

EL DAÑO SOCIAL PROVOCADO POR EL DECISIONISMO JUDICIAL: ARBITRARIEDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS INNOMINADOS EN UNA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

THE SOCIAL DAMAGE CAUSED BY JUDICIAL DECISIONISM: ARBITRARINESS IN THE INTERPRETATION OF UNNOMINATED CONTRACTS IN A DECISION OF THE COURT OF APPEALS OF SANTIAGO

RODRIGO PABLO PÉREZ*

RESUMEN: Se comenta un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que plantea importantes problemas para el tráfico jurídico. La Corte, extralimitando los alcances del recurso de queja, desfiguró el contrato de cierre de negocios y falló sin un razonamiento claro. Nos parece que este fallo es expresión del decisionismo judicial, y muestra como esta tendencia puede tener perniciosos efectos. Se plantea que, si bien los Tribunales deben resolver los casos no solamente conforme al tenor de la ley, ellos deben guardarse de caer en la arbitrariedad o en razonamientos imbricados.

Palabras clave: recurso de queja, *arbitro arbitrador*, cierre de negocios, decisionismo judicial.

ABSTRACT: A judgment of the Court of Appeals of Santiago that poses important problems for legal traffic is commented. The Court, exceeding the scope of the *recurso de queja*, disfigured the “business closing” contract and decided without clear reasoning. This ruling is an expression of judicial decisionism, which shows how this tendency can have pernicious effects. It is argued that, although the Courts must resolve cases not only according to the black letter law, they must also guard against falling into arbitrariness or overlapping reasoning.

Keywords: recurso de queja, *amiable compositeur*, business closing contract, judicial decisionism.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONFLICTO Y SUS PROBLEMAS

Se discutirá una sentencia que nos invita a la reflexión acerca de la necesidad de compatibilizar las normas y formas jurídicas con, por un lado, las necesidades del comercio y la defensa de la buena fe, y, por otro, con los sentimientos y deseos de justicia. En ella la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de queja deducido contra la sentencia de un árbitro arbitrador que se había pronunciado acerca de la procedencia de una cláusula penal fijada en un contrato denominado por las partes como cierre de negocios.

* Profesor de Derecho Internacional Privado e Introducción al Derecho Comparado de Contratos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, LLM en Derecho Privado y Comparado por la Universidad de Edimburgo, PhD (c) por la Universidad de Edimburgo. Dirección Aschman Court, 10, Edimburgo. Correo electrónico: rjpablop@gmail.com. ORCID: 0000-0002-0008-9960.

El fallo de la Corte de Apelaciones merece una nota negativa por cuanto desconoció la existencia de contratos innominados ampliamente conocidos por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica comercial; desechó la aplicación de la figura jurídica que era propiamente aplicable al caso –la cláusula penal enorme–; desfiguró los alcances y límites legales del recurso de queja, y atentó contra las normas que regulan la competencia de los árbitros arbitradores. Todo lo anterior sin dar mayores antecedentes que revelaran un conocimiento apropiado del caso. Es más, la Corte en su resolución hizo caso omiso de los argumentos de las partes y el informe del árbitro.

Quizás podríamos rescatar del fallo que, en momentos de crisis económica, se presenta como una mayor exigencia de justicia y moralidad a todos los jueces, pues de forma sutil, pero clara, les exige guardar la debida equivalencia de las prestaciones, y la interpretación y ejecución justa de los contratos. Asimismo, creo que es rescatable la reivindicación del valor protector de las formalidades. De esta manera podríamos destacar que la sentencia tiene una inspiración moralizadora, que actúa en pro de la justicia y la ponderación de distintos intereses.

Si embargo, resulta lamentable que estos puntos favorables se vean opacados por el hecho de que en el Tribunal más parece imperar el desprecio por el derecho y primar el, así denominado, decisionismo, tras el cual termina por imponerse más la arbitrariedad antes que un razonamiento ordenado acerca de los problemas jurídico-sociales que sean sometidos a su conocimiento.

A continuación, resumiremos el caso, la sentencia del árbitro que conoció del asunto en primera instancia, el fallo de la Corte de Apelaciones y el rechazo de la queja contra dicho fallo por la Corte Suprema (II). Luego, nos referiremos a los elementos que nos hacen calificar negativamente la resolución de la Corte de Apelaciones (III). Tras esto analizaremos los puntos que podríamos decir son positivos –la defensa de la equivalencia de las prestaciones y la reconstitución del rol social de las formalidades–, pero también daremos cuenta de cómo la arbitrariedad del fallo los opaca (IV). Una vez hecho lo anterior, nos referiremos a la queja de la queja (V). Finalmente, daremos una conclusión global sobre lo que consideramos el problema del decisionismo judicial y hablaremos de lo que consideremos la forma en que los jueces deben resolver (VI).

El objetivo será mostrar como sentencias como esta pueden tener perniciosos efectos para la colectividad y el desarrollo del derecho en nuestro país.

II. EL CONFLICTO

1. EL CIERRE DE NEGOCIOS

La empresa inmobiliaria IEL (en adelante también la “Demandante”) inició un procedimiento arbitral en contra de doña CFD (en adelante también la “Demandada” o la “Quejosa”, y en conjunto con IEL las “Partes”) pidiendo al árbitro arbitrador designado para resolver el proceso (en adelante el “Árbitro” o “AA”) por el Centro Nacional de Arbitrajes que decretase la resolución del contrato denominado cierre de negocios (en adelante el “Cierre de Negocios” o el “Contrato”) y condenase a la Demandada a pagar la correspon-

diente indemnización de perjuicios que se encontraba pactada en una cláusula penal incluida en el Cierre de Negocios, la que ascendía a 40.000.000 de pesos (en adelante la “Pena”).

