

Tomás Aylwin Bustillos

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 24 de junio de 2014

ROL 1810-2013

MATERIAS: Cumplimiento de contrato – indemnización de perjuicios – novación por cambio de deudor y declaración expresa de aceptación a dar por libre al deudor primitivo – rechazo de excepción y pronunciamiento sobre supuestos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: XX S.A. deduce demanda en contra de ZZ persona natural, por incumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios. El incumplimiento de contrato provino de una compraventa de acciones, en que ZZ persona natural, no pagó la última cuota, por lo tanto, adeudándose el valor de la última cuota más el interés máximo convencional de acuerdo a las estipulaciones contractuales. Además, en el contrato referido, se facultó a ZZ persona natural para “vender, ceder y transferir las acciones que compra o para aportar éstas, a una persona jurídica en la cual tenga más de un cincuenta y un por ciento de su haber societario, y detente su representación y administración, produciéndose en dicho caso, y para todos los efectos legales, una novación por cambio de deudor, con relación a la deuda que se señala en la cláusula tercera”. El demandado se excepciona que ZZ persona natural, carece de legitimación pasiva, a consecuencia de la novación que XX S.A. consintió expresamente.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Civil: Artículos 1.489, 1.559, 1.635.

DOCTRINA: “Un pacto en que en forma simple se acuerda novación pero en que no se manifiesta claramente la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor, no es una estipulación o pacto nulo o inoponible. Un acuerdo, en que se da el carácter de novación a una situación específica, como el que se haga uso de una facultad de cesión de unas acciones y por ello, sin más pacto se entienda que ha existido novación por cambio de deudor, pero que ni en ese acto ni en ninguno otro posterior se expresó de forma clara e indubitada, no ambigua, que se daba por libre al deudor primitivo es una estipulación válida que se denomina “delegación imperfecta”, como ya se ha dicho, que no produce novación y al que la ley –el tantas veces mencionado Artículo 1.635 del Código Civil– da un efecto expreso: el tercero es un diputado para el pago o es un obligado solidario o subsidiario, según parezca deducirse del tenor o del espíritu del acto. El efecto de la “delegación imperfecta”, es que no se libera de la deuda al deudor. La expresión de liberación del deudor no es desprendible, inferible, deducible, suponible, conjeturable, interpretable, colegible.

A juicio del Sentenciador, con la estipulación de la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones referida se produjo una “delegación imperfecta” y con ello el acreedor agregó otra opción de cobro al permitir que se transfieran las acciones que vendió a un tercero, tal como establece el Artículo 1.635 del Código Civil, siendo este tercero un delegado para el pago de las cuotas o un obligado solidario o subsidiario”. El Sentenciador tiene la facultad y el deber de revisar y pronunciarse sobre los supuestos de acciones y excepción, se hayan alegado o no.

DECISIÓN: Se acoge la demanda, y se rechaza excepción de novación por cambio de deudor. El demandado ZZ persona natural, deberá responder personalmente por la obligación incumplida, debiendo pagar el equivalente en pesos de 8.818 Unidades de Fomento más el interés máximo convencional para operaciones reajustables. Se rechaza la demanda en todo lo demás. Cada parte pagará sus costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 24 de junio del año dos mil catorce.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1. Que, en estos autos, a fs. 1, se solicita por parte de XX, someter a arbitraje la demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios celebrado con don ZZ, mediante escritura pública de fecha 23 de junio de 2006, ante el notario de Santiago don NT.

2. Que, a fs. 33, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., designó al Árbitro que suscribe esta sentencia como Árbitro Arbitrador para que resuelva la controversia surgida entre XX y ZZ, en relación con la aplicación del contrato de compraventa de acciones suscrito por don ZZ e Inmobiliaria TR S.A. (actualmente XX), en cuya cláusula decimocuarta, las partes se sometieron al Arbitraje conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. A fs. 35 consta la aceptación y juramento del cargo del Árbitro que suscribe, jurando desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

3. Que, a fs. 36 se tiene por constituido el compromiso y por instalado el Tribunal Arbitral, citándose las partes a comparendo para dar inicio a las actuaciones del juicio.

4. Que, a fs. 45, tuvo lugar el comparendo, en que las partes acordaron las normas aplicables a la conducción del procedimiento.

5. Que, a fs. 53, don R.G., en representación de XX, deduce demanda en contra de ZZ por demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios.

6. Que, sostiene el demandante que el contrato se habría suscrito, en lo que interesa al pleito, entre la sociedad Inmobiliaria TR S.A., como parte vendedora y don ZZ como comprador. Mediante Junta Extraordinaria de Accionistas, la vendedora Inmobiliaria TR S.A., aprobó con fecha 16 de febrero de 2010, su transformación en la sociedad por acciones Inmobiliaria TR S.A., la que a su vez aprobó su fusión por incorporación, con fecha 31 de mayo de 2012, en la sociedad TR1. Finalmente una Junta de Accionistas de la sociedad referida precedentemente, aprobó su transformación en la sociedad anónima cerrada XX, de tal forma que XX es la continuadora legal de la Inmobiliaria TR S.A.

7. Como hechos señala la demandante que con fecha 23 de junio de 2006, se habría suscrito por escritura

pública un contrato de compraventa de acciones entre la sociedad Inmobiliaria TR S.A. y ZZ, quien compró para sí 9.900 acciones de la sociedad TR2, a un precio de 44.104 UF, equivalentes en aquella época a \$798.967.776 o 5.423 UF, pagaderos mediante la siguiente forma: **i)** Con 98.240.573, pagados en el acto; **ii)** El saldo de 38.681 UF, pagaderas de la siguiente forma: **a)** Una cuota de 3.409 UF el 31 de octubre de 2006, **b)** Una cuota de 8.818 UF, al 31 de diciembre 2006 y **c)** Tres cuotas anuales de 8.818 Unidades de Fomento, cada una, venciendo los días 31 de diciembre de los años 2007, 2008 y 2009, respectivamente.

Expresa que la última cuota del saldo del precio de venta, por el equivalente a la cuota en pesos de UF 8.818, con fecha de vencimiento de 31 de diciembre de 2009, no fue pagada por el comprador, adeudándose a la fecha íntegramente su valor, más el interés máximo convencional de acuerdo a las estipulaciones contractuales.

Agrega la demanda que de acuerdo con la cláusula octava del contrato, se facultó a don ZZ para “vender, ceder y transferir las acciones que compra o para aportar éstas, a una persona jurídica en la cual tenga más de un cincuenta y un por ciento de su haber societario, y detente su representación y administración, produciéndose en dicho caso, y para todos los efectos legales, una novación por cambio de deudor, con relación a la deuda que se señala en la cláusula tercera”. De esta forma, y en ejecución de la prerrogativa señalada, la demandada habría constituido con fecha 21 de julio de 2006, junto con su cónyuge, la sociedad anónima Inmobiliaria e Inversiones TR3, cediendo don ZZ sus acciones de TR2. Esta operación habría sido informada al demandante por correspondencia de fecha 5 de octubre del año 2006.

Manifiestan que la vendedora habría incumplido la penúltima cuota de precio 8.818 con fecha 31 de diciembre de 2008, lo que habría llevado a demandar a la Inmobiliaria e Inversiones TR3 por incumplimiento de la obligación en sede arbitral. Mediante Laudo Arbitral dictado por don AB1, con fecha 3 de marzo de 2010, se declara que la sociedad TR3 habría incumplido su contrato, condenándola a pagar el importe íntegro más el interés máximo para las operaciones de crédito reajutable. Esa sentencia no pudo cumplirse por carecer de bienes la demandada.

De esta forma, aducen que la demandada ha utilizado la cesión de acciones compradas a una sociedad, en principio un acto lícito, que ha degenerado en una maquinación destinada a burlar los derechos de XX, con el propósito de dirigir el derecho de prenda general a un patrimonio, como el de TR3, desprovisto de activos suficientes para compeler el pago.

