

**Sergio Fernández Fernández**

Árbitro Arbitrador

Fecha sentencia: 26 de agosto de 2010

**Rol 1133-2009**

**MATERIAS:** Contrato de promesa de compraventa - cumplimiento parcial - objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas - constitución de servidumbres constituye un principio de enajenación - solemnidad de promesa de compraventa - cumplimiento con cosa distinta a lo pactado - contratante diligente - cláusula penal - reconvencción - multa en contrato considerado inexistente - estar llano a cumplir - derecho en contradicción con su conducta anterior.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** El señor XX interpone demanda de resolución de contrato de promesa de compraventa e indemnización de perjuicios en contra de ZZ1 y ZZ2 pidiendo el cobro de la cláusula penal. XX prometió vender, ceder y transferir a ZZ1 y ZZ2 en las proporciones de 80% y 20%, respectivamente, un predio, bienes muebles inventariados y los derechos en las solicitudes administrativas de derechos de aprovechamiento de aguas y constituir servidumbres; XX señala que cumplió con su obligación de constituir servidumbres y que quedó pendiente la inscripción de ellas hasta verificarse la compraventa prometida y se convino que en el evento que cualquiera de las partes dejara de cumplir lo prometido incurrirá en una multa, única y total de cien millones de pesos; XX alega que cumplió todas sus obligaciones derivadas de la promesa, en cuanto eran exigibles, y estuvo y ha estado llano al cumplimiento de las que serían exigibles al celebrarse la compraventa prometida, sin embargo, los demandados no cumplieron con su obligación de concurrir a la celebración de la compraventa prometida y al pago del precio; concluye XX, que los demandados son responsables del incumplimiento del referido contrato de promesa debiendo pagarle la multa pactada; ZZ1 señala al contestar la demanda que XX, prometió vender el 95% de la solicitud en trámite de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. Sin embargo, vendió, a un tercero, parte de esos derechos y que la constitución de servidumbres de XX adolece de un vicio que la hace nula de nulidad absoluta; agrega ZZ1 que por haber fallado las condiciones suspensivas a las que se sujetaba el contrato de promesa, la obligación de celebrar el contrato nunca nació; concluye, que la demanda debe ser rechazada, con costas; ZZ1 deduce demanda reconvenzional de indemnización de perjuicios en contra de XX y señalando que, conforme a la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, según el Artículo 1.546 del Código Civil, XX estaba obligada a mantener el dominio de los bienes cuya venta había prometido vender y tomar todas las medidas conservativas necesarias; ZZ2 contesta la demanda de XX, señalando la difícil circunstancia en que se encuentra, ya que suscribió el contrato de promesa de compraventa tanto como promitente vendedor como promitente comprador y que por un error en la tramitación de la solicitud de derechos de aguas, se consignó que lo prometido era el 95%; agrega ZZ2 que las condiciones, establecidas en la promesa, no han sido cumplidas por XX; XX replica, que la promesa solo incluyó los derechos en las solicitudes administrativas para constituir esos derechos de aprovechamiento de aguas, y no se comprometió el resultado de tales gestiones; y que de acuerdo con la doctrina de los propios actos, a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior; agrega que las servidumbres cumplen las condiciones de la promesa; que el embargo, que se invoca, fue alzado; y que el plazo pactado, para definir la época en que debe celebrarse el contrato prometido, es un plazo suspensivo.

Finalmente, señala que todas las condiciones establecidas en la promesa fueron cumplidas, como lo declaró el demandado ZZ2; XX contesta la demanda reconvenzional señalando que esta se basa en la imposibilidad de cumplir la promesa por haber enajenado parte de los derechos en la solicitud administrativa de aguas subterráneas; que esta enajenación parcial estaba en conocimiento de ZZ1, ya que le constaba la venta parcial de los derechos de aguas; que se rechaza la demanda reconvenzional con costas.

**LEGISLACIÓN APLICADA:**

Código Civil: Artículos 1.464, 1.545, 1.546, 1.548, 1.552, 1.560, 1.564, 1.682 y 1.683.

Código Procedimiento Civil: Artículos 636, 637 y 640.

Código Orgánico de Tribunales: Artículos 222 y 223.

Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.

**DOCTRINA:** Que el contrato de promesa celebrado entre XX y ZZ1 y ZZ2 estableció diversas condiciones o requisitos que debían cumplirse para la celebración del contrato definitivo de compraventa; que, además se pactaron otras condiciones, requisitos, declaraciones y autorizaciones a obtener, y entre ellas la de obtener autorización del banco acreedor, para constituir las servidumbres, atendido el hecho que el inmueble se encontraba hipotecado por el dueño del predio sirviente en favor del banco y que existía prohibición de gravar o enajenar el predio; que la sociedad dueña del predio dominante, sin la autorización del banco, constituyó servidumbres; que la falta de comparecencia del banco acreedor, autorizando las servidumbres, hace que estas le sean inoponibles; que, el predio sirviente estaba embargado a la fecha en que se constituyen las servidumbres, y su alzamiento se efectuó después de vencido el plazo para celebrar el contrato prometido; que el Artículo 1.464 en su N° 3 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; que es conocido y aceptado por la jurisprudencia y la doctrina que la constitución de servidumbres es un principio de enajenación; que las servidumbres constituidas, además de ser temporales e inoponibles al acreedor hipotecario, adolecen de un vicio que acarrea nulidad absoluta, la que podría ser declarada a petición de cualquiera que tenga interés en ello y que no puede sanearse; que, XX enajenó parte de los derechos en las solicitudes de aprovechamiento de aguas, que había prometido ceder a ZZ1 y ZZ2, con lo cual no disponía, a la época en que debía celebrarse el contrato definitivo de lo que había prometido vender; que la alegación acerca del conocimiento y eventual aceptación de la enajenación, por parte de los promitentes compradores no está acreditada; que siendo el contrato de promesa un contrato solemne, cuya solemnidad consiste en que conste por escrito, según el Artículo 1.554 del Código Civil, para modificar dicho contrato se habría requerido el cumplimiento de dicha formalidad, tanto más cuanto que se alteraba parte del objeto del contrato; que la exigencia de la escrituración es una solemnidad o requisito que no admite un consentimiento tácito o presunto; que de acuerdo a lo que dispone el Artículo 1.569 del Código Civil, en su inciso segundo, el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta a lo pactado, ni aún a pretexto de ser igual o de mayor valor; que no habiendo cumplido con lo anterior, XX no puede ser considerada como contratante diligente que lo habilite para requerir la resolución del contrato y el pago de la multa.

#### **EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL**

Que, ZZ2 estimó que el “contrato prometido nunca nació”; que si ZZ1 sostiene que no habían nacido las obligaciones del contrato, no se advierte cómo puede demandar, por la vía de la reconvención, el pago de la multa de un contrato que considera inexistente; que por otra parte, el demandante reconvencional no ha demostrado estar llano a pagar el precio; que el reconviniendo requería de créditos para pagar el precio del contrato prometido, los que solicitó a la Corporación de Fomento de la Producción; que dicha Corporación, informó que ZZ1 tenía aprobada una línea de crédito sujeta a condiciones que no se cumplieron dentro del plazo otorgado, quedando sin efecto el acuerdo; que al no existir el crédito de la Corporación de Fomento de la Producción que permitiera llevar a cabo la negociación prometida, se debe concluir que el reconviniendo no estaba en situación de cumplir con el pago de la cuota de contado del precio; que lo expuesto lleva al Árbitro, en conciencia, a la convicción que, si bien XX no cumplió en forma completa las condiciones requeridas según el contrato de promesa, ZZ1 no acreditó que cumplía o estaba llano a cumplir con la obligación que le correspondía, ni tampoco instó a la contraparte a celebrar el contrato prometido, todo lo cual no permite considerarlo como contratante diligente para exigir el pago de la multa;

**DECISIÓN:** Se rechaza tanto la demanda principal como la demanda reconvencional.

No se condena en costas por estimar que las partes han tenido motivos plausibles para litigar.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago, 26 de agosto de 2010.

**VISTOS:**

1. Conforme lo pactado en la cláusula duodécima de la escritura pública de fecha doce de agosto del año dos mil ocho, ante el Notario Público don NT1, entre ZZ1 y XX, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, por resolución de fecha 21 de septiembre de 2009, designó al infrascrito Árbitro Arbitrador para resolver la controversia acerca del cumplimiento del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes antes señaladas y de que da cuenta la escritura pública antes citada y que rola a fs. 7. El Árbitro aceptó el cargo y juró desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible, como consta de fs. 40.

2. A fs. 42 se dio por constituido el arbitraje y se citó a comparendo para fijar las normas básicas de procedimiento. El comparendo se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2009, acordando el procedimiento a seguir en el presente juicio, según rola a fs. 52.