El Cierre de Negocios consistía en dos documentos, ambos proveídos por la corredora de propiedades que ofrecía el inmueble (en adelante el “Inmueble” o la “Propiedad”) por parte de IEL. El primero denominado “Propuesta”, fue suscrito por la Demandada el día 11 de julio de 2019. En él se ofrecía a la Demandante celebrar un contrato de compraventa (en adelante la “Compraventa”) por el Inmueble dentro de 45 días hábiles bancarios desde la aceptación de la Propuesta, los que serían prorrogables por una única vez por igual término. Además, la Propuesta indicaba que la Compraventa tendría un precio de 14.850 UF que la Demandada pagaría con un 15% al contado y el 85% restante recurriendo a un crédito hipotecario. Asimismo, la Propuesta establecía una Pena para el caso de que cualquiera de las Partes se retractase de la celebración de la Compraventa una vez que la Propuesta hubiese sido aceptada, y se indicaba que la Propuesta tendría una vigencia de tres días hábiles bancarios. Adicionalmente, se establecía que todas las controversias serían resueltas por un árbitro arbitrador designado por el Centro Nacional de Arbitrajes.

El segundo documento se denominaba “Aceptación”, fue suscrito por la Demandante con fecha 15 de julio de 2019. En él la Demandante aceptaba pura y simplemente los términos del Cierre de Negocios.

Se debe destacar que cuando CFD suscribió la Propuesta había secciones del documento en blanco, las que luego fueron completadas por la corredora o IEL.

CFD concurrió a suscribir la Compraventa, pero informó que no contaba con el dinero para pagarla y ofreció otras formas de pago, lo que no fue aceptado por IEL. De esta manera, la Compraventa no se concretó dando origen al conflicto que fue resuelto por el Árbitro.

2. JUICIO ARBITRAL (ROL 211 DE 2020 DEL CENTRO NACIONAL DE ARBITRAJES)

La Demandante fundó su derecho en la no celebración de la Compraventa y en la Pena pactada en el Cierre de Negocios. Con respecto a los hechos relatados en su demanda, indica que, si bien, la Demandada suscribió la escritura de Compraventa, inmediatamente informó que no contaba con los fondos para cumplir su obligación, por lo que ella –la Demandante– no concurrió a la suscripción de dicha escritura pública. Agrega que la Demandada actuó de mala fe por cuanto no aceptó llegar a algún acuerdo alternativo con la Demandante. En cuanto al derecho para pedir la resolución e indemnización invocó principalmente el artículo 1489 y de forma adicional –y podríamos agregar poco clara– los artículos 1545, 1546, 1556 y 1557 del Código Civil.

La Demandada se defendió señalando que la no celebración de la Compraventa no se debió a una retractación suya, sino que, por el contrario, ella concurrió a suscribir la escritura pública y al no contar con los fondos ofreció otras formas de pago, incluyendo la entrega en parte de pago de un campo suyo en Linares, siendo estas soluciones rechazadas por la Demandante. Agregó que IEL habría seguido ofreciendo el Inmueble a pesar de la suscripción del Cierre de Negocios lo que representa un incumplimiento a una obligación esencial del Contrato y, por lo mismo, debía considerarse que ella contaba con la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1552 del Código Civil. Además, señaló

que cuando suscribió el Cierre de Negocios, este no estaba completo, lo que demostraría una falta de intención de obligarse por parte de la Demandante.

El Árbitro estableció los siguientes hechos en su sentencia: (i) la validez del Cierre de Negocios y que, por ende, para la determinación de las obligaciones había que estarse a lo señalado en él; (ii) que era clara la voluntad de obligarse de ambas Partes, a pesar del hecho de que la Demandada estaba al tanto de no contar con los fondos suficientes para cumplir con lo indicado en el Contrato; (iii) que la Demandante había cumplido con sus obligaciones y que, por ende, no había lugar a lo señalado en el artículo 1552 del Código Civil; (iv) que no se aportaron pruebas que pudiesen acreditar alguna modificación de la voluntad de las Partes con respecto a lo manifestado en el Cierre de Negocios. En vista de los hechos antes señalados, el Árbitro concedió la demanda y con ella la Pena.

Es interesante destacar que las Partes en ningún momento discutieron el monto de la Pena ni la naturaleza de esta. La dieron por establecida y durante este proceso parecían contestes en que se hallaban obligadas al pago de ella en caso de verificarse los hechos que le diesen lugar.

3. RECURSO DE QUEJA (ROL 10.455-2021 DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO)

La Demandada dedujo recurso de queja en contra de la sentencia del Árbitro, señalando que la falta o abuso grave en que se sustentaba el recurso era “la falsa apreciación de los antecedentes del proceso”, lo que hace que el Árbitro “dicte un fallo de manera arbitraria por haber incurrido en un error de hecho en la apreciación de los antecedentes del proceso”. De acuerdo con el recurso, los errores del Árbitro habrían sido:

- (i) “Otorgar plena validez al (...) Cierre de Negocios”, en circunstancias que dicho documento adolecía de una serie de falencias que afectaban su integridad, tales como: contar con enmiendas, no estar suscrito por el dueño de la Propiedad, no contar con fecha cierta. Señala que a pesar de haber sido puesto el Árbitro en conocimiento de esto, él le dio valor al Cierre de Negocios en el entendido de que fue la misma Demandada quien lo validó al concurrir a la notaría a suscribir la Compra-venta. Sin embargo, agrega, esto no debió ser el caso, pues la escritura de Compra-venta era entre personas distintas de las que figuraban en el Cierre de Negocios; se trataba de otra razón social por parte de la Demandante y de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada de propiedad de la Demandada por parte de ella;
- (ii) Añade que, el Árbitro habría dado validez al Cierre de Negocios siendo que la Propiedad pertenecía a otra sociedad;
- (iii) La Demandante no acompañó al proceso ningún antecedente que diera cuenta de que el Cierre de Negocios fue suscrito dentro de los tres días siguientes a la formulación de la Propuesta.