8. Señalan, a continuación, que se ha causado un abuso de la personalidad jurídica, ya que habría una coincidencia absoluta entre el demandado don ZZ y la sociedad anónima constituida por él, la que califican como meramente instrumental, destinada únicamente a burlar el derecho de prenda general de la demandante. Afirman que dirigir la demanda, como ocurrió anteriormente, contra la sociedad Inmobiliaria TR3, desprovista de bienes que aseguren el pago, implicaría obtener una sentencia impecable en lo formal, pero desprovista de utilidad práctica. El comportamiento anterior, importaría instrumentalizar la persona jurídica para un abuso.

Agrega el demandante que el Levantamiento del Velo se alza como un camino idóneo para prescindir, en un caso concreto de la persona jurídica y patrimonio separado de una sociedad, en términos tales que los derechos y obligaciones que se han tratado de eludir mediante la comisión de un acto fraudulento, se le atribuyan directamente a quien ha cometido ese abuso. Indica que para que se concrete el abuso de la persona jurídica, se requiere la concurrencia copulativa de dos elementos o requisitos: i) una identidad patrimonial entre la persona jurídica y alguno de sus socios, administradores o sociedades relacionadas; y ii) la instrumentalización de la persona jurídica con el objeto de defraudar a la ley o los derechos de los terceros.

Que, respecto del primer requisito señala que la sociedad TR3, fue creada por el demandado, don ZZ, con el propósito de distraer su patrimonio personal de la deuda con XX. La sociedad TR3 no tiene justificación o actividad económica que la diferencie del demandado, que en la práctica puede manejarla de manera unilateral.

Que, en cuanto al segundo de los requisitos señalados, declara que mediante la formación societaria que convoca en estos autos, puede ocultarse un objetivo indigno de tutela jurídica, como es el fraude a los acreedores de uno de los socios, propósito que habría ocurrido no en la génesis misma de la sociedad, sino que mediante hechos posteriores. Señalan que al momento de haberse constituido la sociedad TR3, lo que trajo como consecuencia el cambio de deudor por novación, sin advertirse el propósito ilegítimo que había detrás de la sociedad, hasta el vencimiento de la cuota de 12 de diciembre de 2008, en que se cayó en cuenta de la incapacidad de pago de la nueva deudora. Concluye señalando que lo que en principio fue considerado como un acto lícito a la luz del contrato, se mostró como una operación destinada esencialmente a perjudicar los derechos de mi representada al radicarse la deuda en una sociedad sin bienes ni capacidad de pago, a diferencia del deudor original.

Continúan señalando que la conducta del demandado es contraria al principio de buena fe que ilumina la ejecución de los contratos, de acuerdo al Artículo 1.546 del Código Civil. De la misma forma señalan que la conducta del demandado constituye un fraude civil, el que consistiría en la realización de un acto formalmente lícito, como la constitución de la sociedad TR3, pero cuyo propósito no es otro que el de eludir una norma jurídica, como es el Artículo 2.465 del Código Civil. Aunque el interés de constituir la sociedad haya tenido un interés legítimo -de orden tributario quizás-, los perjuicios causados a la vendedora han sido inmensamente superiores, y que le han impedido recuperar 17.600 UF. La sanción para este fraude civil y abuso de la persona jurídica, sería la inoponibilidad del acto en relación a quien está autorizado para alegarla, de acuerdo a como lo han señalado los autores Jorge López Santa María y Enrique Barros Bourie. Dicha sanción permitiría perseguir el pago de la cuota insatisfecha por 8.818, que venció el 31 de diciembre de 2009 en los bienes personales del señor ZZ, prescindiendo de una persona jurídica cuya estructura se ha utilizado en perjuicio directo de mi representada y atribuyendo sus efectos jurídicos directamente quien la constituyó. Señala que la acción puede presentarse en esta instancia arbitral, para que como una cuestión accesoria a la principal de cumplimiento de contrato, determine la inoponibilidad de la persona jurídica TR3 en lo que respecta a la novación por cambio de deudor de la última cuota de saldo de precio del contrato con vencimiento de fecha 31 de diciembre de 2009, para que esta parte pueda accionar de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios en contra de ZZ, como persona natural.

9. En cuanto a fundamentos de derecho explica que de conformidad con el Artículo 1.489 del Código Civil, en todo contrato bilateral, en caso de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, podrá pedir, el otro contratante, a su arbitrio la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios. De la misma forma, habiéndose fijado como época para el cumplimiento de la obligación de pago, el 31 de diciembre del año 2009, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 1.551 del Código Civil, el deudor se encuentra en mora a contar del 1 de enero de 2010, por lo que conforme al Artículo 1.559 del mismo Código, desde esa fecha se debe la indemnización de perjuicios.

10. El petitorio de la demanda es que se declare lo siguiente:

“i) Que el deudor ha incumplido la obligación de pagar la cuota del saldo del precio de venta estipulado en el contrato con vencimiento el 31 de diciembre del año 2009.

ii) Que la constitución de la sociedad TR3 y la consecuente novación por cambio de deudor resultan inoponibles a XX en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

iii) Que en consecuencia deberá el demandado don ZZ responder personalmente por la obligación incumplida, debiendo pagar el equivalente en pesos de 8.818 Unidades de Fomento más el interés máximo que la ley permite estipular para operaciones de crédito de dinero reajustables desde la fecha de la mora y hasta el pago efectivo o las cantidades que el S.J. Árbitro determine conforme al mérito del proceso y a los principios de prudencia y equidad que inspiran su labor; y

iv) Que el demandado deberá sufragar las costas del juicio, tanto las procesales como las personales, así como los honorarios del Árbitro y la tasa administrativa del CAM”.

11. A fs. 202, la parte demandada, don ZZ, contesta la demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios, solicitando que sea rechazada en todas sus partes.

12. Señala como hechos de la contestación que efectivamente se celebró un contrato de compraventa de 9.000 acciones de la sociedad TR2, entre Inmobiliaria TR S.A. como vendedora y su persona como compradora. De la compraventa quedó un saldo impago que se pagaría en la forma convenida en el contrato. Que, de conformidad con lo señalado por la cláusula octava del contrato, don ZZ habría constituido una sociedad con su cónyuge, sociedad TR3, aportando las acciones de TR2 para tales efectos, produciéndose la novación por cambio de deudor en la forma que indica la cláusula ya citada. Esta novación, señala en su contestación, fue debidamente informada a la Inmobiliaria TR S.A. (hoy XX) con fecha 26 de octubre del año 2006. Fue precisamente la sociedad TR3, la que pagó las cuotas correspondientes a los días 31 de octubre y diciembre de 2006, por montos de 3.409 UF y 8.818 UF respectivamente. De las cuotas, que según lo señalado por el contrato, vencían el 31 de diciembre del 2007, 2008 y 2009, cada una por un monto de 8.818 UF, sólo la primera fue pagada por la sociedad, adeudando solamente las dos últimas cuotas por la sociedad deudora. La imposibilidad en el pago de las dos últimas cuotas se debió al mal estado de los negocios de TR2, la que derivó incluso en la declaración de quiebra de esta sociedad, de tal forma que la única razón de no haber pagado a la sociedad TR3 la última cuota, fue por el mal estado de los negocios,

y en ningún caso existencia de una intención defraudadora respecto de XX, de ser así no se explica el demandado, cómo se haya pagado cuotas anteriores.

