso de los cierres de negocio se acepta que se pierda lo dado, si el negocio no prospera. Se diferencia el cierre de negocio del contrato de promesa porque no genera obligaciones de hacer, las de suscribir el contrato definitivo, aunque sea después de cumplida la condición (Puelma ob cit. p. 43).

Trigésimo Primero: Que, por lo tanto, las consideraciones precedentes, fundadas en los principios jurídicos que gobiernan las relaciones contractuales, otorgan razones suficientes para que este Árbitro de Derecho proceda a rebajar de la cláusula penal la suma de \$ 951.000.000, que corresponde al monto que la promitente vendedora reconoce haber recibido con anterioridad.

Que aunque está acreditado en el proceso que la parte promitente compradora recibió, con posterioridad al 15 de febrero de 2006 la suma de \$ 300.000.000 (trescientos millones de pesos), no existen elementos

de prueba para que este Árbitro pueda dar por probado que dicha suma se relaciona directamente con este negocio. La calificación fáctica que la propia promitente vendedora hace de este hecho, en su presentación de fs. 343, invita a no considerar este monto en la rebaja de la cláusula penal.

Trigésimo Segundo: Que la parte de don ZZ1, a fs. 145 y siguientes también opuso la excepción de contrato no cumplido, debiendo pronunciarse este sentenciador expresamente sobre este punto.

En un plano jurídico, la excepción de contrato no cumplido, también denominada como excepción de inejecución, está contemplada en el Artículo 1.552 del Código Civil en los siguientes términos: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Para que proceda dicha excepción se deben cumplir los siguientes requisitos: a) Que se trate de un contrato bilateral. b) La parte demandante, contra quien se opone la excepción, no debe haber cumplido la prestación que le corresponde ni allanarse a cumplirla. c) Es menester que la obligación del demandante, que se afirma incumplida, sea actualmente exigible.

Que, en el presente caso, atendido que ambas partes han solicitado la resolución del contrato, manifestando con ello que no le interesa obtener el cumplimiento de la obligación, sino que un efecto liberatorio, no procede acoger esta excepción.

En rigor, el efecto que lleva aparejada la aceptación de dicha excepción es meramente suspensivo de la contraprestación que la contraparte debe en virtud del contrato bilateral, hasta que se cumpla lo que le corresponde según el contrato. Ahora, como en el presente caso no hay incumplimiento de la parte de XX, no procede acoger la referida excepción.

Trigésimo Tercero: Que por todas las consideraciones anteriores se hará lugar a la demanda de XX, respecto de su acción principal.

Y VISTO LO DISPUESTO en el Convenio de Arbitraje, en los Artículos 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales; en los Artículos 356 y siguientes, 364, 542 y 628 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; y en los Artículos, 1.448, 1.468, 1.487, 1.488, 1.489, 1.545, 1.546, 1.547, 1.551, 1.552, 1.553, 1.555, 1.556, 1.558, 1.559, 1.564 y 1.567, del Código Civil, y los principios generales de derecho relacionados con las normas citadas en el presente fallo,

SE RESUELVE:

- 1º. Que se rechazan las tachas deducidas por la parte de don ZZ1 a los testigos, don J.P., don C.W. y don G.D., por las causales del Artículo 358 N°s. 5 y 6 del CPC.
- 2º. Que se acogen las objeciones a los documentos formuladas por las partes a fs. 273 y fs. 309, por las razones que se contienen en el punto II numeral 2. de la presente sentencia, a los que se les resta todo valor probatorio en este proceso.
- 3º. Que se acoge la acción principal contenida en la demanda de XX, y se rechaza la demanda reconventional de don ZZ1.
- 4º. Que en virtud de lo anterior se condena a don ZZ1, al pago de la suma de \$ 299.000.000 (doscientos noventa y nueve millones de pesos), por concepto de la cláusula penal, suma que resulta de la rebaja realizada de conformidad a las razones expuestas en la presente sentencia

y en virtud de lo solicitado por la propia parte vencedora en el petitorio de su demanda. Que esa cantidad deberá pagarse con reajustes, a contar de la fecha que la presente sentencia quede ejecutoriada.

- 5°. Que se rechaza la demanda de indemnización de resolución de contrato con perjuicios deducida por la parte de don ZZ1, y también su excepción de contrato no cumplido opuesta a fs. 145.
- 6°. Que no se emite pronunciamiento respecto de la acción subsidiaria deducida por XX, por haberse acogido la acción principal.
- 7°. Que no se condena en costas a ninguna de las partes de esta causa, por no haber sido ninguna de ellas vencida íntegramente y porque, a juicio del Árbitro, ellas tuvieron motivos plausibles para litigar.

Notifíquese la presente resolución al Síndico Titular de la Quiebra de don ZZ1, don SN1, Actuario, don AC1. Juez Árbitro, señor Alejandro Romero Seguel.