Sobre la base de los antecedentes anteriores indica que en el proceso se presentaron dos documentos que daban cuenta del Cierre de Negocios que eran distintos, uno por cada

Parte, sin poder advertirse por qué el Árbitro dio valor al presentado por la Demandante en lugar de por la Demandada.

Asimismo, el recurso señala que a pesar de ser los conceptos de prudencia y equidad según los que debe fallar un arbitrador una cosa “subjetiva”, el Árbitro falló “contraviniendo toda prudencia cuando acogió en todas sus partes la demanda de [IEL], no tomando en cuenta las evidentes dudas e inconsistencias sobre [el Cierre de Negocio], y el hecho irrefutable de que la [Demandante] se presentaba como vendedora y dueña [del Inmueble], el cual finalmente pertenecía a un tercero ajeno al juicio”.

Concluye, citando a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que el Árbitro

olvidó que la equidad como instrumento de humanización de la norma debe observar las siguientes reglas: 1) Prescindir de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones; 2) Opera sobre las personas y no sobre las cosas; 3) Protege al diligente, no a quien descuida su derecho y 4) La igualdad es en principio, equidad.

Sin embargo, no explica cómo se dio esta situación en los hechos de la causa.

El Árbitro evacuó su informe referido al recurso de queja resumiendo el caso y los argumentos de cada Parte, para luego referirse a las faltas y abusos graves que le imputó la Quejosa, los que fueron divididos por él en tres puntos. El primero de ellos fue “[f]alsa apreciación de los antecedentes del proceso en lo relativo a dar por acreditada la validez del documento ‘Cierre de Negocios’ y ‘dar por cumplidas las obligaciones de la [D]emandante, con antecedentes que no corresponden a la [D]emandante””, el Árbitro señala:

- (i) Que el hecho de no corresponder las partes que suscriben la Compraventa con aquellas que suscriben el Cierre de Negocios es un elemento nuevo, no alegado durante el juicio, y que además se contradice con la defensa de la Demandada;
- (ii) Que en el considerando 10° de su sentencia se explican punto por punto las razones que tuvo el Árbitro para considerar válido el Cierre de Negocios;
- (iii) Que las Partes en reiteradas ocasiones le dieron validez al Cierre de Negocios;
- (iv) Que las supuestas falencias del Cierre de Negocios en nada afectan su validez y que ellas son parte de la forma en que naturalmente se suscriben estos documentos. A mayor abundamiento, agrega que no se entiende que la Quejosa haya suscrito el Cierre de Negocios y el borrador de la Compraventa y que ahora cuestione su validez;
- (v) Que de los antecedentes acompañados es dable al Árbitro concluir que la falta de identidad de las partes que suscriben la Compraventa y aquellas que suscriben el Cierre de Negocios no es tal, ya que la vendedora es una empresa que en un 100% es de propiedad de la Demandante y que las mismas afirmaciones de ella durante el juicio le hacen suponer que el cambio de los nombres respecto de ambos suscribientes de la Compraventa fue convenido.

Luego, sobre la existencia de dos documentos que se denominan Cierre de Negocios, indica que en el

Considerando Décimo de la Sentencia Arbitral, se analiza en detalle el argumento respecto a la supuesta existencia de dos versiones del “Cierre de Negocio”, concluyendo en base a los antecedentes aportados al proceso, así como también al contenido del propio documento... se trata de una misma versión de un documento que fue completado, lo cual tiene una explicación lógica y clara, y que, a mayor abundamiento, fueron ambas Partes quienes le dieron plena validez y vigencia a dicha versión.

Agrega, además, que durante el proceso la Demandada no objetó el documento acompañado por la Demandante.

Con posterioridad, el Árbitro se refiere a la situación del verdadero propietario del Inmueble con más detalles indicando que esta es la primera vez que en el proceso la Demandada hace referencia a este hecho y al borrador de Compraventa. Agrega que, durante el proceso ante él, solo conoció el documento que contenía la Compraventa de forma indirecta por un oficio que él mismo remitió a otro Tribunal Arbitral. Indica que, en todo caso, el documento fundante del arbitraje fue el Cierre de Negocios y que él consideró que no contaba con las competencias para extender su resolución a lo dicho en el borrador de la Compraventa que no había sido sometido a su decisión.

Por lo anterior concluye que lo que verdaderamente ocurre es que la Quejosa no comparte la apreciación de los hechos levantada por el Árbitro, pero en ningún caso que las apreciaciones suyas carezcan de fundamentos, sean abusivas o arbitrarias.

El segundo de los puntos que según el Árbitro habría levantado la Quejosa sería una “errónea fundamentación de la sentencia”. En este sentido, señala que la Quejosa indicaría “que existiría falta o abuso grave al haberle otorgado validez al Cierre de Negocio, sin haber exigido mayores antecedentes a la [IEL] para acreditar la fecha de la aceptación”. Indica que este argumento es contradictorio con la propia argumentación de la Quejosa en este juicio y con sus actos propios en el desenvolvimiento del negocio. Asimismo, haría presente que el Árbitro no habría apreciado la prueba correctamente para efectos de entender el negocio existente entre las Partes, a lo que el Árbitro responde señalando que la Quejosa no alegó esto durante la etapa procesal correspondiente y replicando los argumentos señalados para dar por válido el Cierre de Negocios para comprobar su apreciación del caso.

En tercer y último lugar, el Árbitro señala que la Quejosa le imputaría haber vulnerado los artículos 223 número 3 del Código Orgánico de Tribunales y el 640 del Código de Procedimiento Civil, esto es, decidir conforme a su prudencia y equidad, pues el Árbitro habría desconocido “de manera evidente cuestiones insoslayables como lo son: la legítima duda de la fuerza obligatoria del acto jurídico ‘Cierre de Negocio’, que contiene enmiendas”.