13. Se excepciona el demandado respecto de la petición de XX de que el demandado es don ZZ sea quien debe responder personalmente por el monto correspondiente señalando que este carece de legitimidad pasiva. Señala que esta petición debe desestimarse completamente, en cuanto sólo puede incumplir un contrato aquel que es parte en el mismo. De acuerdo a lo señalado por la cláusula octava del contrato, a consecuencia de la novación que XX consintió expresamente, el demandado quedó liberado de la deuda. Lo que la cláusula establece es que para todos los efectos legales, el señor ZZ no es el deudor del saldo del precio que se cobra en el presente juicio arbitral. El demandante consintió al señor ZZ para que aporte las acciones compradas en una sociedad que tuviera las características señaladas en la cláusula octava, produciéndose la novación por cambio de deudor. La demandante concurrió libremente a la celebración del contrato de compraventa de acciones, aceptando así las cláusulas en él contenidas, por lo que el señor ZZ no es quien legítimamente debe ser demandado, ya que no hay relación alguna entre el señor ZZ y el objeto litigioso de autos, y no es posible que sea legítimamente parte en el presente juicio.

Continúa señalando que la novación en una forma de extinción de las obligaciones en virtud de la cual se sustituye ésta por una nueva obligación, dando por terminado el vínculo primitivo. La novación puede referirse, como ocurre en este caso a las partes que intervinieron en su constitución, y se denomina novación por cambio de deudor o subjetiva. Este tipo de novación se encuentra reglamentada en el Artículo 1.631 como aquella en que el nuevo deudor sustituye al antiguo, quedando este último en consecuencia libre de la obligación. El efecto esencial de la novación por cambio de deudor es la liberación del deudor original por el nuevo deudor respecto de la obligación referida. Para que este efecto tenga lugar se requiere que el acreedor consienta expresamente su intención de liberar al deudor original de la deuda, de conformidad con lo señalado en el Artículo 1.635 del Código Civil. Si es el caso, no podrá demandar el acreedor al deudor primitivo inclusive cuando el nuevo deudor caiga en insolvencia, como lo señala el Artículo 1.637 del Código Civil.

14. Continúa señalando que la parte demandante, con el objeto de evitar en forma ilegítima la aplicación de la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones, señala, en el punto 6.3.3 de su escrito de demanda, que la situación financiera de TR2 se pudo prever, concluyendo que de haberlo podido prever, de ninguna manera habría autorizado la novación por cambio de deudor, pretendiendo, según señala el demandado, con el objeto de excluir la vigencia de la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones, la aplicación, en el caso de autos, de la teoría de la imprevisión.

Indica que la teoría de la imprevisión, aparece en situaciones posteriores a la celebración de un contrato determinado, que no se pudieron prever lógicamente y crean un estado de cosas que haga el cumplimiento extremadamente oneroso para el deudor o gravemente perjudicial para el acreedor. Pero la jurisprudencia chilena, como indica, señala que mayoritariamente los contratos son intangibles, y que el Artículo 1.545 excluye la posibilidad de revisión judicial en consideración a circunstancias posteriores, como la pretende la actora de autos. De hecho, la teoría de la imprevisión no tiene apoyo en el ordenamiento jurídico chileno,

por lo que aducir la imposibilidad de prever la situación financiera de TR2 como fundamento destinado a quitarle efectividad a la cláusula octava, no tiene fundamentos. Ciertamente que una sociedad tenga dificultades financieras en el tiempo, no es un hecho imprevisible para un contratante que se dedica a los negocios.

15. Continúa señalando la demandada que la Teoría del Levantamiento del Velo es inaplicable. Explica que la teoría citada, según señala Jorge Ugarte Vial, autoriza al juez, de manera excepcional para prescindir, en un caso concreto de la personalidad jurídica y patrimonio separado de una sociedad, en términos tales que los derechos u obligaciones que se ha tratado de eludir mediante la comisión de un acto fraudulento se atribuyan directamente a quien ha cometido o permitido tal abuso, sea que se trate de un socio, de un administrador con poderes para controlar de hecho o la compañía de una sociedad relacionada. Que de esta forma, para la existencia del Levantamiento del Velo se requiere el cumplimiento de dos circunstancias: **a)** Identidad personal o patrimonial entre la sociedad supuestamente instrumental y aquella persona (natural o jurídica) que pretende defraudar a sus acreedores mediante la constitución de la primera y, **b)** la instrumentalización de la persona jurídica con el objeto de defraudar a la ley o a terceros.

Que respecto del primer requisito, expresan, es evidente la distinción no sólo formal, sino que material de los patrimonios. La sociedad TR3 desarrolló actividades como inversionista a través de TR2, respondiendo, mientras fue posible a sus obligaciones patrimoniales, sin que el señor ZZ obtuviera algún provecho ilegítimo de ésta. Respecto del segundo requisito, señala el demandado, que corresponde al demandante probar que a su juicio, certifican la intención defraudatoria del señor ZZ, considerando que la sociedad TR3 realizó acciones que justificaban su existencia jurídica, y respondió a sus obligaciones que tenía con la parte demandante hasta que sus capacidades económicas lo permitieron. Así, no se explica cómo el demandante pretende fundamentar que deba levantarse el velo de la sociedad TR3 atribuyéndole intenciones fraudulentas, si dicha sociedad pagó gran parte de la deuda que mantenía con la actora. Un deudor de mala fe, que hubiese constituido la sociedad con el único propósito de defraudar, no hubiese tomado la molestia de pagar gran parte de la deuda.

16. Expresan que se está en presencia de la teoría de los actos propios, toda vez que, de acuerdo como lo ha señalado la propia Corte Suprema, si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente, sus propias actuaciones, teoría que se desprende de la buena fe contractual, en virtud del cual, entre los contratantes existe la legítima expectativa de que uno de los contratantes no desarrollará conductas contradictorias a aquellas que ha realizado en el pasado. De esta forma, no puede el demandante desconocer sus actuaciones en el pasado respecto de la constitución de la sociedad TR3 y su legitimidad como deudor del saldo del precio de la compraventa de acciones ya indicada en esta sentencia. La demandante autorizó expresamente al demandado a constituir una sociedad a la que aportara las acciones, configurándose la novación por cambio de deudor, la demandante fue notificada de la constitución de la sociedad TR3, sin hacer observación alguna, la demandante recibió los pagos de las cuotas correspondientes por parte de TR3 y además demandó, en esta sede arbitral, a la sociedad TR3, ya conociendo el estado de los negocios de la misma, y demandó ejecutivamente a la misma sociedad, tres años de dictada la sentencia arbitral. De esta forma, no es legítima la intención

de desconocer todas las actuaciones en las que reconoce como deudora a la sociedad TR3. La demanda no sólo contraviene lo acordado en el contrato de compraventa de acciones celebrado entre las partes del juicio, sino que también la buena fe con la que dicho contrato debe interpretarse y ejecutarse.

17. A fs. 226, la parte demandante evacúa el trámite de la réplica. En él señala primero que sorprende el argumento de la demandada en cuanto a sujetar el cumplimiento del contrato al éxito económico en los negocios de TR2, emisora de las acciones. De haberse querido estipular que el saldo del precio de las acciones estaría supeditado a la suerte que tuviera TR2, ciertamente hubiera sido materia de pacto expreso, el que obviamente no existe. No puede, de esta forma justificarse el incumplimiento de la obligación de pago en el mal estado de los negocios de TR2, ya que lo enajenado fueron las acciones emitidas por ésta, sin que fuera relevante los eventuales flujos que el negocio de la empresa enajenada reportaran para el comprador. El planteamiento del demandado implica señalar que ella sólo pagaría íntegramente el precio de las acciones si la sociedad emisora continuaba con su buena marcha, pero si ésta no tenía el éxito esperado (como en efecto ocurrió), nada más pagaría, pero ciertamente esa no fue la intención de los contratantes. A mayor abundamiento, la relación contractual de XX era con don ZZ, y en ningún caso con TR2, por lo que es inaceptable traer a colación la suerte que corrió esta empresa para explicar el incumplimiento del contrato. De hecho, explica el demandante, ninguna línea dedica el demandado en hablar de la situación patrimonial del demandado ni de la sociedad instrumental, las que son precisamente los fundamentos de la demanda de autos.