3. Son partes del juicio, XX, representada por don E.P., ambos con domicilio en DML, ZZ1, representado por TR1, ambos domiciliados en DML. También es parte en este juicio don ZZ2, domiciliado en DML.

4. El objeto del arbitraje es resolver las diferencias habidas entre XX, por una parte y por la otra ZZ1 y don ZZ2 en relación con el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, que, como se indicó, rola a fs. 7, respecto de la Parcela del proyecto de parcelación del predio rústico "CC Hijueta Cuarta de la Hacienda HH", el inventario de maquinarias, muebles de oficina y equipos, herramientas y materiales que se anexó a la promesa, y las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a que se refieren los expedientes de la Dirección General de Aguas.

5. A fs. 94 XX demanda a ZZ1 y a don ZZ2 señalando lo siguiente:

Que XX prometió vender, ceder y transferir a ZZ1 y a don ZZ2, quienes a su vez prometieron comprar y adquirir para sí mismos -o para las personas naturales o jurídicas que podrían designar-, en las proporciones de 80% y 20%, respectivamente, el predio, los bienes inventariados y los derechos en las solicitudes administrativas de derechos de aprovechamiento de aguas ya identificados precedentemente.

Que don ZZ2 también es socio de XX en la proporción de 20%, y que hasta marzo de 2010 compartía la administración de la sociedad con don E.P.

Que don ZZ2 había intervenido en la gestación del negocio a que se refiere la promesa, pero fundamentalmente tomó participación como promitente comprador, junto a ZZ1, aunque su coadministración en XX constituía una forma de control del cumplimiento de las obligaciones de esta en beneficio de la parte promitente comprador.

Que el precio pactado fue de UF 59.887, y debía pagarse, en su equivalente en moneda nacional al tiempo del pago efectivo, en la forma siguiente: UF 55.000 a más tardar el 1 de diciembre de 2008; y, UF 4.887 en cinco cuotas iguales a UF 977,4 cada una, anuales y sucesivas, con vencimientos los días 31 de julio de los años 2009 al 2013.

Que el precio indicado se distribuía entre los bienes objeto de la promesa, con UF 29.200 para el predio, con UF 30.608,06 para los bienes inventariados y con UF 39,47 por cada una de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas.

Que la compraventa prometida debía otorgarse a más tardar el 1° de diciembre de 2008, por escritura pública en la Notaría de don NT1.

Que se estipuló expresamente que dicho plazo no era de caducidad y que, "por consiguiente, a su vencimiento cualquiera de las partes podrá exigir el cumplimiento forzado" de la promesa "o su resolución, en conformidad a las reglas generales" (cláusula cuarta de la promesa).

Que llegado el día del vencimiento originalmente convenido, y del que resultó de las diversas prórrogas que se fueron sucediendo, por no encontrarse los demandados con la disponibilidad de recursos para el pago, estos no instaron por la celebración de la compraventa prometida ni efectuaron pago alguno, como tampoco se allanaron a ello, situación que subsiste a la fecha.

Que se estipuló que la promesa quedaba sujeta al cumplimiento de diversas condiciones, todas las cuales, sin embargo "se han establecido en beneficio exclusivo de la parte promitente compradora, de manera que esta última podrá a su arbitrio exclusivo renunciar al cumplimiento de uno o más de ellos".

Que las condiciones son las siguientes:

- a) Legalidad de los títulos del inmueble y de la tramitación de las solicitudes administrativas de derechos de aprovechamiento de aguas:

Los títulos del inmueble y la tramitación legal de los derechos de aprovechamiento de aguas debían encontrarse ajustadas a derecho, para lo cual bastaría un informe del abogado don AB1.

Que evacuado el informe respectivo debe entenderse cumplido, pues nunca dio motivo a cuestionamiento alguno, y la carta de fecha 17 de diciembre de 2008, de XX, suscrita también por don ZZ2, así lo da a entender.

- b) Constitución de servidumbres para explotación y mantención del pozo ubicado en la "Hijuela Primera de HH".

Que a la fecha de suscripción de la compraventa prometida, debían encontrarse constituidas e inscritas, a favor del predio prometido vender, servidumbres de ocupación, acueducto, postación eléctrica y de tránsito necesarias para la explotación y mantención del pozo a que se refiere la solicitud del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, que se ubica en la "Hijuela Primera de HH".

Que para este objeto, de cargo de XX, debía obtenerse del propietario del predio sirviente la constitución de las servidumbres, incluyendo ciertas declaraciones y reconocimientos solo tendientes a reafirmar los derechos resultantes de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas, de la que también era titular el propietario del predio sirviente y la autorización de un banco a cuyo favor existían constituidas hipotecas y prohibiciones que limitaban el predio.

Que se estipuló también, que "no obstante lo anterior, se entenderán cumplidas las citadas condiciones, por el hecho de concurrir en forma legal el propietario del predio sirviente al otorgamiento de la escritura de compraventa definitiva, constituyendo las referidas servidumbres que se inscribirán con posterioridad y efectuando los reconocimientos y/o declaraciones y autorizaciones en los términos antes mencionados" (párrafo final, apartado B, cláusula cuarta de la promesa). Que con lo anterior, la constitución de estas

servidumbres es exigible al tiempo de celebrarse la compraventa prometida, luego de lo cual podrían inscribirse.

Que XX también hizo cumplir esta condición, y sociedad TR2 Ltda., la propietaria de la "Hijuela Primera de HH" en que se ubica el pozo y que pasó a denominarse TR2, constituyó las servidumbres y dispuso las declaraciones, reconocimientos y autorizaciones referidas, según escritura pública otorgada en la Notaría de don NT2, el 28 de noviembre de 2008, a la que se adicionó un pacto celebrado por escritura pública otorgada en la misma Notaría de don NT2 el 29 de noviembre de 2009, cuyo objeto fue reforzar la solicitud en trámite y nuevas solicitudes para obtener derechos de aprovechamiento de aguas en beneficio del predio de XX.

Que quedó pendiente la inscripción de las servidumbres hasta verificarse la compraventa prometida que las exigía;

c) Finiquito de trabajadores, o modificaciones de sus contratos de trabajo:

Que, finalmente, se pactó como condición "que a más tardar al momento de la celebración de la escritura de compraventa definitiva, todos los trabajadores relacionados con la promitente vendedora o de terceras empresas que trabajan al interior del inmueble prometido vender, se encuentren legalmente finiquitados, o bien, con anexos del contrato de trabajo, debidamente firmados, en que se acredite el consentimiento del trabajador a modificar su lugar físico de trabajo".

Que esta condición o requisito solo sería cumplido por XX al momento de celebrarse la compraventa, como lo permitía la promesa en forma expresa.

Que la entrega material del inmueble y bienes inventariados, se efectuaría a más tardar en la fecha de la compraventa prometida.

Que a la promesa celebrada se habían adelantado negociaciones, lo que determinó que la explotación del predio fuera de costo de quienes actuarían luego como promitentes compradores.

Que al celebrarse la compraventa, se pactó especialmente, que los promitentes compradores quedaban obligados, además, a rembolsar a la promitente vendedora los gastos de explotación y mantención del predio que XX hubiera efectuado desde mayo de 2008 en adelante (párrafos segundo y tercero, cláusula sexta de la promesa).

Que así fue ocurriendo durante todo el desarrollo de la promesa, pero para ello los promitentes compradores actuaron a través de TR3, que hizo el reembolso efectivo de los gastos de explotación considerados al efecto según anexo del contrato.

Que en la cláusula novena de la promesa, se convino que en el evento que una cualquiera de las partes dejara de cumplirla, desistiere de celebrar el contrato prometido o de suscribir la escritura pública correspondiente en el plazo estipulado, o por causas imputables a una de ellas no se pudiera llevar a efecto el contrato prometido, "la parte incumplidora o desistida incurrirá en una multa, única y total de cien millones de pesos, en beneficio de la parte diligente o cumplidora, multa que constituye una evaluación anticipada de todos los perjuicios sufridos por la parte diligente o cumplidora ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en este instrumento, lo anterior sin perjuicio del derecho de la parte cumplidora de solicitar el cumplimiento forzado de la obligación de celebrar el contrato prometido".

Que XX cumplió todas sus obligaciones derivadas de la promesa, en cuanto eran exigibles, y estuvo y ha estado llana al cumplimiento de las que serían exigibles al celebrarse la compraventa prometida.

Que no existieron reparos a los títulos del predio ni a las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, y que se constituyeron las servidumbres necesarias para la explotación y mantención del pozo de aguas subterráneas. Que la transferencia de las solicitudes administrativas de derechos de aprovechamiento de aguas y el finiquito de los trabajadores del predio, eran exigibles al tiempo de celebrarse la compraventa prometida, a lo que está llana XX, sin perjuicio que no representan los aspectos más esenciales del contrato de promesa, como resulta, por lo demás, del valor que a ellos se atribuyó en la misma promesa.