En este último sentido, el Árbitro señala que la validez del Cierre de Negocios ya ha sido debidamente argumentada. Luego justifica su apego a la prudencia y equidad señalando que

según el Diccionario de la Real Academia la prudencia es definida como: “(...) una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello, 2) templanza, moderación, 3) Discernimiento, buen juicio” y la equidad como “(...) bondadosa templanza habitual; propensión a

dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.

Agregando además que Patricio Aylwin ha sostenido que: “El arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada”. Para rematar señalando que “este Árbitro ha demostrado, tanto en el presente informe como en la tramitación del proceso y en la dictación de la Sentencia Arbitral, un apego total a los principios antes citados, motivo por el cual tampoco se configura la falta o abuso denunciada a este respecto”.

La Corte de Apelaciones decidió el caso sin considerar ni los argumentos de la Quejosa ni los del Árbitro. En efecto, tras resumir los puntos de ambos, la Corte aborda asuntos que nunca fueron discutidos durante el proceso.

La Corte señala que el Cierre de Negocios

encubre o simula derechamente un contrato de promesa de celebrar una compraventa de un bien raíz, que a su respecto el artículo 1554 del Código Civil regula expresamente, en lo concerniente a los requisitos y condiciones que debe contener el referido contrato de promesa, cuestión que se aparta claramente en su contenido y estipulación el documento en análisis

en el cual la parte Demandada se obliga a comprar la Propiedad. Luego agrega que, si bien el Árbitro “está obligado a someter su accionar a las reglas mínimas que le entregan las partes y a dictar la sentencia conforme a las reglas de la prudencia y equidad”, él no puede desconocer los “requisitos obligatorios y de orden público” que establece el artículo 1554 del Código Civil para la validez de una promesa de compraventa.

Así, la Corte indica

las referidas directrices del buen juzgar [la prudencia y la equidad], deben imperiosamente obrar su desempeño, y de no serlo incurre en una falta o abuso grave al imponer la sanción pecuniaria, por lo que esta Corte estima que no puede el fallo arbitral en estudio, imponer la obligación a la [Demandada de] pagar la suma [\$40.000.000] más intereses, que emanan del incumplimiento de una multa, ya que se traduce inequívocamente en un verdadero enriquecimiento sin causa de la [Demandante].

La Corte conecta ambos argumentos en el considerando sexto de su sentencia señalando que

“la facultad de resolver conforme a la prudencia y equidad no autoriza en caso alguno a fallar en contra de uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico en general y del derecho civil en particular, esto es, y como ocurre en la especie, a fundar una sentencia en un acto que, en sí, es carente de un motivo jurídico válido, para imponer –como se dijo– una condena pecuniaria a la [Quejosa] (...) por ende, el juez recurrido contravino texto legal expreso que lo obligaba a fallar en

equidad y prudencia, ya que al acoger completamente la demanda de autos, desconoció –como se indicó– de manera evidente el verdadero sentido y alcance del acto jurídico “Cierre de Negocio”, que ocultaba un real contrato de promesa de compraventa de bien inmueble con todos los derechos, obligaciones y modalidades que ello conlleva, lo que a la postre significó, el aludido desconocimiento que se evidencia, la imposición de una ingente multa, afectando, a todas luces, el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa”.

4. QUEJA DE LA QUEJA (ROL 10.965-2022 DE LA CORTE SUPREMA)

IEL presentó un recurso de queja contra el fallo de la Corte de Apelaciones. En él defendió el actuar del Árbitro y acusó a los ministros de la Corte de las siguientes graves faltas y abusos: la falta de motivación del fallo, la calificación del Cierre de Negocios como una promesa de compraventa, que los ministros han vuelto la queja una verdadera segunda instancia y que la sentencia se extiende a hechos no debatidos por las Partes.

Asimismo, señala que, de no acogerse este recurso de queja, en subsidio, la Corte Suprema enmiende la resolución de oficio.

La Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos, en atención a la doctrina establecida de que no procede la queja de la queja. Tampoco corrigió la sentencia de oficio.

III. LOS PROBLEMAS DEL FALLO

Sin perjuicio de que en el apartado siguiente destacaremos algunos puntos positivos de la sentencia de la Corte de Apelaciones, es importante destacar que ella es negativa y peligrosa, pues viola diversos principios jurídicos tanto del ámbito del derecho civil como procesal, erigiendo al juez como constructor de la ley y la justicia, y no como un servidor que debe descubrir lo justo de cada caso, teniendo presente, en primer lugar, sus propias debilidades¹, y, en segundo, que sus palabras tendrán efectos universales². A estos problemas nos dedicaremos en los puntos siguientes.

1. LA SENTENCIA DESFIGURA UN ACTO JURÍDICO INNOMINADO, PERO DE GRAN USO COMERCIAL DENOMINADO CIERRE DE NEGOCIOS, AL ASIMILARLO A UNA PROMESA DE COMPRAVENTA

La Corte de Apelaciones señala que el Cierre de Negocios “encubre o simula derechamente un contrato de promesa de celebrar una compraventa de un bien raíz”. Por ello concluye que para la validez del mismo y, por ende, de la Pena, el Cierre de Negocios debía cumplir con los requisitos del contrato de promesa. Sin embargo, este razonamiento atenta

¹ No se debe olvidar que el juez no necesariamente es más justo que los otros miembros de la comunidad, su diferencia con ellos y lo que lo autoriza para juzgarlos, es que el juez conoce las leyes que debe aplicar. En este mismo sentido se pronunciaba Platón en *El Político* (véase: MAFFI (2019) pp. 183-184, y CERDA (1988) p. 25).