De la misma forma señalan que hierra el demandado en sostener que la actora debió haber alegado la nulidad del contrato. Sin embargo el demandante señala haber reconocido en todo momento la validez del mismo, por lo que no se solicitó ni se estima procedente la nulidad del mismo. Todo lo contrario, de las disposiciones del contrato, y en particular de la cláusula octava, se desprende que es posible invocar la doctrina del Levantamiento del Velo, haciendo inoponible a la parte demandante los efectos de la constitución de TR3 respecto de la obligación de pago de la última cuota del saldo del precio. Es por esta razón, que indica la defensa de la demandada en el epígrafe de la "Ausencia de Legitimidad Pasiva en el Presente Juicio", no resulta relevante para la correcta resolución de este pleito en cuanto a que la parte demandada no se hace cargo de los argumentos esgrimidos por la parte demandante para haber accionado directamente contra don ZZ y no en contra de su sociedad. Si bien la novación por cambio de deudor pudo operar radicándose formalmente la obligación de pago en la sociedad, el levantamiento del velo societario permite denunciar que tal novación fue puramente instrumental, lo que se traduce en la inoponibilidad de sus efectos en relación al vendedor de las acciones.

Sobre la Teoría de los Actos propios planteada por el demandado, señala que el propósito de la existencia de un juicio anterior en que se habría demandado a la sociedad TR3, fue desnudar y evidenciar el propósito del señor ZZ de haber aportado acciones compradas a una sociedad con el fin de distraer de su patrimonio personal la obligación de pago del saldo del contrato.

Referente al argumento del demandado que, de acuerdo con el Artículo 1.637, en la novación por cambio de deudor no se puede demandar por el acreedor al deudor primitivo, señala el demandante que, el mismo

Artículo 1.637 contiene como otro inciso la excepción de que sí se puede demandar al deudor primitivo cuando el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente. Indica el demandante que no existió contrato de novación y de haberlo corresponde a la constitución de la sociedad TR3, acto jurídico en el cual el demandante, XX, no habría concurrido, siendo imposible hacer expresa reserva del derecho ya mencionado. Además, el nuevo deudor no es cualquier tercero ajeno al contrato, sino que el nuevo deudor no es más que el primitivo deudor escondido tras el velo de una sociedad instrumental.

De la misma forma, no es pertinente la referencia a la teoría de la imprevisión, la que jamás habría sido mencionada por el demandante. Lo que la demandante jamás habría tenido en vista al momento de convenir los términos del contrato no fue la situación financiera en la que posteriormente entró TR2, sino que la absoluta inexistencia de bienes en el patrimonio de la sociedad a la que se traspasaría la deuda. Invocar esto como un argumento del demandante es, señala, un intento por distraer la atención del Árbitro.

Para finalizar, señala el demandante, que los demandados señalan que la teoría de los actos propios, y el hecho de haber aceptado algunos pagos, permitirían reconocer a la sociedad TR3 como acreedora, pues, resulta indiferente, de acuerdo al Artículo 1.572 quién haga el pago de la obligación.

18. A fs. 236, la parte demandante evacúa el trámite de la réplica, reafirmando la idea de que la sociedad TR3 siempre tuvo una existencia justificada, y que en ningún caso fue un instrumento para eludir sus obligaciones, como prueba de ello, desarrolló su giro a través de TR2, respondiendo a todas sus obligaciones, dentro de las que se encontraban las relacionadas con el demandante hasta que se hizo imposible que TR3 respondiera adecuadamente, por lo que le fue imposible pagar el saldo del precio fijado en el contrato de compraventa. La sociedad referida no fue meramente instrumental, y actuó en forma legítima y regular, por lo que las alegaciones del demandado en cuanto a levantar el velo son totalmente injustificadas.

De la misma forma reitera que los contratos deben cumplirse por quienes son parte del mismo, y que afirmar que el señor ZZ no es parte legítima no es una elusión de lo planteado en la demanda, muy por el contrario, debe cumplirse por aquellos que son parte, pero en estos autos mi representado estaba facultado para constituir una sociedad que ocuparía la posición de deudora respecto de las acciones vendidas.

Continúa señalando que en cuanto a la novación, extraña la declaración del demandante respecto de que no habría comparecido ni participado de modo alguno, siendo en consecuencia imposible hacer la reserva señalada en el Artículo 1.637 del Código Civil. Sobre el particular, destaca que en el contrato de compraventa de acciones cuyo cumplimiento se pretende, comparece XX como vendedora, por ser continuadora de la sociedad que compareció en la compraventa, y que no es pertinente que haya desmentido haber comparecido considerando que le da plena validez al contrato del que es vendedora.

De la misma forma señala que la sociedad TR3 no obtuvo ningún provecho ni utilizó instrumentalmente. Reitera que la sociedad cumplió con sus obligaciones hasta el momento en que no le fue económicamente posible.

Finaliza señalando que el cumplimiento de los pagos de las primeras cuotas por parte de la sociedad TR3,

da cuenta del conocimiento que tenía el demandante de la intención de la deudora de cumplir con sus obligaciones.

19. Que en audiencia cuya acta rola a fs. 248 fueron llamadas las partes a conciliación, la que no se produjo.

20. Que a fs. 249 se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

“1.- Hechos y circunstancias que den cuenta de la intencionalidad de don ZZ al enajenar 9.900 acciones a la sociedad TR3.

2.- Existencia de pagos efectuados por TR3 a la demandante, juicios entre la demandante y TR3.

3.- Accionistas actuales de la sociedad TR3. Patrimonio de sociedad TR3 desde su constitución a la fecha.

4.- Forma y términos en que las partes pactaron la novación y/o declaración de intención de novar, y forma y términos en que el acreedor expresó dar por libre al primitivo deudor”.

La resolución que fijó los puntos de prueba no fue objeto de recurso alguno y las partes rindieron prueba conforme a tales puntos.

21. Que el demandante rindió la siguiente prueba.

i) Documental: En el segundo otrosí de fs. 53 (en lo principal se interpone la demanda), se acompañó lo siguiente:

1) Copia escritura pública de fecha 16 de febrero de 2010 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT1, donde consta la aprobación de la transformación de Inmobiliaria TR S.A. en una sociedad por acciones bajo la razón social Inmobiliaria TR SpA;

2) Copia de escritura pública de fecha 31 de mayo de 2012 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT1, donde consta la aprobación de la fusión por incorporación de Inmobiliaria TR SpA en la sociedad TR1, la que en consecuencia adquirió la totalidad de los activos y pasivos de la primera, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones como su continuadora legal;

3) Copia escritura pública de fecha 12 de junio de 2012 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT1, donde consta transformación de TR1 en una sociedad anónima cerrada, regida por las disposiciones de la Ley N° 18.010 y denominada XX;

4) Copia escritura pública de fecha 21 de julio de 2006 otorgada en la Notaría de Santiago de don NT2, mediante la cual el demandado, junto a su cónyuge, constituyeron la sociedad TR3;

5) Copia correspondencia de fecha 5 de octubre de 2006 suscrita por ZZ en representación de TR2 mediante la cual informa a Inmobiliaria TR S.A. la constitución de la sociedad referida en el numeral 4° precedente; y

6) Copia con certificado de vigencia de la inscripción de dominio a nombre de ZZ del departamento, la bodega y los estacionamientos del edificio ubicado en DML, practicada a fs. 00 N° 00 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago correspondiente al año 2007.

Esta documentación se tuvo por acompañada a fs. 126 y no fue objetada por la contraria.