Que, sin embargo, los demandados no cumplieron con su obligación de concurrir a la celebración de la compraventa prometida y al pago del precio, dejando transcurrir el plazo convenido, sin excusa alguna.

Que los demandados simplemente no obtuvieron los recursos necesarios para financiar el precio de la compraventa prometida.

Que el hecho de haber estado llana al cumplimiento de la promesa por parte de XX, como promitente vendedora, y el incumplimiento de los demandados como promitentes compradores, quedan especialmente demostrados por la circunstancia que los mismos demandados, a través de un tercero, TR3 se hicieron cargo de los gastos de explotación del predio, desde mayo de 2008, lo que se desarrolló en completa normalidad, según lo pactado en la promesa.

Que actualmente XX está impedida de instar por el cumplimiento forzado de la promesa, por carecer los promitentes compradores de capacidad patrimonial para cumplir con el pago del precio, es decir, carecen de solvencia y su situación patrimonial es precaria.

Que XX tiene derecho a exigir el cumplimiento o la resolución, porque se encuentra en la situación del contratante diligente, que ha cumplido sus obligaciones y se encuentra llana a su cumplimiento.

Que en el caso de los promitentes compradores, su obligación fundamental estaba constituida por el pago del precio de la compraventa, pudiendo renunciar a las condiciones o requisitos impuestos en la promesa, lo que demuestra que aquellas condiciones -o no todas ellas- no eran naturalmente trascendentales para celebrar el contrato prometido.

Que XX cumplió y/o demostró estar llana al cumplimiento de sus obligaciones tendientes a dar por establecidos los requisitos o condiciones de la promesa, y en cambio, ZZ1 y don ZZ2 no cumplieron con la suya, sin que se allanaran en manera alguna a ello, porque no contaban con los recursos necesarios.

Que la consecuencia de lo anterior es la mora de los demandados, como promitentes compradores, y la mora autoriza a la demandante, como promitente vendedora, a exigir el cumplimiento forzado de la promesa, esto es, exigir la celebración de la compraventa prometida, o en su defecto, instar porque la promesa se declare resuelta y sin efecto, volviendo las partes al estado anterior, y en ambos casos, los demandados deben pagar la pena estipulada por el incumplimiento, de \$ 100.000.000.

Que la demandada, sin el concurso de don ZZ2, envió una carta el 5 de diciembre de 2008, que está acompañada al proceso, alegando que XX no dio cumplimiento a la totalidad de las condiciones pactadas, lo cual no es efectivo, puesto que dicha carta no contiene un reproche especial contra la actora, y en cambio instan a llevar a cabo negociaciones respecto de nuevos términos para llevar a cabo la promesa de compraventa. La referida nota fue respondida el 17 de diciembre de 2008, firmada, en este caso, también, por don ZZ2, desestimando el incumplimiento.

Que ante la insolvencia de los promitentes compradores, resulta naturalmente inconducente pedir el cumplimiento forzado de la promesa incumplida, razón por la cual XX se ve obligada a instar que la referida promesa se declare resuelta y se condene a los contratantes incumplidores al pago de la pena estipulada.

Concluye XX en su parte petitoria, que los demandados son responsables del incumplimiento del referido contrato de promesa; que se declare resuelta la promesa de compraventa por el incumplimiento de los promitentes compradores, y, por consiguiente, quedan libres las partes de todas las obligaciones que resultan del contrato, exceptuadas solamente las que se deriven de las declaraciones de incumplimiento y resolución, debiendo pagar los demandados a la demandante, por vía de pena o indemnización de perjuicios avaluada convencional y anticipadamente, la cantidad de \$ 100.000.000 (cien millones de pesos), en una proporción de 80% ZZ1 y en una proporción de 20% don ZZ2, con más reajustes desde la fecha del incumplimiento y hasta el pago efectivo, y con más intereses corrientes para operaciones de crédito de dinero reajustables desde el día en que el fallo quede ejecutoriado y hasta el pago efectivo, o la cantidad, reajustes e intereses que se determinen prudencialmente y conforme al mérito del proceso; y que los demandados deberán pagar las costas del juicio, en las proporciones de 80% ZZ1, y de 20% don ZZ2.

6. A fs. 129 contesta la demanda ZZ1 señalando que debe ser rechazada en todas sus partes por cuanto las condiciones suspensivas a las que se sujetó el contrato de promesa no se verificaron y que además ello ocurrió por responsabilidad exclusiva de la promitente vendedora y que por lo tanto, la obligación de celebrar el contrato prometido nunca nació, no existiendo incumplimiento de la parte promitente compradora; que las condiciones establecidas en el contrato de promesa, en las letras (A) y (B) de su cláusula quinta no fueron cumplidas; que las servidumbres que se debían constituir no se atienen a lo pactado; que el banco BO no compareció en la constitución de las servidumbres autorizándolas, atendido el hecho de que los gravámenes y prohibiciones que afectaban al predio sirviente, en donde se encuentra ubicado el pozo, así lo requería.

Señala en su contestación, además, lo siguiente:

Que la cláusula quinta establece que las condiciones recién señaladas se han establecido en beneficio exclusivo de la parte promitente compradora, y que esta última podría a su arbitrio exclusivo renunciar al cumplimiento de una o más de ellas.

Que la demandante pretende restarle importancia a la innegable relevancia que tales condiciones tienen en el marco de la compra de un predio agrícola, por el hecho que la promesa incluye la frase antes mencionada, en circunstancias que resulta evidente que lo único que hicieron las partes al incorporar esa frase (que por lo demás es habitual en este tipo de operaciones) fue señalar que tales condiciones se establecían en el beneficio de la promitente compradora, y de lo cual se desprendía que solo ella podía renunciarlas.

Que la condición relativa a que los títulos y tramitación legal de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, objeto del contrato de promesa se encontraran conforme a derecho no fue cumplida por la promitente vendedora al 1° de diciembre de 2008, por cuanto ella perdió la titularidad de una parte de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, por habérsela vendido a un tercero, pocos días antes de que venciera el plazo establecido para que las condiciones se cumplieran, como consta de la escritura de cesión de derechos celebrada entre XX y TR2 y que esta circunstancia llegó a su conocimiento solo en forma indirecta.

Que en el contrato de promesa, XX declara ser dueña del 95% de la solicitud en trámite de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas por un caudal de 80 litros por segundo cuyo expediente de tramitación corresponde al ND-0005. Sin embargo, al ceder voluntariamente parte de esa titularidad,

queda de manifiesto que la condición relativa a los títulos de la misma se encuentra incumplida. La verificación de la condición contenida en la letra (A) de la cláusula quinta implicaba lógicamente la necesidad de que la promitente vendedora fuera dueña de lo que se comprometía a vender, cuestión que no se cumplió, ya que cedió parte de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas a la sociedad TR2.

Que llegado el 1 de diciembre de 2008, fecha límite para el cumplimiento de las condiciones, no hubo noticias de la promitente vendedora en cuanto a si se habían cumplido o no las condiciones acordadas en el contrato de promesa de compraventa. Tampoco las partes habían negociado el texto de un contrato de compraventa ni existía en la Notaría de don NT1, donde se había acordado celebrar el contrato prometido en caso que se hubiesen cumplido las condiciones, una matriz de un contrato de compraventa para celebrarse entre las partes.

Que en una reunión realizada el 4 de diciembre de 2008 se les entregó una copia de la escritura pública otorgada en la Notaría de don NT2 el 28 de noviembre de 2008 en la que se constituían servidumbres con la que se pretendía dar por cumplida la condición señalada en la letra (B) de la cláusula quinta del contrato de promesa. Bastó una rápida lectura de la escritura entregada para darse cuenta que no era suficiente para dar por cumplidas las condiciones en los términos acordados.

Que la escritura de constitución de servidumbres entre TR2 y XX adolece de una serie de vicios e insuficiencias que determinan que su otorgamiento no satisfaga la verificación de la condición suspensiva en cuestión. Como primera insuficiencia la escritura adolece de un vicio que la hace nula de nulidad absoluta. En segundo término, dicha escritura en ningún caso cumple con las exigencias contenidas en la cláusula quinta letra (B) del contrato de promesa acordadas para el cumplimiento de la condición.

Que el predio sirviente, la Higuera Primera de HH de propiedad de TR2 se encontraba embargado, conforme consta de la anotación al margen de su inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces de MM.

Que una escritura de servidumbres que adolece de un vicio de nulidad absoluta y que por lo tanto, es insubsanable por la ratificación posterior de las partes, no puede ser considerada como suficiente para dar por cumplida la condición acordada por las partes en la letra (B) de la cláusula quinta del contrato de promesa.