² Si bien es cierto que nuestro sistema no concibe los precedentes judiciales como fuentes del derecho, ellos juegan un rol como argumentos persuasivos para futuras sentencias, y son la principal herramienta de trabajo para que los abogados prevean futuras decisiones. Para un análisis más acabado de los precedentes en países con sistemas de derecho civil y *common law* véase: LEWIS (2021) pp. 873-898.

contra la posibilidad de otorgar contratos innominados (1.1.); es contrario al desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha tenido en nuestro país el así denominado cierre de negocios (1.2.), y finalmente no analiza los actos jurídicos en cuestión (1.3). Así, deviene en un atentado contra la seguridad del comercio.

1.1. Este razonamiento niega la posibilidad de actos jurídicos innominados

La doctrina y jurisprudencia nacional han concluido que la promesa de compraventa no es el único contrato preparatorio que existe en el orden civil y que los individuos, en uso de la libertad contractual y de la garantía de la libertad económica, pueden crear contratos preparatorios innominados, siendo tal el caso, especialmente en el ámbito inmobiliario, de los así denominados cierres de negocios³.

En este mismo sentido, el profesor Puelma señalaba que esta conclusión brota del tenor de diversas disposiciones –artículos 1437, 1438, 1445, 1545 y 1546– de nuestro Código Civil. Para él, el único límite a la libertad contractual está dado por el orden público y en ningún caso se podría considerar que todo contrato preparatorio debería caer dentro de la categoría de la promesa de celebrar un contrato, pudiendo perfectamente existir otras convenciones innominadas⁴.

En sentido similar, Abeliuk no se extrañaba de la evolución de la doctrina y jurisprudencia que habían ido admitiendo nuevas formas de contratos preparatorios diversos de la promesa, lo que atribuía a los problemas que esta supone y a la evolución económica y jurídica del país que ha dado lugar a la necesidad de nuevos contratos⁵ –los que muchas veces han nacido en la práctica de corredores de propiedades, siendo tal el caso del cierre de negocios⁶–.

Ambos autores comparten con matices su entendimiento acerca de lo que es el cierre de negocios y sus características, destacando que es distinto del contrato de promesa y perfectamente válido por aplicación del principio de autonomía de la voluntad⁷. Esta es la opinión mayoritaria en la actualidad⁸.

Por su parte, la Corte Suprema ha razonado de forma similar validando la existencia de una convención innominada como el cierre de negocios al señalar:

siendo igualmente válidos los contratos de cierre de negocios y de promesa, su diferencia está dada por los contornos que se acuerdan respecto del contrato definitivo, en la primera podrá ser general y en la promesa debe satisfacer las exigencias legales. El incumplimiento de ambas formas de contratación puede dar origen a responsabilidades por la parte renuente a cumplir sus obligaciones o que las haya transgredido⁹.

³ ALCALDE y BOETSCH (2021) pp. 585-587.

⁴ PUELMA (1991) pp. 13-14 y 17-18.

⁵ ABELIUK (2012) pp. 14-15.

⁶ PUELMA (1991) p. 37. ABELIUK (2012) pp. 263-264, 275.

⁷ PUELMA (1991) p. 41. ABELIUK (2012) p. 277.

⁸ LÓPEZ (2018) pp. 55-56.

⁹ Corte Suprema, *SEPÚLVEDA CON BANCO DEL DESARROLLO*, voto disidente de Sergio Muñoz, considerando 8°; Corte Suprema, *URREA CON CORPBANCA*, considerando 10°; Corte Suprema, *ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*, considerando 14°.

Asimismo, se debe destacar que la Corte Suprema en los casos en que ha fallado contra las pretensiones amparadas en un cierre de negocios lo ha hecho más bien al dar por acreditado que no se verificó apropiadamente la formación del consentimiento entre las partes del proceso¹⁰ y en que esta clase de acuerdos no son suficientes para hacer exigible la celebración del contrato solemne definitivo. En este último sentido, la Corte Suprema ha señalado que tampoco puede buscarse la responsabilidad de quien se retracta en sede contractual, sino que debe hacerse en sede extracontractual¹¹, mas siempre se trata de casos en que las partes no han suscrito propiamente un acuerdo que ordene sus relaciones, sino en los que, habiéndose formado el consentimiento, el contrato definitivo no se ha celebrado.

Con todo, es importante destacar que la Corte Suprema no ha negado la posibilidad de dar lugar a otra clase de contratos preparatorios que tengan fines distintos a los de la promesa de compraventa¹², lo que también es afirmado por la generalidad de la doctrina¹³.

Entre dichos contratos se encuentra el cierre de negocios, el que puede dar lugar perfectamente a responsabilidad contractual en caso de que no se celebre el contrato definitivo pactado en su virtud, siendo su límite el no poder involucrarse en ámbitos propios del contrato de promesa¹⁴. En este sentido, nada obsta a que se establezca una cláusula penal, la que será exigible en sede contractual, en caso de que no se celebre el contrato señalado en el cierre de negocios¹⁵. En efecto, y como se verá en el siguiente apartado, esto es lo propio de este acto jurídico innominado¹⁶.

En este sentido, se puede destacar que el debate en torno a la validez del cierre de negocios y de las multas fijadas en su virtud para el caso de la no celebración de un contrato parece estar más bien marcado por la calificación del conflicto en cada caso. En este sentido, la profesora López destaca que el conflicto se presenta en la determinación de la etapa propiamente precontractual y aquella marcada por los contratos preparatorios¹⁷.

Ahora, alguien podría cuestionar que este razonamiento venga al caso, pues, en su sentencia, la Corte de Apelaciones no descarta la posibilidad de que existan contratos preparatorios innominados diversos de la promesa de compraventa. Es más, se podría sostener

¹⁰ Corte Suprema, *TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*, considerando 4°; Corte Suprema, *INMOBILIARIA Y ADMINISTRADORA CGL CON PETROBRAS CHILE DIST. LTDA.*, considerandos 4° y 9°.