Asimismo, a fs. 5 rola contrato de compraventa de acciones de fecha 23 de junio del año 2006, suscrito entre ZZ e Inmobiliaria TR S.A., contrato que ha servido de base para la sustentación de este juicio arbitral y la designación del Árbitro que suscribe, la que tampoco ha sido materia de objeción alguna.

ii) Absolución de posiciones del demandado señor ZZ (fs. 309 y siguientes).

22. Que la demandada rindió la siguiente prueba.

i) Documental:

a) En primer otosí de fs. 214, acompaña copia de la demanda ejecutiva interpuesta por XX en contra de TR3 ante Juzgado Civil de Santiago.

b) A fs. 280 se acompaña la siguiente documentación:

1.- Copia de carta de don ZZ a don R.H., de fecha 1 de abril de 2006, especificando propuesta de compra de acciones;

2.- Copia de carta de don ZZ al director de TR2 señor K.M. de fecha 30 de mayo de 2006, donde se efectúa contraoferta de compra de acciones de TR2;

3.- Copia de carta de don Q.R. en representación de Inmobiliaria TR S.A. a don ZZ, en la que manifiesta aceptación de la compraventa de acciones;

4.- Copia de correo electrónico desde el terminal de la secretaria de don R.H., de fecha 1 de junio de 2006, donde se describe operación de compraventa de acciones;

5.- Copia de correos electrónicos entre don C.R. y el Estudio Jurídico AB con copia a don ZZ, de fecha 6 de junio;

6.- Carta de fecha 29 de junio de 2006, dirigida a los señores de Inmobiliaria TR S.A., con atención al señor R.H., indicando que la compraventa de acciones de TR2 había sido celebrada en la Notaría de NT.

7.- Copia de memorándum interno N° 00/2006, enviado a don AB, por don C.R., en el que se acompaña materialmente el Libro de Registro de Accionistas de TR2.

8.- Comprobante de Depósito Bancario del Banco BO, en la cuenta de la Inmobiliaria TR S.A., por la suma de \$98.240.573, depositados por don ZZ con fecha 09 de junio de 2006, de acuerdo a los términos del contrato de compraventa de acciones.

9.- Copia de la "Relación de Hecho y Solicitud de Arbitraje CAM Santiago Inmobiliaria TR S.A. con TR3" de fecha 28 de mayo de 2009, suscrita personalmente por don R.G. en su solicitud de arbitraje que incluye como anexo la carta de fecha 05 de octubre de 2006 N° 00 de TR2 a Inmobiliaria TR S.A.

10.- Certificado de defunción de don R.H. emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

11.- Copia de la demanda de cumplimiento de contrato, contenida en los autos, caratulada Inmobiliaria TR S.A. con TR3.

12.- Copia de la resolución de fecha 07 de enero de 2014, en causa Rol C-00-2013 caratulada "XX con TR3", seguidos ante Juzgado Civil de Santiago.

La documentación acompañada por la demandada no fue objetada.

ii) Oficio:

A fs. 258, se solicitó un Oficio al señor Síndico de Quiebras don SN para solicitarle que remita al Tribunal el Registro de Accionistas de la sociedad TR2, la copia de la memoria de la causa de la quiebra de esa sociedad, copias de las Juntas de Acreedores de esa quiebra, y los Libros de Acta de Directorio y Juntas de Accionistas de la misma sociedad. A fs. 326, el señor Síndico remite la documentación solicitada, y hace presente que no se encuentra en su poder el Registro de Accionistas y los Libros de Directorio y Juntas.

iii) Asimismo, a fs. 258 se solicitó traer a la vista expedientes tramitados ante el Centro de Arbitraje, Rol 00 y Rol 01, lo que fue acogido teniéndose a la vista dichos expedientes.

iv) Testimonial:

A fs. 263 depone don S.H., a fs. 267 don C.R., y a fs. 272 don D.B.

v) Absolución de posiciones del representante de la demandante (fs. 314 y siguientes).

23. Las partes evacuaron escrito de observaciones a la prueba haciendo diversas consideraciones (fs. 505 y 519).

24. A fs. 522 se citó a las partes a oír sentencia y se trajeron los autos para fallo.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Como cosa previa, se deja constancia que ha quedado completamente reconocido por las partes de este juicio y, por tanto, se tiene por acreditado, lo siguiente:

i) Que existió un Contrato de Compraventa de acciones celebrado entre Inmobiliaria TR S.A. (hoy XX) y don ZZ que consta en escritura pública de fecha 23 de junio de 2006, ante el notario de Santiago don NT, Repertorio N° 00 que se encuentra acompañado a fs. 5 de autos. Este instrumento no ha sido materia de objeciones y que por las alegaciones de ambas partes se le tiene por reconocido. Sobre tal Contrato se radican las peticiones de la demanda;

ii) Que, como consta en dicho instrumento, el vendedor fue Inmobiliaria TR S.A. y que el comprador fue el demandado don ZZ;

iii) Que la demandante XX es continuadora legal de la vendedora Inmobiliaria TR S.A. Se acompañó documentación probatoria al respecto, la que no fue objetada y la situación que no fue materia de contradicción en el presente juicio, por lo que se entiende aceptado por parte de la demandada.

iv) Que el precio de la compraventa referida fue la cantidad de \$798.967.776 que equivalían a la cantidad de 44.104 Unidades de Fomento a la fecha a la que las partes acordaron considerar el valor de la unidad de reajuste;

v) Que el precio señalado se pagó con una parte al contado y para el pago del saldo se acordaron las cuotas especificadas en la letra b) de la cláusula tercera de la escritura en comento;

vi) Que no se ha producido el pago de la cuota de 8.818 Unidades de Fomento, cuyo vencimiento ocurrió el 31 de diciembre del año 2009. Esto ha sido expresamente reconocido por la demandada. Baste para ello ver los escritos de contestación y dúplica de fs. 202 y 236.

Segundo: Que el demandante acciona de cumplimiento del contrato de Compraventa de Acciones antes señalado, celebrado entre Inmobiliaria TR S.A. (hoy XX) como vendedor y don ZZ como comprador, denunciando el no pago de éste de la última cuota del saldo de precio que se pacta en la cláusula tercera del contrato.

Tercero: Que en su contestación la parte demandada argumenta y se excepciona de las pretensiones de su contraria fundándose en la falta de legitimidad pasiva del demandado señor ZZ, todo ello en virtud de la novación por cambio de deudor que se habría producido respecto del crédito que se origina en los saldos de precio que se estipularon en el contrato de Compraventa de Acciones referido.

A fs. 203 y 204 el demandado señala: "La parte demandada en las peticiones que realiza en su escrito de demanda, solicita a UD., que declare que el deudor ha incumplido la obligación de pagar la cuota del

saldo del precio de venta estipulado en el contrato de compraventa de acciones, de forma tal que responda personalmente por el monto correspondiente. El deudor, señala la demandante, sería don ZZ”.

A Fs. 210, el demandado en el acápite 7 de “Conclusiones”, señala en la letra b y c: “el demandado, señor ZZ, en virtud del contrato de compraventa de acciones no puede ser demandado en cuanto ya no es la parte deudora del saldo de precio no pagado” y “la novación por cambio de deudor operó plenamente respecto de la deuda que se pretende cobrar en autos, confirmando lo señalado en la letra anterior”.

Cuarto: Relevante es consignar que ambas partes están de acuerdo en que el pacto o acuerdo de novación se encuentra estipulado en la cláusula octava del contrato de Compraventa de Acciones tantas veces referido. Tal cláusula señala textualmente lo siguiente: “OCTAVO: Se faculta expresamente a don ZZ para vender, ceder y transferir las acciones que compra o para aportar éstas, a una persona jurídica en la cual tenga más de un cincuenta y un por ciento de su haber societario y detente su representación y administración, produciéndose en dicho caso, y para todos los efectos legales, una novación por cambio de deudor con relación a la deuda que se señala en la cláusula tercera de este instrumento”.