Que la simple lectura de la escritura de servidumbres acompañada por la demandante en su escrito de demanda es suficiente para advertir que esta no permite dar por cumplida la condición establecida en la letra (B) de la cláusula quinta del contrato de promesa. Lo anterior se refleja en las siguientes circunstancias.

Que en la cláusula tercera de la escritura de servidumbres, las partes declaran que XX es titular de un 56,25% de la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas. Sin embargo, las servidumbres que debían constituirse para dar por cumplida la condición de la letra (B) de la cláusula quinta del contrato de promesa, eran del 95% de los derechos emanados de dicha solicitud.

Que todas las servidumbres constituidas son transitorias.

Que de acuerdo a lo señalado en la cláusula quinta de la escritura de constitución de las servidumbres lo son por un plazo de un año.

Que la escritura mediante la cual XX intenta dar por cumplidas las condiciones establecidas en el contrato de promesa, no contiene las declaraciones y reconocimientos que se acordaron.

Que las servidumbres no han sido inscritas en el correspondiente registro del Conservador de Bienes Raíces de MM, como se exigía en el contrato de promesa.

Que en el contrato de promesa acordaron establecer un plazo máximo dentro del cual tendrían que cumplirse las condiciones y que la cláusula cuarta del contrato de dicho contrato señala que dicho plazo sería el 1 de diciembre de 2008 y que "El plazo convenido precedentemente no constituye un plazo de caducidad y, por consiguiente, a su vencimiento cualquiera de las partes podrá exigir el cumplimiento forzado del presente contrato o su resolución, en conformidad a las reglas generales".

Que la intención de las partes al establecer este plazo era precisamente señalar una fecha máxima en la que se debían cumplir las condiciones, otorgándole a las partes un hito claro y objetivo que permitiría determinar de manera segura si se celebraría o no el contrato prometido. En ningún caso al añadir la frase relativa a la caducidad del plazo las partes acordaron que las condiciones podrían cumplirse en cualquier momento. Que el plazo para firmar el contrato prometido no se entendía de caducidad; que bajo esa perspectiva es que debe leerse la posibilidad excepcional establecida en la promesa, de que las servidumbres se inscribieran después de celebrarse el contrato prometido o que incluso las servidumbres y todas las declaraciones y autorizaciones que esta debía contener pudieran otorgarse en el mismo acto del contrato prometido.

Que, en la carta fechada 5 de diciembre de 2008 enviada a XX se manifiesta la total disposición en orden a coordinar una o más reuniones, a fin de buscar acuerdos respecto de los nuevos términos en los cuales podría llevarse a cabo la compraventa. La única intención de ZZ1 al agregar este párrafo a la carta fue mantener abierta la posibilidad de volver a negociar la operación, en términos distintos a los negociados anteriormente, considerando la imposibilidad de XX de cumplir las condiciones pactadas.

Que no importa lo que hubiera dicho la carta, lo verdaderamente importante es que las condiciones no se cumplieron.

Que un argumento reiterado por la demandante es señalar, que el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, se debió a falta de los fondos necesarios para pagar el precio del contrato prometido.

Que dicho argumento no es pertinente a la demanda de autos. En ninguna parte del contrato de promesa se establece la obligación de contar con una determinada suma de dinero en su caja para el 1 de diciembre de 2008.

Que la sociedad que creó y que administra ZZ1, es la sociedad TR1, cuyos accionistas son TR3, una de las exportadoras frutícolas más grandes del país, y TR4, una reconocida empresa de asesorías e intermediación financiera.

Que sobre los pagos hechos por TR3 a XX se trata de una información que no tiene relación con la demanda de autos y que, en todo caso, no obedece a lo ocurrido en la realidad; y que la cláusula sexta del contrato de promesa, regula el reembolso de gastos de explotación y mantención del predio de XX.

Que finalmente, los dineros entregados por TR3 a XX es una materia que actualmente está siendo conocida por los Tribunales Ordinarios de Justicia, tanto en sede civil, como en sede penal.

Que por haber fallado las condiciones suspensivas a las que se sujetaba el contrato de promesa, la obligación de celebrar el contrato prometido nunca nació, y por ello es imposible reclamar el cumplimiento de una obligación que por no haber nacido, no obligaba a ninguna de las partes, lo que a su vez permite

concluir la imposibilidad de resolver un contrato cuya vigencia terminó por haber fallado las condiciones suspensivas a las que estaba sometido.

Que debido a que al 1 de diciembre no se cumplieron las condiciones establecidas en la cláusula quinta del contrato de promesa, las partes quedaron liberadas de la obligación de concurrir a celebrar el contrato de compraventa prometido.

Que si se considerara posible cumplir hoy las condiciones establecidas en el contrato de promesa, tampoco la demandante ha demostrado estar llana a ello.

Concluye, que la demanda debe ser rechazada, con costas.

7. A fs. 129 ZZ1 deduce demanda reconvenional de indemnización de perjuicios en contra de la sociedad XX y señala lo que sigue:

Que al celebrar el contrato de promesa, XX se obligó a que, en caso de cumplirse las condiciones acordadas al 1 de diciembre de 2008, estaría obligado a vender a ZZ1 y a don ZZ2, la parcela, las maquinarias y equipos, y los derechos sobre las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas.

Que en consecuencia, y conforme a la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, establecida en el Artículo 1.546 de nuestro Código Civil, XX estaba obligada a mantener en su patrimonio los bienes cuya venta había prometido, así como tomar todas las medidas conservativas necesarias para mantener su entidad y calidad.

Que XX ha dejado de cumplir el contrato de promesa de compraventa y por causas imputables a ella no se puede llevar a efecto el contrato prometido. Fue para casos como este, que las partes acordaron en la cláusula novena del contrato de promesa, una multa en beneficio de la parte diligente y cumplidora.

Que por tratarse de una cláusula penal, se hace aplicable lo establecido en el Artículo 1.542 de nuestro Código Civil. En consecuencia, corresponde que XX pague la pena ya que se estipuló que procedería cuando "por causas imputables a una de ellas no se pudiera llevar a efecto el contrato prometido".

Que a mayor abundamiento, fue el actuar voluntario de XX lo que hizo imposible el cumplimiento de las condiciones a las que se sujetaba el contrato de promesa, quitándole al ZZ1 su legítimo derecho a comprar un predio con los derechos de aguas, maquinarias y servidumbres necesarias para su explotación.

Que en consecuencia, corresponde a XX asumir las consecuencias de sus actos y responsabilizarse por la cesión de derechos celebrada incumpliendo el contrato de promesa y por consecuencia pagar la multa acordada.

Que XX es responsable del incumplimiento del contrato de promesa de compraventa, debiendo pagar a ZZ1, por vía de indemnización de perjuicios, avaluada convencional y anticipadamente, la cantidad de \$ 100.000.000 (cien millones de pesos) más reajustes e intereses corrientes desde la fecha del incumplimiento hasta el pago efectivo, o la cantidad, reajustes e intereses que el Tribunal determine, con expresa condenación en costas a la demandada reconvenionalmente.

8. A fs. 177 don ZZ2 contesta la demanda de XX, señalando la difícil circunstancia en que se encuentra, ya que suscribió el contrato de promesa de compraventa tanto como promitente vendedor como promitente comprador.

Que a solicitud de don E.P., ubicó y se compró un predio, que es el objeto del presente juicio, para desarrollar un proyecto agrícola, constituyendo, para explotarlo, la sociedad XX.

Que como surgieron desencuentros en la sociedad, don ZZ2 buscó un comprador para el predio adquirido y los socios acordaron venderlo a ZZ1, celebrando para este efecto el contrato de promesa de compraventa que es objeto de este juicio.

Que el promitente comprador puso como condición para celebrar el contrato que don ZZ2 continuara en la administración del predio y como socio en un porcentaje y manteniendo su participación en XX.

Que como continuaron las dificultades con su socio y suegro don E.P., acordaron que don ZZ2 dejara la administración de la sociedad, iniciando aquel, diversos juicios a nombre de la sociedad, entre ellos, el de autos.

Que por un error en la tramitación de la solicitud de derechos de aguas correspondiente, se consignó que el pozo estaba en proporciones de 95% para XX y de 5% para TR2 Limitada, hoy TR2.

Que entiende que las condiciones, establecidas en la promesa, no han sido cumplidas, puesto que no han podido subsanarse todos los conflictos relacionados con los derechos de aguas y con las servidumbres.

9. A fs. 187 replica, en la demanda principal, XX señalando que no es efectivo que la promesa de compraventa incluyera los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que estaban siendo tramitados.

Que la promesa solo incluyó los derechos en las solicitudes administrativas para constituir esos derechos de aprovechamiento de aguas, y no se comprometió el resultado de tales gestiones.