¹¹ Pueden verse los extensos razonamientos de ambas sentencias citadas en el número anterior. En ellos se destaca que no se puede exigir la celebración del contrato o la indemnización de perjuicios basado en un incumplimiento contractual, sino que únicamente se da lugar a la posibilidad de demandar daños en sede extracontractual. La Corte razona extensamente sobre las dos doctrinas que se han levantado en Chile en esta materia, concluyendo que en este caso ambas llegan a la misma conclusión –este razonamiento se hace especialmente claro en el caso de Corte Suprema, *TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*, en su considerando 12°–. Valga señalar que este razonamiento de la Corte Suprema ha recibido una nota favorable de la profesora ZULOAGA (2018) pp. 392-393.

¹² Corte Suprema, *LANGE CON IBÁÑEZ*, considerando 8°. Asimismo, puede verse Corte Suprema, *ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*, considerandos 12°-14°.

¹³ ZULOAGA (2018) p. 393.

¹⁴ PUELMA (1991) p. 40.

¹⁵ CORRAL (2012) p. 92.

¹⁶ PUELMA (1991) p. 40. ABELIUK (2012) p. 277.

¹⁷ LÓPEZ (2018) p. 56-57.

que su razonamiento es similar al de la sentencia dictada por la Corte Suprema en Lange con Ibáñez que hemos citado¹⁸. Sin embargo, podemos hacer tres críticas a esta postura.

Primero, en Lange con Ibáñez no existió propiamente un contrato de cierre de negocios, sino que lo alegado por el demandante tenía que ver con la existencia de un consentimiento formado por la aceptación de la oferta de comprar un inmueble¹⁹.

Segundo, lo breve del razonamiento no permite advertir por qué en este caso el Cierre de Negocios sería asimilable a una promesa. Por el contrario, en la forma planteada, parece ser que esta figura, el cierre de negocios, de usanza común en el mercado inmobiliario, siempre quedaría subsumida dentro del entendimiento de una promesa de compraventa. En este sentido, vale la pena destacar que la doctrina se manifiesta de forma mayoritaria en el entendido de que se puede pactar una pena para el caso de la no celebración de un negocio²⁰, lo que no equivale a que dicho acuerdo deba ser considerado dentro de la categoría de una promesa, opinión que asimismo ha sido reafirmada por la jurisprudencia²¹.

Finalmente, debemos hacer presente que la sentencia niega lugar a la formación de un consentimiento válido reviviendo la así denominada doctrina tradicional en cuanto a la formación del consentimiento, la que era considerada como superada por la doctrina²² y la jurisprudencia²³. Si bien esto lo veremos más adelante, por ahora es relevante puntualizar que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha tendido a privilegiar el fondo sobre la forma y a consagrar la protección de las manifestaciones de voluntad que forman los contratos²⁴. Esto no tuvo lugar aquí.

1.2. Esta postura desconoce el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del cierre de negocios en nuestro país

Del apartado anterior se desprende que con su sentencia la Corte reduce de forma importante la autonomía de la voluntad. Además, se puede notar que desconoce el reconocimiento doctrinario de la figura del cierre de negocios como un contrato preparatorio diverso de la promesa de compraventa y con sus propios efectos.

¹⁸ Corte Suprema, *LANGE CON IBÁÑEZ*.

¹⁹ En este sentido se debe destacar, como lo haremos en el apartado siguiente, que existen dos entendimientos distintos acerca de lo que debe entenderse por cierre de negocios, los que lamentablemente son utilizados de forma indistinta por la doctrina y jurisprudencia induciendo a confusiones. Por un lado, está el entendimiento basado en la obra de Hugo Rosende Álvarez que lo califica como el consentimiento formado para la celebración de un contrato solemne, y, por otro, el que se basa en las obras de Puelma y Abeliuk –que tanto citamos aquí por ser de lo que se trata este caso– que lo identifica con un contrato en sí, distinto de la promesa y del contrato definitivo. ZULOAGA (2018) pp. 379-386, y 394.

²⁰ PUELMA (1991) p. 40. ABELIUK (2012) p. 277. CORRAL (2012) p. 92. ZULOAGA (2018) p. 395.

²¹ Corte Suprema, *ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*, considerando 12°.

²² ZULOAGA (2018) p. 373.

²³ Corte Suprema, *TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*, considerandos 9° y 10°; Corte Suprema, *INMOBILIARIA Y ADMINISTRADORA CGL CON PETROBRAS CHILE DIST. LTDA.*, considerandos 6° y 7°.

²⁴ Para ver un razonamiento extenso de la Corte Suprema sobre este asunto véase: Corte Suprema, *ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*, considerando 12°.

En este sentido, vale hacer notar que tradicionalmente se han dado dos entendimientos diversos de lo que es el cierre de negocios²⁵. Por un lado, existe el concepto desarrollado por Rosende, que lo trata como la formación del consentimiento en los contratos solemnes y reales que antecede al otorgamiento de la solemnidad o a la entrega de la cosa. En este sentido, el cierre de negocios, no se identifica con el contrato definitivo y podríamos agregar que ni siquiera con un contrato, permitiendo únicamente la indemnización de perjuicios por responsabilidad precontractual, la que debe demandarse siguiendo las normas de la responsabilidad extracontractual²⁶. Por otro lado, y como ya lo hemos visto, existe una segunda noción de cierre de negocios que es expuesta por los profesores Puelma²⁷ y Abeliuk²⁸. Para ellos, como señalábamos, nos encontramos ante un verdadero contrato que impone la obligación de indemnizar en caso de que alguna de las partes se retracte de la celebración del contrato definitivo estando la otra llana a cumplir.