Queda entonces absolutamente acreditado, y así ha sido aceptado por las partes como hecho indiscutido, que existe esta cláusula en que se permite al comprador y demandado, don ZZ, transferir las acciones que había comprado a una sociedad de su control (a pesar de haber pactado prohibición convencional), y que en caso que se realice esa transferencia de acciones, se produce “para todos los efectos legales una novación por cambio de deudor con relación a la deuda que se señal en la cláusula tercera de este instrumento”.

Quinto: La cláusula octava en comento no estipula exactamente un acuerdo de novación, más bien estipula una facultad en favor del comprador y demandado, señor ZZ, de transferir sus acciones (respecto de las cuales se pactó prohibición convencional) a una sociedad de su control y, en el evento de que se realice una transferencia de esa especie, se entiende que existe -sin un nuevo pacto, nueva estipulación, un nuevo acuerdo o algún otro tipo de acto-, novación por cambio de deudor. El contrato, a través de esta estipulación, le da el carácter de novación por cambio de deudor, respecto de la deuda proveniente del saldo de precio, a un acto completamente diferente que está constituido por la transferencia de las acciones adquiridas por la compraventa y respecto de las cuales existe ese saldo de precio. Se trata, entonces, de un pacto que atribuye a una compraventa de acciones que futura e inciertamente se celebre el carácter de novación. Esta novación, de acuerdo con lo estipulado, sólo se gatilla por la disposición del deudor y no exige alguna nueva actuación o ratificación.

Sexto: Con el objeto de otorgar a las partes, y en especial a la demandada, la oportunidad de probar los presupuestos fácticos de la excepción de falta de legitimidad pasiva por haber existido novación por cambio de deudor, en la interlocutoria de prueba de fs. 249 se estipuló en su N° 4 como hecho sustancial, pertinente y controvertido, lo siguiente: “forma y término en que las partes pactaron la novación y/o declaración de intención de novar y forma y términos en que el acreedor expresó dar por libre al primitivo deudor”.

Importante es destacar que los testigos presentados por la demandada señalan expresamente respecto de

este punto de prueba que tal estipulación encuentra origen en el contrato de compraventa de acciones, en la referida cláusula octava. El testigo de la demandada señor R.C. (a fs. 271) señala, preguntado por el Árbitro, "que no existe ningún otro instrumento que yo conozca". El testigo de la demandada señor D.B. (a fs. 274) expresa que "se desprende en primer lugar, de todo el articulado del contrato de compraventa".

El demandado señor ZZ (a fs. 311) respondiendo en la audiencia de absolución de posiciones, expresó que la vendedora sí le manifestó darlo por libre de la deuda, pero "todo fue verbal".

No se agregó a este juicio antecedente alguno que permita señalar que existió algún otro tipo de acuerdo o pacto que dé cuenta de la novación, ni que se haya señalado en algún instrumento o actuación, de manera expresa, que el acreedor consentía en dar por libre de la deuda del primitivo deudor y que ésta se radicaría en un nuevo deudor determinado.

Séptimo: Frente a la interposición por parte del demandado de esta excepción de falta de legitimidad pasiva por haber operado novación por cambio de deudor, este Sentenciador estima que le corresponde pronunciarse sobre los presupuestos de tal excepción. ¿La estipulación de la cláusula octava del contrato, o algún otro pacto, tuvo el efecto de liberar al deudor primitivo y novar la deuda? De haber producido tal efecto, deberá acogerse la excepción de falta de legitimidad pasiva que alega la demandada. De lo contrario deberá rechazarse.

Tal excepción deberá ser el principal elemento a definir y a determinar por esta parte de este Sentenciador en este fallo, ya que iluminará otra decisión que se adopte respecto del asunto en debate en el presente juicio. Es, por tanto, elemento trascendental decisorio Litis, determinar si ha existido novación por cambio de deudor de las obligaciones de saldo de precio que emanaban del referido contrato de compraventa y cuál es el alcance y las estipulaciones y pactos que a ese respecto se han hecho.

Octavo: El Artículo 1.635 del Código Civil señala que: "La substitución de un deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

En la novación por cambio de deudor el "legislador ha exigido la voluntad expresa del acreedor de dar por libre al deudor"¹. No basta una simple manifestación, es necesario que sea expresa. A diferencia de cualquier otra forma de novación, en que basta comprobar la intención de novar de forma expresa o tácita, en la novación por cambio de deudor debe probarse que el acreedor, en forma expresa, manifestó su voluntad de dar por libre al deudor primitivo.

La jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia ha sido clara y contundente sobre esto. La expresión de voluntad de novar y de dar por libre al primitivo deudor debe ser expresa, manifiesta, no presuntiva, clara,

¹ René Abeliuk M., Las Obligaciones, tomo II, Editorial Jurídica, pág. 1006).

inequívoca, específica, no implícita, no dudosa, no interpretable.²

13°- Que, en general, para que se extinga una obligación por novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca, indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua, vale decir, que la intención de novar, de extinguir la obligación, puede manifestarse expresa o tácitamente;

14°- Que, sin embargo, tratándose de la sustitución de un deudor por otro para que se produzca la liberación del primero, es necesario que la voluntad del acreedor sea expresa, debe manifestarse en forma clara e inequívoca, no puede presumirse, ni aparecer de otros antecedentes. Así lo señala el Artículo 1.635 del Código Civil, norma que proviene del Artículo 1.812 del Proyecto del año 1853, y a su vez, según nota de Bello, tiene su antecedente en la Ley XV de la Quinta Partida.

Al respecto Claro Solar expresa: "Es, pues, necesaria una declaración expresa del acreedor que libere al deudor primitivo en substitución del cual acepta al nuevo deudor. Para que haya delegación, dice Pothier, refiriéndose a la delegación que acaba de definir como una especie de novación, es preciso que la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor y de contentarse con la obligación de este nuevo deudor que se obliga a su respecto en lugar del primero, sea bien marcada. Es por esto que si Pedro, uno de los herederos de mi deudor, para descargarse de una renta a mi favor, ha, en la partición, encargado a Jacobo, su coheredero, de pagármela a nombre suyo, no habrá delegación (que produzca novación); y Pedro no será liberado a mi respecto, si yo no he, por algún acto, declarado formalmente que daba por libre a Pedro; sin esto, aunque yo haya recibido de Jacobo sólo los réditos durante un tiempo considerable, no se podrá deducir de ello que yo lo he aceptado por mi deudor en lugar de Pedro y que he dado por libre a Pedro". Estas palabras de Pothier explican lo que la ley ha querido significar al decir que el acreedor exprese, al aceptar la delegación, su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Ha querido que haya constancia inequívoca de que esta es la voluntad del acreedor, ya que de él únicamente depende renunciar a un acreedor y tomar otro en su reemplazo. La ley es más severa para la novación por delegación que para la novación ordinaria; si exige una declaración del ánimo de novar, o que este animus novandi aparezca indudablemente por la incompatibilidad de la obligación primitiva y de la nueva, para la novación ordinaria, es necesario más que esto, es necesaria una declaración expresa del acreedor y no basta una declaración tácita de la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor, en la delegación destinada a producir novación. La Ley es lo suficientemente precisa a este respecto; y hace en este caso de la delegación la salvedad de no admitir, sino la expresión de la voluntad del acreedor de dar por libre al deudor primitivo, a diferencia de los demás casos de novación en que admite que la contrariedad entre las obligaciones sea manifestación indudable de que la primitiva ha sido novada y substituida por la nueva. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, página 440, N° 1744 Editorial Jurídica de Chile, 1979) Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 28 de marzo de 1985. RDJ, sección 2°, página 38. Ministros José Benquis C., Jorge Medina C., abogado integrante Sergio Urrejola R. (redacción de este último).