Que ZZ1 demandado, argumenta manifiestas contradicciones, ya que, por una parte dice que no se verificaron las condiciones de la promesa, y que ello sería imputable a XX y luego agrega que la obligación de celebrar la compraventa nunca nació.

Que de acuerdo con la doctrina de los propios actos, a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior.

Que el segundo párrafo de la carta del 5 de diciembre de 2008, acompañada a la demanda, señala “las partes se encuentran liberadas de la obligación de proceder a materializar la operación de compraventa prometida”.

Que dichos términos y otros que menciona la carta son, al menos indiciarios, para dar por establecido que las partes estaban en completo conocimiento de todos los antecedentes del negocio prometido.

Que de otros párrafos de la mencionada carta se desprende que no hubo enajenaciones a espaldas de la demandada ni que estas fueron ocultas ni clandestinas y que por el contrario, eran hechos conocidos y aceptados.

Que las servidumbres cumplen las condiciones de la promesa y que el embargo, que se alega, fue alzado.

Que el plazo pactado, para definir la época en que debe celebrarse el contrato prometido, es un plazo suspensivo.

Que todas las condiciones establecidas en la promesa fueron cumplidas, como lo declaró el demandado don ZZ2 y podían serlo en cualquier plazo posterior al plazo previsto en la promesa.

Que ZZ1 demandado no estaba legalmente constituido a la fecha de la promesa.

**10.** A fs. 199 XX contesta la demanda reconvenional señalando que esta se basa, únicamente, en que se habría puesto en imposibilidad de cumplir la promesa por haber enajenado, en parte, derechos en la solicitud administrativa de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

Que esta enajenación parcial estaba en conocimiento de ZZ1, ya que esta constaba de la escritura de servidumbre de la que tomó conocimiento en una reunión celebrada el 4 de diciembre de 2008.

Que siendo dos los promitentes compradores, estos no pueden actuar separadamente.

Que se rechace la demanda reconvenional con costas.

**11.** A fs. 219 replica, en la demanda principal, XX señalando que el señor ZZ2 en su contestación no se refiere a la carta que suscribió conjuntamente con don E.P. el 9 de diciembre de 2008, que rola a fs. 532, en que le expresa a ZZ1 su intención de perseverar y firmar el contrato prometido.

Que tampoco se ha referido a la carta de enero 2009 que señala que XX ha dado cabal e íntegro cumplimiento a todas las condiciones de la promesa, encontrándose llana a la firma de la escritura, y que por ello no resulta comprensible que en su contestación, el señor ZZ2, entienda que las condiciones no han sido cumplidas.

Que los demandados deben actuar en común, ya que la obligación es indivisible.

**12.** A fs. 237 duplica, en la demanda principal, ZZ1 señalando que la demandante enajenó parte de los derechos en las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, con lo cual desapareció parte del objeto de la promesa y por ende ocasionó, que una de las condiciones suspensivas del contrato no pudiera cumplirse.

Que no hay contradicción en señalar, por un lado, que al fallar las condiciones, la obligación de celebrar la compraventa prometida nunca nació, y por otro lado demandar el pago de la multa por el incumplimiento de la promesa.

Que la circunstancia de que las condiciones fallen, acarrea como efecto necesario el que no nazcan las obligaciones sujetas a estas condiciones.

Que es distinto el efecto que se produce cuando las condiciones fallan por culpa de una de las partes, cuyo es el caso de autos.

Que la demandante invoca el texto de la carta en que ZZ1 le comunicó que las condiciones de la promesa habían fallado para legitimar la enajenación de parte de los derechos en las solicitudes.

Que lo expresado en la carta no es sino una muestra de cortesía que buscaba un camino pacífico de solución del problema.

Que los contratos de promesa, conforme el Artículo 1.554 del Código Civil, son solemnes, que no valen sino constan por escrito y que no hay documento alguno que modifique lo pactado.

Que resulta absurda la pretensión de que las condiciones podían cumplirse en un plazo indefinido en el tiempo.

Que la promesa establecía un plazo para el cumplimiento de las condiciones y que el plazo no era de caducidad.

Que se quiso establecer, que una vez cumplidas las condiciones, dentro de la fecha establecida, el transcurso del resto del plazo, sin que firmara el contrato, no extinguiría la obligación.

Que por otra parte el tema del plazo es irrelevante, pues, se reputa fallida una condición, también, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el evento.

Que en cuanto a las servidumbres tampoco se cumplió, ya que el contrato era nulo y no era lo acordado.

**13.** A fs. 245 replica en la demanda reconvenicional ZZ1 reiterando lo señalado en la dúplica y que los documentos acompañados por XX solo demuestran que ZZ1 no tuvo conocimiento ni menos aceptó la cesión de un porcentaje de las solicitudes de derechos de aguas.

**14.** Don ZZ2 no duplica.

**15.** A fs. 247 XX duplica en la reconvenición, señalando que ZZ1 tuvo conocimiento de la enajenación parcial de los derechos sobre las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y que la misma contestación a la demanda principal entrega los elementos para darlo por establecido.

Que acompaña un mensaje de correo electrónico, de fecha 10 de julio de 2008, que rola a fs. 258 de don G.W. a don AB4 (por XX) y copiado al señor ZZ2, al abogado don AB2 (también de XX), remitiendo un borrador de la servidumbre y a don AB1 (abogado de ZZ1 demandado) en la cual se refiere a la enajenación parcial de los derechos sobre las solicitudes de derechos de aguas subterráneas.

Que reitera los diversos argumentos señalados en los escritos anteriores.

**16.** La demandante XX junto con la demanda acompañó los siguientes documentos:

- 1.** A fs. 58, fotocopia de escritura pública otorgada con fecha 3 de octubre de 2003, en la Notaría de doña NT3, sobre compraventa celebrada entre doña R.R. y XX;
- 2.** A fs. 65, fotocopia de la inscripción de dominio de fs. 1.318 vuelta N° 2.184, del Registro de Propiedad del año 2003, del Conservador de Bienes Raíces de MM, correspondiente a la Parcela del Proyecto de Parcelación del predio rústico denominado CC Hijueta Cuarta de la Hacienda HH, la que fue adquirida por compraventa celebrada entre XX y doña R.R.;
- 3.** A fs. 66, fotocopia del inventario confeccionado por XX, constituido por maquinarias, muebles y equipos de oficina, herramientas y materiales;
- 4.** A fs. 68, fotocopia de la publicación en el Diario Oficial de fecha 15 de julio del 2004, donde consta que XX también era titular, en conjunto con TR2 Limitada, hoy TR2, en las proporciones de 95% y 5% respectivamente, de la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas;
- 5.** A fs. 69, fotocopia del Diario Oficial de fecha 15 de enero del 2004, donde consta la solicitud ante la Dirección General de Aguas, para el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, cuyo pozo de captación se encuentra en la parcela;
- 6.** A fs. 70, fotocopia de la inscripción de dominio de fs. 1.136 del Registro de Propiedad del año 2002, del Conservador de Bienes Raíces de MM, que corresponde a la compraventa celebrada entre sociedad TR2 a sociedad TR5, del predio rústico denominado "Hijueta Primera de HH";

7. A fs. 71, fotocopia de la escritura pública otorgada en la Notaría de don NT1, con fecha el 12 de agosto del 2008, que corresponde a la promesa de compraventa celebrada entre XX, por una parte, y ZZ1 y don ZZ2, por la otra;
8. A fs. 79, fotocopia de la escritura pública otorgada en la Notaría de don NT2, con fecha 28 de noviembre del 2008, que corresponde a la constitución de servidumbres y autorización de TR2 a XX;
9. A fs. 87, fotocopia de la escritura pública otorgada en la Notaría de don NT2, con fecha 29 de noviembre del 2008, sobre pacto de solicitud, tramitación, administración, uso y goce de derechos de aprovechamiento de aguas, entre XX y TR2;
10. A fs. 90, carta de ZZ1 a XX, de fecha 5 de diciembre del 2008;
11. A fs. 92, carta de XX a ZZ1, de fecha 17 de diciembre del 2008.

A fs. 172, la demandante acompaña además, copia de mensajes de correo electrónico intercambiados los días 18 y 19 de noviembre de 2008, por don ZZ2 y don G.W., de TR6 relativos a la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas.

A fs. 295, la demandante acompaña fotocopia de la escritura pública de modificación de la sociedad XX, otorgada en la Notaría de doña NT4, con fecha 22 de marzo del 2010.