El caso del que tratamos queda comprendido dentro de esta última categoría. Siendo ello lo que precisamente mandaba el documento suscrito por las Partes. En él no se establecía, como en una promesa de compraventa, la posibilidad de exigir su cumplimiento forzado de la Compraventa, sino únicamente una multa en caso de que una de las Partes no concurriese a la celebración del acuerdo. Por lo demás, esto fue lo demandado por la Demandante y podemos acotar que en su redacción el Cierre de Negocios es sumamente similar al formulario presentado a modo de ejemplo por el profesor Puelma²⁹.

Si bien, no hay una definición uniforme del cierre de negocios en la doctrina, sí hay diversos conceptos que calzan con el del documento en que se fundó el juicio. Así, para Abeliuk se trata de un contrato (i) consensual; (ii) sujeto a la modalidad esencial para el caso de no celebrarse el contrato que las partes fijan como meta; si él no se otorga nace la obligación de pagar la multa –si ella se ha pactado– o de indemnizar los perjuicios; (iii) es un contrato definitivo, salvo que envuelva una promesa, en cuyo caso se le considerará como preliminar; (iv) es bilateral y oneroso³⁰.

Por su parte, Puelma lo define como “un acto en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a pagarse cierta cantidad de dinero si no se celebra un negocio en una época determinada, y una de las partes está dispuesta a ejecutarlo”. Indica que los elementos de este acto son (i) que el objeto de la obligación recíproca de las partes sea el pago de una cantidad de dinero y no la celebración del contrato, es decir, de él emanan obligaciones de dar y no de hacer; (ii) que la no celebración del negocio sea imputable a la otra parte o efecto de un caso fortuito si así se ha estipulado; (iii) que una de las partes esté dispuesta para la celebración del negocio³¹.

²⁵ Véase para un resumen: ZULOAGA (2018) pp. 379-386.

²⁶ Corte Suprema, *TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*, considerando 12°; Corte Suprema, *INMOBILIARIA Y ADMINISTRADORA CGL CON PETROBRAS CHILE DIST. LTDA.*, considerando 9°.

²⁷ PUELMA (1991) pp. 37-44.

²⁸ ABELIUK (2012) pp. 274-279.

²⁹ PUELMA (1991) pp. 157-158.

³⁰ ABELIUK (2012) pp. 278-279.

³¹ PUELMA (1991) p. 41.

Los autores diferencian el cierre de negocios de la promesa señalando que él no da lugar a exigir el cumplimiento del contrato definitivo, en este caso la compraventa del inmueble, sino únicamente el pago de una indemnización³².

La jurisprudencia ha seguido una línea ligeramente distinta señalando que

la diferencia entre el cierre de negocio y la promesa de celebrar un contrato está dada por los contornos que se acuerda respecto del contrato definitivo. En la primera podrá ser general y en la promesa debe satisfacer las exigencias legales. El incumplimiento de ambas formas de contratación puede dar origen a responsabilidades por la parte renuente a cumplir sus obligaciones³³.

En el caso que comentamos el documento denominado Cierre de Negocios cumplía con estas exigencias y características, mas la Corte de Apelaciones no les dio validez alguna. De esta forma, la Corte desconoce el desarrollo de esta institución de uso difundido en nuestro país.

1.3. La Corte de Apelaciones no analizó debidamente el acto jurídico en cuestión

Los argumentos señalados anteriormente permiten advertir que la Corte de Apelaciones desconoció que estuviésemos frente a un acuerdo de carácter innominado que las Partes denominaron Cierre de Negocios, el cual ha tenido un amplio desarrollo en la práctica inmobiliaria chilena. En este sentido, su asimilación del Cierre de Negocios a un contrato de promesa es equivocada.

Empeora la situación el hecho de que la Corte no analizó debidamente el Contrato ni la relación jurídica surgida de él. Ello no solamente por cuanto le negó validez al documento, sino porque además le negó lugar al actuar voluntario de ambas Partes y en su sentencia llegó a decisiones carentes de fundamento.

Sobre el primero de los puntos anteriores, se puede observar que ninguna de las Partes alegó que el Cierre de Negocios fuera en realidad una promesa de compraventa, es más, tampoco buscaron el cumplimiento forzado de la compraventa ni una indemnización que no se amparase en el hecho de haberse vulnerado un contrato posterior y distinto del Cierre de Negocios. Únicamente se podría decir que hubo un error en que demandaron su resolución por incumplimiento, en lugar de un pago por no haberse celebrado la Compraventa. Sin embargo, ello es más una sutileza propia de profesores, antes que una situación que adviertan los corredores de propiedades involucrados en la suscripción del documento y los abogados que usualmente operan el derecho. Aquí lo pedido es claro a pesar de que no se haga uso de los términos más apropiados. Así, un arbitrador o una Corte conociendo una queja no puede fundar su decisión en errores de esta clase, pues ello devendría en negar la justicia en pro de proteger el poder de la profesión de los abogados.

³² PUELMA (1991) p. 40. ABELIUK (2012) p. 277.

³³ Corte Suprema, *SEPÚLVEDA CON BANCO DEL DESARROLLO*, voto disidente de Sergio Muñoz, considerando 8°; Corte Suprema, *URREA CON CORPBANCA*, considerando 10°; Corte Suprema, *ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*, considerando 14°.

En este entendido no se advierte qué motivo legítimo podría tener la Corte de Apelaciones para hacer el Cierre de Negocios equivalente a un contrato de promesa. Ello, por cuanto no lo expresa, y va contra la calificación del Contrato y forma de actuar de las Partes.

En segundo lugar, vale señalar que, si la Corte de Apelaciones consideró que el Cierre de Negocios era en realidad un contrato de promesa, debió haber analizado pormenorizadamente si este documento cumplía con los requisitos de ese contrato. La Corte no dice nada en específico acerca de aquello y, para peor, parecería que el Cierre de Negocios si cumplía con todos los requisitos del artículo 1554: (i) constaba por escrito; (ii) el contrato no era de aquellos que las leyes declaran ineficaz; (iii) fijaba una época para la celebración de la Compraventa, y (iv) se especificaba la Compraventa faltando únicamente las solemnidades.