2 RDJ, Ts. 32, sec. 1°, pág. 405; 59, sec. 2°, pág. 43; 82, sec. 2°, pág. 38.-
Fundación AA con BB, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.181-2005.-
Banco BO con (sin registro), Corte Suprema, Rol 24.745
DD y otras contra EE, Corte Suprema, 17 de Junio de 1935.

Noveno: Se entiende, claramente, el sentido y alcance del Artículo 1.535 del Código Civil.

De acuerdo con lo expuesto por las partes en este juicio, respecto del titular de la deuda, es posible que nos encontremos en alguna de las siguientes situaciones: **i)** que el deudor sea exclusivamente don ZZ, como pretende la demandante; **ii)** que el deudor sea exclusivamente TR3, por haber operado novación por cambio de deudor, como lo pretende la demandada.

Para encontrarnos en la segunda de las situaciones, se requiere de estipulación expresa, de manifestación expresa del ánimo de novar y de manifestación expresa de liberación del primitivo deudor. En la especie se requiere una declaración expresa del acreedor XX (o su antecesora Inmobiliaria TR S.A.) de dar por libre al primitivo deudor y demandado señor ZZ aceptando que este nuevo deudor sea TR3.

No puede dejar de considerarse que lo que se pretende es la extinción de la deuda para el deudor primitivo (el señor ZZ) por la novación por cambio de deudor, sin que éste haya pagado la deuda. Es una situación excepcional y una forma de extinción excepcional, cuya forma de acreditación es también excepcional.

Pretender que una simple expresión de que existe novación o de que hay un cambio de deudor satisface el estándar que exige el Artículo 1.635 de Código Civil es contrario a dicha norma y no basta para que la nueva obligación extinga la antigua, ni menos para que el deudor primitivo quede liberado de su obligación.

Décimo: Un pacto en que en forma simple se acuerda novación o en que simplemente se señala que se extingue la deuda para el deudor primitivo, pero en que no se manifiesta claramente la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor, no es una estipulación o pacto nulo o inoponible. Es simplemente una estipulación válida a la que la ley –el tantas veces mencionado Artículo 1.635 del Código Civil– da un efecto expreso: no produce novación y el tercero es un diputado para el pago o es un obligado solidario o subsidiario, según parezca deducirse del tenor o del espíritu del acto. Es lo que se denomina doctrinariamente como “delegación imperfecta”³, cuyo efecto principal es que no se libera de la deuda al deudor primitivo.

Undécimo: Frente a lo expuesto corresponde determinar si la estipulación de la cláusula octava del contrato materia de este juicio –único instrumento donde ha existido alguna determinación o estipulación sobre novación por cambio de deudor, como ya se ha dicho– satisface el estándar exigido por el Artículo 1.635 de Código Civil y si basta para que la nueva obligación extinga la antigua y para que el deudor primitivo quede liberado de su obligación.

¿Tal cláusula es una expresión de parte del acreedor de su voluntad de novar y de dar por libre al primitivo deudor en forma expresa, manifiesta, no presuntiva, clara, inequívoca, específica, no implícita, no dudosa, no interpretable?

Reiteramos que la cláusula octava del contrato señala textualmente lo siguiente: “Se faculta expresamente a

3 Hernán Larraín Ríos, Teoría General de las Obligaciones, Lexis Nexis, Págs. 389 y 390. René Abeliuk M., Las Obligaciones, tomo II, Editorial Jurídica, pág. 1013. Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XII, de las Obligaciones, pág. 455.

don ZZ para vender, ceder y transferir las acciones que compra o para aportar éstas, a una persona jurídica en la cual tenga más de un cincuenta y un por ciento de su haber societario y detente su representación y administración, produciéndose en dicho caso, y para todos los efectos legales, una novación por cambio de deudor con relación a la deuda que se señala en la cláusula tercera de este instrumento”.

Establece esta cláusula:

- 1) Una facultad exclusiva y personal para el deudor señor ZZ para vender, ceder y transferir las acciones que compró o para aportar éstas, a una persona jurídica en la cual tenga más de un cincuenta y un por ciento de su haber societario y detente su representación y administración.
- 2) Un efecto atribuido y condicional a que se ejerza la facultad, la novación por cambio de deudor.

No establece la cláusula:

- 1.- Un acuerdo de novar en que se manifieste la voluntad del acreedor de novar y de que el deudor cambie por otro. La novación que señala la cláusula sólo es un efecto atribuido al ejercicio de una facultad.
- 2.- Una declaración expresa del acreedor de que es su voluntad liberar de la deuda al primitivo deudor.

Duodécimo: Sin embargo, aun cuando no haya existido una declaración expresa de liberar de la deuda al demandado señor ZZ, debemos examinar si la estipulación de la cláusula octava importa una forma expresa y no ambigua en que el acreedor manifestó la voluntad de dar por libre al deudor señor ZZ. O si tal declaración se hizo de una manera no ambigua, por algún otro medio, aun cuando no hayan empleado palabras sacramentales, aunque no escritas, por cualesquiera palabras, en que el acreedor haya dado a conocer.

“Pero hay acuerdo en la doctrina para estimar que no se requiere que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al deudor primitivo por escrito; y mucho menos, empleando palabras sacramentales, diciendo que da por libre al deudor primitivo o que su intención es novar la obligación aceptando el nuevo deudor en sustitución del antiguo. Laurent dice que en los varios casos en que ha encontrado en los textos del Código Civil el término expresamente lo ha interpretado en el sentido de que una declaración expresa implica una manifestación de voluntad por palabras, no términos sacramentales sino términos; cuando se redacta un instrumento, un escrito, expresiones cualesquiera que no dejen duda alguna sobre la voluntad del que hace o escribe la declaración, y es para que no quede duda alguna que la ley no se contenta con un consentimiento tácito; pues nada hay más incierto que el consentimiento que se induce de los hechos y circunstancias de la causa. Para Baudry-Lacantinérie y Barde, no es necesario que la declaración sea escrita; sería añadir a la exigencia del legislador. La declaración será expresa, aunque sea verbal, salvo las dificultades de la prueba. Si debe ser manifestada expresamente, no se sigue que deba serlo en términos solemnes. Todo lo que se necesita es que por medio de cualesquiera palabras el acreedor haga conocer, de una manera no ambigua, su voluntad de dar por libre al delegante. Esta es la opinión dominante”⁴.

4 Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XII, de las Obligaciones, pág. 441 y 442, citando a Laurent, t. 18, N° 317. Baudry-Lacantinérie y Barde, Obligations, t. 3, N° 1744; Delvincourt, t. 2, nota 3 a la pág. 173, pág. 569; Toullier, t. 7, N° 290; Duranton, t. 12, N° 323 y 324, Aubry y Rau, t. 4, & 324, texto y nota 32, pág. 219 y 220, 5ª edición; Larombière, t. 5 sobre el art. 1275, N° 6; Demolombe, t. 28, N° 313; Huc, t. 8, N° 119.

Decimotercero: De la prueba rendida no aparece ningún antecedente que permita dar por acreditado que existió declaración del acreedor de dar por libre al primitivo deudor. Reiterando lo analizado en el considerando quinto y décimo primero precedente en la cláusula octava del contrato no hay una declaración a este respecto en parte alguna. Ello ni siquiera es interpretable. No se trata de que no se empleara una fórmula sacramental, y que de esa cláusula se desprendería, de forma más o menos expresa o ambigua, que el acreedor manifestó su voluntad de dar por libre al deudor. Simplemente en esa cláusula no existe esa manifestación, no existe manifestación alguna, y sólo se atribuye a un acto que potencialmente puede realizar el deudor el carácter de novación. Esa estipulación es insuficiente para entender clara e inequívocamente que se dio por libre al primitivo deudor, esa estipulación no permite darle el carácter de manifestación o expresión en sentido alguno y no alcanza para entender que existió una manifestación expresa de voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

En cuanto a la prueba rendida por las partes, ni la confesional, ni la testimonial, permiten acreditar que esa declaración se hizo por otro medio, no sacramental, aunque no escrito, pero de forma clara y no ambigua.