La demandante, acompañó, también los siguientes documentos:

- a. A fs. 485, fotocopia de la querrela criminal ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, de TR3, contra quienes resulten responsables, en relación a los hechos vinculados a la promesa sublite;
- b. A fs. 504, fotocopia de la demanda de citación a confesar deuda ante el 1er. Juzgado de Letras de MM, de TR3 contra XX, por supuesta deuda de anticipos de precio de compra de producción del predio objeto de la promesa;
- c. A fs. 509, fotocopia del escrito de excepciones en juicio ejecutivo ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, entre XX y TR3;
- d. A fs. 518, fotocopia de la querrela criminal ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago, de XX contra los señores G.W. y J.F.;
- e. A fs. 531, fotocopia de carta del estudio de abogados TR7, de fecha 28 de mayo del 2010, informando el estado de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas;
- f. A fs. 532, fotocopia de la carta de XX a ZZ1, de fecha 9 de diciembre del 2008, recepcionada por TR3 con fecha 16 de diciembre del 2008.

17. ZZ1 acompañó los siguientes documentos:

1. A fs. 114, fotocopia de la carta enviada por XX a ZZ1, con fecha 5 de enero del 2009;
2. A fs. 116, copia autorizada de la escritura pública de cesión de derechos de XX a TR2, otorgada en la Notaría de don NT2, con fecha 28 de noviembre del 2008;
3. A fs. 119, copia autorizada de la inscripción de dominio del predio "Hijuela Primera de HH", a nombre de la sociedad TR2, inscrita a fs. 1136 del Registro de Propiedad del año 2002, del Conservador de Bienes Raíces de MM;
4. A fs. 120, copia autorizada de la inscripción del embargo sobre el predio "Hijuela Primera HH", a nombre de la sociedad TR2 Limitada, inscrito a fs. 1903 del Registro de Prohibiciones del año 2005, del Conservador de Bienes Raíces de MM;
5. A fs. 121, certificado de Hipotecas y Gravámenes, Interdicciones y Prohibiciones, Litigios Pendientes y Declaración de Bien Familiar del predio "Hijuela Primera de HH", a nombre de la sociedad TR2, inscrita a fs. 1136 del Registro de Propiedad del año 2002, del Conservador de Bienes Raíces de MM;
6. A fs. 123, copia autorizada de la escritura pública de modificación de sociedad de XX, otorgada con fecha 24 de marzo del 2009, en la Notaría de don NT5;

7. A fs. 127, copia autorizada de la inscripción de fs. 98 del Registro de Comercio del año 2009, del Conservador de MM, en el que se inscribe el extracto de la escritura pública de modificación de la sociedad XX;
8. A fs. 128, fotocopia de la publicación en el Diario Oficial que corresponde al extracto de la escritura pública de modificación de sociedad XX, realizada el día 4 de abril del 2009.

A fs. 331, ZZ1, acompañó, además, los siguientes documentos:

- a. A fs. 338, copia del Informe relativo al Análisis de Solicitudes de Derechos de Aguas de XX y Otra, preparado por el abogado don AB3, del estudio de abogados TR8, de fecha 21 de abril del 2008 (documento N° 1);
- b. A fs. 346, copia del correo electrónico de fecha 5 de agosto del 2008, enviado por don G.W. al abogado señor AB1, en el que el primero adjunta al segundo, un correo de fecha 21 de julio del 2008 del abogado don AB4 al abogado don AB2 (documento N° 2);
- c. A fs. 349, certificado de deuda de contribuciones de la Tesorería General de La República, correspondiente a la hijuela 1 MM de HH, (documento N° 3);
- d. A fs. 350, copia del correo electrónico de fecha 8 de julio de 2008, enviado por don AB2 a don G.W., que hace referencia a la compraventa del fundo SS de HH (documento N° 4);
- e. A fs. 353, fotocopia de la escritura pública de fecha 23 de septiembre del 2008, otorgada en la Notaría de don NT5 correspondiente al Acta de la Vigésimo Primera Sesión de Directorio de la sociedad TR1 (documento N° 5);
- f. A fs. 356, fotocopia de la protocolización del Reglamento Interno de ZZ1, otorgada con fecha 23 de septiembre del 2008, en la Notaría de don NT5, (documento N° 6);
- g. A fs. 370, fotocopia de la carta de fecha 25 de septiembre del 2008, enviada por TR1 a la Superintendencia de Valores y Seguros (documento N° 7);
- h. A fs. 371, fotocopia de carta de fecha 31 de diciembre del 2008, firmada por don P.R., Subgerente Comercial de TR9, enviada a don J.F., Director Ejecutivo de TR1 (documento N° 8);
- i. A fs. 373, copia de la publicación en el Diario Estrategia, de fecha 26 de septiembre del 2008, comunicando la constitución de ZZ1, (documento N° 9);
- j. A fs. 374, copia de correos electrónicos, enviados entre don P.R. y don J.K., en los meses de junio, julio y agosto de 2008 (documento N° 10).

ZZ1, acompañó, además, los siguientes documentos:

- a. A fs. 438, copia de diversos correos electrónicos de fechas 10 y 11 de diciembre del 2008, enviados entre don G.W., AB1 y don J.K., (documento N° 1);
- b. A fs. 442, carta certificada original de fecha 5 de diciembre del 2008, enviada por ZZ1 a don E.P. y a don ZZ2 (documento N° 2);
- c. A fs. 445, copia del correo electrónico de fecha 21 de enero del 2009, enviado por don AB1 a don J.F., a don M.A. y a don J.K. (documento N° 3);
- d. A fs. 450, copia legalizada de la escritura pública de cesión de derechos de XX a TR2, otorgada con fecha 28 de noviembre del 2008, en la Notaría de don NT2, (documento N° 4);
- e. A fs. 454, copia de la carta de fecha 4 de marzo del 2009, enviada por don E.P. a los señores ZZ2 y G.W. (documento N° 5);
- f. A fs. 458, copia legalizada de las inscripciones de fs. 110 vlt. y fs. 362 vlt., ambas del Registro de Hipotecas y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces de MM, del año 2002, (documento N° 6);
- g. A fs. 464, copia de la página web reclamos.cl donde consta un reclamo efectuado a la empresa TR10, y copia de la página web mercantil.com, con información de empresa TR10; copias de la página del Poder Judicial.cl con causas relativas a la sociedad TR11 (documento N° 7).

18. También se acompañaron los siguientes documentos:

- a. A fs. 584, copia legalizada de la protocolización del extracto, inscripción y publicación en el Diario Oficial de la constitución de sociedad TR12;

- b. A fs. 549, fotocopia de la cartola histórica de TR1 de fecha 31 de mayo del 2010, con el saldo correspondiente al 28 de noviembre del 2008;
- c. A fs. 550, fotocopia del contrato de apertura de crédito PP de la Corporación de Fomento de la Producción, de Santiago;
- d. A fs. 564, copia del balance clasificado comparativo de ZZ1 a diciembre del 2008.

19. A fs. 304 consta el acta de la audiencia de conciliación, en que las partes intercambiaron diversas ideas para un eventual avenimiento, sin llegar a un acuerdo. Sin embargo, las partes, acuerdan, conjuntamente con el Tribunal, llevar a cabo una nueva audiencia de conciliación.

20. Consta del acta de la segunda audiencia de conciliación de fs. 305, que las partes exponen una vez más sus posiciones, las cuales son discutidas y analizadas, tras lo cual se acuerda que el apoderado de la parte demandante, se comunique con el Tribunal, con el objeto de señalar las determinaciones que ha tomado su cliente respecto a los temas y proposiciones tratadas.

21. A fs. 306, se pone término al período de conciliación, por no haber avenimiento.

22. A fs. 307, modificada a fs. 313, se dictó el auto de prueba, fijándose, como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. Si la demandante XX, cumplió o estaba llana a cumplir las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa suscrito con ZZ1;
2. Si la demandada ZZ1 y don ZZ2, cumplieron o estaban llanos a cumplir las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa suscrito con XX;
3. Sentido, alcance y cumplimiento de las condiciones contenidas en la cláusula quinta del contrato de promesa de fecha 12 de agosto de 2008;
4. Derechos materia de la promesa de compraventa, en lo relativo a los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, y si ZZ1, estaba en conocimiento de la enajenación parcial de tales derechos, efectuada por XX.

23. A fs. 317 la demandante presentó lista de testigos y a fs. 322 lo hizo ZZ1 presentando además minuta de puntos de prueba. Don ZZ2 no presentó lista de testigos.

**24. A fs. 407 prestó declaración don AB2.**

El testigo es tachado por la parte de ZZ1, por las causales de los números 4 y 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

La parte de don ZZ2, se adhiere a la tacha del numeral 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el testigo ha declarado que representa al señor E.P., en un juicio por los mismos hechos que se conocen en este arbitraje.

La parte XX, pide que la tacha sea rechazada porque el testigo no ha reconocido ni remotamente servicios habituales, sino muy por el contrario, ocasionales y no relevantes, y porque tampoco se desprende de sus dichos que tenga un interés económico o jurídico en el juicio.

El Tribunal resolverá en la definitiva y se toma la declaración al testigo, el cual declara sobre los puntos N° 1 y N° 4 del auto de prueba y señala que la demandante cumplió con las condiciones del contrato de promesa que eran de su cargo y siempre estuvo llana a cumplir. Añade que lo anterior fue debidamente manifestado al demandado y que las servidumbres se constituyeron oportunamente. Respecto del embargo del predio sirviente, sostiene que la deuda estaba pagada y se había ordenado su alzamiento por el Tribunal y que ello

también estaba en conocimiento del demandado. En relación con la autorización que se requería del banco acreedor, esta no se obtuvo.

**25.** A fs. 411, don AB3, declara respecto de los puntos N° 3 y N° 4, del auto de prueba, señalando que revisó los títulos de las solicitudes de aguas en trámite que existían a nombre de XX y recomendó ser cuidadoso con las servidumbres debido a que el pozo se encontraba en terreno ajeno;

**26.** A fs. 417, comparece don R.V., quien declara respecto del punto N° 4 del auto de prueba, señalando que hay una disminución de la expectativa del derecho de aprovechamiento de aguas y que claramente, pasar de 95% a uno menor es relevante y que explotar un pozo sin derechos de aguas, además de ser una irregularidad, es un delito;

**27.** A fs. 420, comparece don J.A.

El testigo es tachado por la parte demandante, teniendo presente que tiene un interés a lo menos indirecto comprometido en el litigio, toda vez que, participa en una sociedad que es socia en TR3, quien a su vez es socio principal y quizás controlador de TR1, la que es administradora de ZZ1, lo cual importa tener un interés jurídico o económico comprometido en forma directa o indirecta. En consecuencia, se solicita no dar valor probatorio al testimonio.

La parte demandada se opone a la tacha, por cuanto el testigo ha declarado ser socio de la sociedad socia de TR3, siendo TR3 una importante exportadora de productos agrícola en Chile, la que a su vez y como un negocio lateral, tiene participación en la sociedad que administra ZZ1 demandado.

El Tribunal resolverá en la sentencia definitiva y se toma la declaración al testigo, el cual declara sobre el punto N° 3 del auto de prueba, señalando que para la compra del predio en cuestión, era muy importante la situación de las aguas y las servidumbres;

**28.** A fs. 426, comparece don AB1, quien declara respecto de los puntos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4, del auto de prueba señalando que las servidumbres, que constituyó el demandante, no eran las acordadas y que no aceptó la escritura de constitución de ellas y así se lo hizo saber en una reunión a la contraparte;

**29.** A fs. 572 comparece don G.W. quien señala que XX no cumplió con las condiciones establecidas en la promesa de compraventa. No cumplió con constituir una servidumbre de paso, acueducto y de postación en el predio sirviente. Que la escritura de servidumbres no fue la que originalmente había redactado el abogado de la compradora.

**30.** A fs. 380 se lleva efecto la exhibición de documentos decretada en autos.

**31.** A fs. 385, absuelve posiciones don ZZ2, al tenor de las posiciones de fs. 383 señalando que por un error se adjudicó, en la solicitud, a XX el 95% de los derechos de aprovechamiento de aguas lo que debía solucionarse después.

**32.** A fs. 569, absuelve posiciones don J.F. en representación de ZZ1, al tenor de las posiciones de fs. 566 señalando que no estaba en conocimiento de la enajenación de las aguas que había efectuado la demandante. Que como no tenían la seguridad de que Corfo tuviere aprobado al 1 de diciembre los recursos, TR1, que según el contrato podría ser comprador en defecto de ZZ1, tenía más del 50% y el resto sería financiado por un banco y entretanto obtendrían un crédito puente.

**33.** A fs. 129 ZZ1 solicita una medida precautoria respecto de bienes de la demandante. Tramitada en cuaderno separado, el Tribunal no accede a decretar la medida precautoria.

34. Con fecha 11 de mayo de 2010 el Tribunal resuelve, atendido el estado de tramitación del proceso, prorrogar por seis meses, a contar de su vencimiento, el plazo para conocer y dictar sentencia en esta causa.

35. Por resolución dictada en la audiencia del 2 de junio de 2010, a petición de ZZ1, se ordenó oficiar a la Corporación de Fomento de la Producción para que informe sobre la línea de crédito otorgada a ZZ1. A fs. 579 el demandante adhirió al oficio pidiendo se indicara el cumplimiento de las condiciones por parte de ZZ1. El Tribunal accede a lo solicitado.

36. A fs. 650 se acompaña el oficio diligenciado en el Conservador de Bienes Raíces de MM ordenado por resolución del 31 de mayo de 2010.

37. A fs. 652 se acompaña la respuesta de la Corporación de Fomento de la Producción al Oficio decretado en autos a fs. 582.

38. A fs. 674 se dio traslado a las partes para que presenten observaciones a la prueba.

39. A fs. 676 constan las observaciones a la prueba de XX y a fs. 711 constan las observaciones de ZZ1. Don ZZ2 no presentó observaciones a la prueba.

40. A fs. 774 se citó a las partes a una audiencia para oír alegatos.

41. A fs. 775 consta que se llevó a cabo la audiencia de alegatos. Por XX alegó el abogado don AB5, por ZZ1 alegó el abogado don AB6 y por don ZZ2 alegó doña AB7.

42. A fs. 776 consta la resolución de fecha 9 de agosto de 2009 que cita a las partes para oír sentencia, la que fue debidamente notificada a las partes.

#### **CONSIDERANDO:**

##### **A. EN CUANTO A LAS TACHAS**

Que en la audiencia de testigos del 26 de mayo de 2010 se tacha al testigo, presentado por la demandante, don AB2 por las causales de los números 4 y 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. La tacha será desestimada por cuanto, este Árbitro considera que no se cumplen los elementos de hecho que permitan restarle imparcialidad, ya que la actuación del señor AB2 no es de dependiente sino de abogado, ni se desprende que tenga interés directo o indirecto en el resultado del pleito;

Que en la audiencia del 27 de mayo de 2010 se tacha al testigo, presentado por ZZ1, don J.A., por tener interés indirecto en el juicio. La tacha será rechazada por cuanto se estima que no se ha acreditado tal interés;

Que en la audiencia del 2 de junio de 2010 se tacha al testigo, presentado por ZZ1, don G.W., por tener un interés indirecto en el asunto, toda vez que es querrellado por la demandante en otro juicio. La tacha será rechazada por cuanto el interés alegado no tiene relación con esta causa.

##### **B. EN CUANTO AL FONDO**

###### **Demanda principal:**

Que XX prometió vender a ZZ1, y a don ZZ2, en porcentajes del 80% para la primera y en un 20% para el segundo, según consta de la escritura pública de fecha doce de agosto de 2008 ante el Notario don NT1, un inmueble, bienes inventariados y derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en trámite, todo lo cual se individualizó en la cláusula primera del contrato;

Que en lo relativo a los derechos de aguas, estos correspondían a los derechos, respecto de la solicitud, en trámite, de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de ochenta litros por segundo, a captarse de un pozo, ubicado al interior de la Parcela del proyecto de parcelación del denominado CC e Hijueta Cuarta de HH, individualizado en el contrato de promesa ya señalado, y de los derechos, conjuntamente con sociedad TR2, en las proporciones del 95% para XX y en un 5% para la otra sociedad, respecto de una solicitud, en trámite, de aguas subterráneas de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de ochenta litros por segundo, a captarse desde un pozo ubicado en un predio de propiedad de la sociedad TR2 y que se individualiza en el contrato de promesa de compraventa;

Que el contrato de promesa celebrado entre XX, ZZ1 y don ZZ2 estableció diversas condiciones o requisitos que debían cumplirse para la celebración del contrato definitivo de compraventa;

Que entre las condiciones, antes referidas, se pactó, en la letra B de la cláusula quinta del contrato, que a la fecha de suscripción del contrato de compraventa definitivo, se encuentren debidamente constituidas e inscritas, a favor del predio prometido vender, las servidumbres de ocupación, acueducto, postación eléctrica y de tránsito necesarias para la adecuada explotación y mantención por parte de los promitentes compradores del pozo individualizado en el número tres de la cláusula primera del contrato esto es, el pozo ubicado en la propiedad de la sociedad TR2 Limitada, hoy TR2.