Decimocuarto: Frente a lo señalado deberá rechazarse la alegación de la demandada de que no existe legitimación pasiva y que ha operado novación por cambio de deudor, por cuanto no se acreditó el presupuesto fáctico de la excepción consistente en la existencia de una manifestación expresa de la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor como exige el Artículo 1.635 del Código Civil.

Decimoquinto: Como ya se señaló, un pacto en que en forma simple se acuerda novación pero en que no se manifiesta claramente la voluntad del acreedor de dar por libre al primitivo deudor, no es una estipulación o pacto nulo o inoponible. Un acuerdo, como ocurre en la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones que nos ocupa, en que se da el carácter de novación a una situación específica, como el que se haga uso de una facultad de cesión de unas acciones y por ello, sin más pacto se entienda que ha existido novación por cambio de deudor, pero que ni en ese acto ni en ninguno otro posterior se expresó de forma clara e indubitada, no ambigua, que se daba por libre el deudor primitivo es una estipulación válida que se denomina "delegación imperfecta", como ya se ha dicho, que no produce novación y al que la ley -el tantas veces mencionado Artículo 1.635 del Código Civil- da un efecto expreso: el tercero es un diputado para el pago o es un obligado solidario o subsidiario, según parezca deducirse del tenor o del espíritu del acto. El efecto de la "delegación imperfecta", es que no se libera de la deuda al deudor.

A juicio de este Sentenciador, con la estipulación de la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones referida se produjo una "delegación imperfecta" y con ello el acreedor agregó otra opción de cobro al permitir que se transfieran las acciones que vendió a un tercero, tal como establece el Artículo 1.635 del Código Civil, siendo este tercero un delegado para el pago de las cuotas o un obligado solidario o subsidiario.

No es materia de esta sentencia definir si es el tercero un delegado para el pago o un deudor solidario o subsidiario, pero aparece con meridiana claridad que su participación en la compra de estas acciones y el pago de algunas cuotas no lo convierte en deudor único, ni libera al deudor primitivo.

Decimosexto: No escapa a la decisión de este Árbitro la circunstancia, alegada por la demandada, de que el demandante obtuvo pagos de cuotas de la deuda del nuevo deudor y, al cesar éstos, accionó judicialmente en contra de éste. No se observa, como pretendió la demandada, que la presente demanda constituya una conducta que se contradice con los actos propios de la demandante al recibir los pagos referidos y al haber demandado judicialmente por estos saldos al tercero. Esto por cuanto la teoría de los actos propios se fundamenta en la buena fe, y no se divisa dónde estaría la mala fe de quien es acreedor y sólo persigue se le pague una deuda o saldo de precio que ha sido reconocido como impago. Asimismo, el haber percibido pagos y los cobros y acciones judiciales respecto de un delegado o de un deudor solidario o subsidiario son plenamente concordantes con el intento de cobro que se hace al deudor principal.

Estos cobros y acciones judiciales, así como la circunstancia de que el demandante habría entendido, al menos en principio, que lo dispuesto en la cláusula octava del contrato era una estipulación que podría importar novación no significa, ni al menos un indicio –del todo insuficiente a la luz de lo ya determinado– de que existió de parte del demandante una expresión clara y no ambigua de que daba por libre al deudor primitivo. Reiteramos lo perentorio del Artículo 1.635 de Código Civil sobre la necesidad de declaración expresa, la que no puede suplirse por atribuciones, interpretaciones, presunciones o conductas ambiguas de la parte. Como ya se mencionó, se ha fallado que el pago de un tercero, con conocimiento de un deudor, en caso alguno constituye novación si no existe declaración expresa de dar por libre al primitivo deudor⁵; que tampoco lo constituye un pacto de hacerse cargo de una deuda ajena o el pacto de que un comprador, pagará parte del precio haciéndose cargo de una deuda⁶, y que la declaración de dar por libre al primitivo deudor necesaria para la novación por cambio de deudor no puede probarse por los medios ordinarios que establece la ley, incluso las presunciones⁷.

Lo señalado es suficiente para señalar que sin declaración expresa del acreedor de dar por libre al deudor primitivo no hay novación por cambio de deudor. La expresión de liberación del deudor no es desprendible, inferible, deducible, supponible, conjeturable, interpretable, colegible de circunstancias propias, actitudes, actuaciones, conductas, actos o entendimientos propios, por lo que la eventual existencia de tales actos, conductas o entendimiento es indiferente para los efectos de la resolución de esta causa.

Decimoséptimo: Conforme, asimismo, con lo precedentemente determinado, no corresponde acoger la solicitud de inoponibilidad de la novación por cambio de deudor que solicita la demandante. Tal cosa, por cuanto es necesario que exista novación para que ella pueda ser declarada inoponible, cosa que, como se ha abundado precedentemente, no ocurre. Si no hay novación en la especie, como meridianamente dispone el Artículo 1.635 del Código Civil, no es posible declarar que ella es inoponible a alguien. Simplemente nunca ha operado tal novación.

Decimooctavo: En cuanto a la declaración de inoponibilidad que solicita la demandante de la constitución de la sociedad TR3 deberá necesariamente rechazarse ya que no se divisa como tal constitución puede

5 Fundación AA con BB, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.181-2005.

6 Corte de Santiago, 27 de septiembre de 1935, r, t. 33, sec. 2º, pág. 49.

7 DD y otras contra EE, Corte Suprema, 17 de Junio de 1935.

afectar a la demandante y por qué tal constitución puede llegar a disminuir o eliminar la efectividad de las obligaciones, en particular las de pago, que impone el contrato.

Decimonoveno: Con lo considerado precedentemente queda claro que don ZZ es contratante y adquirente del contrato de compraventa de acciones que consta en escritura pública de fecha 23 de junio de 2006, ante el notario de Santiago don NT, Repertorio N° 00 que se encuentra acompañado a fs. 5 de autos, y sobre él recae la obligación de pagar el saldo de precio que señala la cláusula tercera del contrato y que ha sido materia de esta demanda, ya que tal obligación no ha sido objeto novación de por cambio de deudor, como alegó la demandada.

Por consiguiente, y conforme se ha demandado, es el demandado ZZ quien incumplió el contrato al no pagar la cuota de 8.818 UF que vencía el 31 de diciembre de 2009.

Vigésimo: Conforme con lo solicitado por la demandante, en mérito de lo preceptuado por el Artículo 1.489 Código Civil, procede ordenar el cumplimiento del contrato, en cuanto al pago de la cuota morosa antes señalada.

Habiéndose estipulado en la cláusula tercera del contrato el pago de intereses en caso de mora, intereses que conforme se ha señalado en la demanda corresponde aplicar en la especie por disposición del Artículo 1.559 de Código Civil, se ordenará el pago de lo adeudado con el máximo de intereses para operaciones reajustables.

RESUELVO:

1°. Que se acoge la demanda, sólo en cuanto se declara que el demandado don ZZ ha incumplido el contrato y la obligación de pagar la cuota del saldo de precio de venta estipulada en la cláusula tercera del contrato y que vencía el 31 de diciembre de 2009.

2°. Que deberá el demandado don ZZ responder personalmente por la obligación incumplida, debiendo pagar el equivalente en pesos de 8.818 Unidades de Fomento.

3°. Que la suma antes referida deberá pagarse más el interés máximo convencional para operaciones reajustables calculados desde la fecha en que se debió pagar la deuda el 31 de diciembre de 2009 hasta el efectivo pago.

4°. Que se rechaza la demanda en todo lo demás.

5°. Cada parte pagará, sus costas.

Notifíquese personalmente o por cédula. Autorícese por la señora Secretaria del Tribunal.

Tomás Aylwin Bustillos, Juez Árbitro. Secretaria.