Que, además se pactaron otras condiciones, requisitos, declaraciones y autorizaciones a obtener, y entre ellas la de obtener autorización del banco BO, para constituir las servidumbres, atendido el hecho que el inmueble se encontraba hipotecado a favor de dicho banco y que existía prohibición de gravar o enajenar el predio;

Que la referida sociedad Agrícola (TR2), sin la autorización del banco, constituyó servidumbres de ocupación, tránsito, tendido eléctrico y acueducto a favor del predio de propiedad de XX;

Que conforme lo que dispone la cláusula sexta de la escritura de constitución de las señaladas servidumbres estas “son otorgadas por la constituyente por un plazo de un año a partir de la suscripción del presente instrumento”, esto es a contar del 28 de noviembre de 2008;

Que conforme a lo anterior, las servidumbres constituidas, por ser temporales, no pueden considerarse como las necesarias para la adecuada explotación y mantención del pozo y por lo tanto se apartan del sentido de lo pactado;

Que por otra parte, la falta de comparecencia del banco acreedor, autorizando las servidumbres hace, además, que estas sean inoponibles al acreedor hipotecario;

Que, el predio sirviente se encontraba embargado al 28 de noviembre de 2008, fecha en que se constituyen las servidumbres, y su alzamiento se ordena por resolución del Tribunal el 6 de mayo de 2009 y se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces de MM el 4 de junio de 2009, esto es, después de vencido el plazo para celebrar el contrato prometido (1 de diciembre de 2008);

Que el Artículo 1.464 en su N° 3 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

Que es conocida y aceptada por la jurisprudencia y la doctrina que la constitución de servidumbres constituye un principio de enajenación;

Que conforme todo lo anterior las servidumbres constituidas, además de ser temporales e inoponibles al acreedor hipotecario, adolecen de un vicio que acarrea nulidad absoluta, la que podría ser declarada a petición de cualquiera que tenga interés en ello y que no puede sanearse por las partes;

Que no se consignaron en la escritura de servidumbres, ni consta en autos instrumento alguno que contenga las declaraciones y reconocimientos que se acordaron en la escritura de promesa de compraventa, como la declaración del propietario del predio sirviente de que a lo menos el 95% de las bombas e instalaciones del pozo eran propiedad de XX;

Que, consta de la escritura pública que rola a fs. 116, que XX enajenó parte de los derechos en las solicitudes de aprovechamiento de aguas, que había prometido ceder a ZZ1, con lo cual no disponía, a la época en que debía celebrarse el contrato definitivo, de una parte de los derechos que había prometido vender;

Que la alegación acerca del conocimiento y eventual aceptación de la enajenación, por parte de los promitentes compradores no está acreditada, por cuanto, siendo el contrato de promesa un contrato solemne, cuya solemnidad consiste en que conste por escrito, según lo preceptúa el Artículo 1.554 del Código Civil, para modificar dicho contrato se habría requerido necesariamente, el cumplimiento de dicha formalidad, tanto más cuanto que se alteraba parte del objeto del contrato;

Que la exigencia de la escrituración es una solemnidad o requisito que no admite un consentimiento tácito o presunto;

Que la alegación, de que los derechos respecto de las aguas que conservaba la demandante en su dominio, después de la enajenación, serían suficientes para la explotación del inmueble prometido vender, no tiene la virtud de modificar lo pactado;

Que las declaraciones de los testigos no acreditan ni son suficientes para modificar los términos del contrato prometido;

Que conforme todo lo anterior, se debe concluir que la demandante no cumplió a cabalidad con las condiciones pactadas en cuanto a las servidumbres, en cuanto a los derechos de aguas en tramitación ni en cuanto a las declaraciones que se debían obtener;

Que de acuerdo a lo que dispone el Artículo 1.569 del Código Civil, en su inciso segundo, el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que lo pactado ni aún a pretexto de ser igual o de mayor valor;

Que no habiendo cumplido con lo anteriormente señalado, XX no puede ser considerada como contratante diligente para requerir la resolución del contrato y el pago de la multa establecida en la cláusula penal pactada al celebrar el contrato de promesa de compraventa;

**En cuanto a la demanda reconvenzional:**

Que por su parte, e ZZ1 señaló al contestar la demanda, que “si por haber fallado las condiciones suspensivas a las que se sujetaba el Contrato de Promesa la obligación de celebrar el contrato prometido nunca nació, entonces es imposible reclamar el cumplimiento de una obligación, que por no haber nacido no obligaba a ninguna de las partes”, y agrega que es imposible de resolver un contrato cuya vigencia terminó precisamente por haber fallado las condiciones suspensivas a las que estaba sometido Y, además, agrega: “De esta manera, la solicitud de la demandante en el juicio de autos, además de estar basada en hechos

falsos e interpretaciones caprichosas y antojadizas, es imposible de cumplir por cuanto no se puede resolver un contrato cuya vigencia terminó de modo natural el día 1 de diciembre de 2008”;

Que, de acuerdo con lo que se señaló en el considerando anterior, ZZ1 reconviniente, estimó que el “contrato prometido nunca nació”;

Que si ZZ1 sostiene que no habían nacido las obligaciones del contrato, no se advierte cómo puede demandarse, por la vía de la reconvención, el pago de la multa de un contrato que considera inexistente;

Que por otra parte, el demandante reconvencional no ha demostrado estar llana a cumplir la obligación contraída en la promesa de compraventa de pagar el precio;

Que por el contrario, ZZ1, como consta de la carta que suscribe el 5 de diciembre de 2008, que no ha sido objetada, señaló que entendía que “las partes se encuentran liberadas de la obligación de proceder a materializar la operación de compraventa prometida”;

Que además de lo expuesto, como consta en autos, la demandante reconvencional, vencido el plazo para celebrar el contrato prometido, señaló que su propósito era llevar a cabo nuevas conversaciones, y no instó por el cumplimiento del contrato;

Que el reconviniente, según lo ha reconocido en autos, requería de créditos para el pago del precio del contrato prometido, los que solicitó a la Corporación de Fomento de la Producción;

Que dicha Corporación, como consta del oficio que se acompañó a los autos, informó, que el 23 de diciembre de 2008 ZZ1 tenía aprobada una línea de crédito sujeta a que se acreditara la suscripción de contratos de promesa, pagos de cuotas y otras condiciones, lo que no se cumplió dentro del plazo otorgado, quedando sin efecto el acuerdo, el 6 de noviembre de 2009;

Que el representante de ZZ1, al absolver posiciones a fs. 570 señala, que al no contar con el crédito de Corfo, la sociedad administradora de ZZ1 tenía disponible más del 50% del dinero requerido para el pago del precio de la compraventa prometida y que el saldo se obtendría con créditos bancarios y un préstamo puente, todo ello después de expirado el plazo convenido para celebrar el citado contrato;

Que la eventual obtención de créditos y de un préstamo puente no han sido acreditados, ni se han señalado las solicitudes de los mismos, ni el acuerdo de las instituciones que lo habrían otorgado, lo cual de haber ocurrido, habría acontecido con posterioridad a la fecha pactada para la celebración del contrato prometido;

Que al no existir el crédito de la Corporación de Fomento de la Producción y no habiéndose acreditado la existencia de otro financiamiento que permitiera llevar a cabo la negociación prometida, se debe concluir que el reconviniente no estaba en situación de cumplir con el pago de la cuota de contado del precio;

Que la prueba testimonial tampoco acredita que ZZ1 estuviere llano a cumplir el contrato prometido ni que hubiera instado a XX a hacerlo;

Que lo expuesto en los considerandos anteriores lleva al Árbitro, en conciencia, a la convicción que, si bien XX, no cumplió en forma completa las condiciones requeridas según el contrato de promesa de compraventa, ZZ1 no acreditó que cumplía o estaba llano a cumplir con la obligación que le correspondía, ni tampoco instó a la contraparte a celebrar el contrato prometido, todo lo cual no permite considerarlo como contratante diligente para exigir el pago de la multa;

Que conforme todo lo anterior, y obedeciendo además, a lo que la prudencia y la equidad le indican, llevan a este sentenciador a no dar lugar a la demanda principal ni a la demanda reconvenzional;

Y **VISTO** lo dispuesto en los Artículos 1.464, 1.545, 1.546, 1.548, 1.552, 1.560, 1.564, 1.682, 1.683 y demás pertinentes del Código Civil y 636, 637 y 640 del Código de Procedimiento Civil y 222 y 223 del Código Orgánico de Tribunales y las Normas de Procedimiento Arbitral contenido en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.

**RESUELVO:**

- 1º. Se rechazan las tachas opuestas a los testigos don AB2, don J.A. y don G.W.;
- 2º. Se rechaza la demanda interpuesta por XX;
- 3º. Se rechaza la demanda reconvenzional entablada por ZZ1;
- 4º. Cada parte pagará sus propias costas y por tercios las del Árbitro y las del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Notifíquese personalmente o por cédula. Dese copia autorizada a petición verbal de las partes y archívense los autos, en su oportunidad. Sergio Fernández Fernández, Juez Árbitro. Rol 1133-09.