Sea discutible o no si el Cierre de Negocios cumplía con los requisitos del contrato de promesa, lo cierto es que la Corte desconoció lo que a todas luces era claro: la innegable voluntad de las Partes de darle valor jurídico a las estipulaciones que se encontraban en él.

2. LA SENTENCIA DESCONOCE LA DOCTRINA MODERNA EN CUANTO A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y REVIVE LA TRADICIONAL QUE SE ENTENDÍA SUPERADA

La doctrina³⁴ y jurisprudencia³⁵ chilenas desde un buen tiempo a esta parte han identificado dos líneas doctrinarias para tratar de la formación del consentimiento en los contratos reales y solemnes, y, consecuentemente, establecer la existencia de responsabilidad precontractual: la doctrina tradicional y la moderna.

Resumiendo ambas posturas, podríamos señalar que la postura tradicional niega la existencia de algún vínculo que merezca la protección del ordenamiento hasta antes de la celebración del contrato definitivo o de un contrato de promesa. Mientras que la doctrina moderna reconoce que el consentimiento se ha formado con la aceptación de la oferta y que, si bien el contrato no está concluido, ha nacido un vínculo que merece protección.

La doctrina moderna se impone en nuestros días. Las discusiones se reducen a la fuente de la protección que se debe dar al consentimiento formado, señalándose que no es claro si esta responsabilidad precontractual se rige por las normas de la responsabilidad contractual o extracontractual³⁶. La protección de este consentimiento se basa en la defensa de la buena fe y la confianza legítima, y es no solo la regla en Chile, sino que también en el derecho comparado³⁷.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones señala que no habría ninguna causa de pedir, por ende, la indemnización que el Árbitro concedió al Demandante sería carente de todo sustento y constitutiva de un enriquecimiento sin causa, negando de esta forma la protección al Demandante, quien basa su pretensión en un acuerdo alcanzado con la Demandada.

³⁴ ZULOAGA (2018) pp. 379-386.

³⁵ Corte Suprema, *TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*, considerando 9° y 10°; Corte Suprema, *INMOBILIARIA Y ADMINISTRADORA CGL CON PETROBRAS CHILE DIST. LTDA.*, considerando 6° y 7°.

³⁶ CORRAL (2004) p. 43.

³⁷ Para una revisión de la situación en Europa continental y en el *common law* inglés puede verse: KÖTZ (2017) pp. 33-39.

Podría señalarse que estoy llevando muy lejos lo señalado por la Corte de Apelaciones, por cuanto ella negó la multa, pues supuso la invalidez del contrato preliminar. Sin embargo, el lenguaje empleado bien puede servir para considerar como revivida la doctrina tradicional y restringir con ello la protección en la fase precontractual.

3. LA SENTENCIA DESCONOCE LA VERDADERA DISCUSIÓN: SI LA CLÁUSULA PENAL ERA ENORME O NO

Parecería ser que la sentencia realmente buscó referirse a un problema distinto, este es, la justicia del monto de la Pena. En efecto, visto los antecedentes del juicio, podríamos decir que lo que preocupó a los jueces es que la Pena redundaba en un verdadero enriquecimiento sin causa y no en una indemnización, una seguridad y un castigo razonable para la Demandada³⁸.

Sin embargo, nadie discutió esta materia durante el juicio arbitral y tampoco se alegó en la Queja. Parecería ser que los abogados involucrados ignoraban tanto la existencia del inciso cuarto del artículo 1544 del Código Civil, como la existencia de criterios de justicia que van más allá del acuerdo de las partes.

En efecto, no se entiende por qué la Demandada prefiere defenderse intentando desconocer sus propios actos, antes que invocar la enormidad de la Pena, circunstancias sobrevinientes que le hayan impedido cumplir o que ella haya estado impedida por diversas situaciones de entender los riesgos a los que se obligaba al suscribir el Cierre de Negocios.

En este sentido, pareciera que la cultura jurídica chilena no viera en la equivalencia de las prestaciones y en la protección de aquel que ha caído en desgracia un valor que debe ser defendido. En esto, bien podría recomendarse el estudio de las así denominada *behavioral economics*, cuyos descubrimientos han puesto en entredicho los supuestos tradicionales en los que se basa la justicia de los acuerdos y sobre todo de las cláusulas penales³⁹, o de la clásica obra de Ripert que, sobre todo en momentos de crisis, llama a preguntarse acerca de la justicia de hacer cumplir los contratos con sumo rigor cuando ello pueda representar la ruina de una de las partes⁴⁰.

La enormidad de la Pena debió haberse analizado, máxime si según lo acreditado en el proceso la Demandada no cumplió por razones ajenas a su voluntad –lo que no quiere decir que se trate de acciones que estaban fuera de su responsabilidad–. A esto vale agregar que, aunque esto no fue alegado durante el proceso por las Partes, el Árbitro, quien tenía calidad de arbitrador, pudo haberse pronunciado de oficio acerca del asunto⁴¹.

³⁸ Estas son las funciones que nuestra doctrina y jurisprudencia han asignado a la cláusula penal y sobre las cuales ha calculado su enormidad. Véase: Corte de Apelaciones de Santiago, *MANRIQUEZ CON MEGONI*, considerando 9º. Véase para cada función: CORRAL (2012) pp. 13-17, quien además analiza otras funciones residuales (pp. 16-17).

³⁹ ZAMIR y TEICHMAN (2018) p. 237. Es interesante que argumentos similares a los utilizados por los modernos estudios de *behavioral economics* fueron en su época sugeridos por Pothier y Dumoulin, que fueron rechazados por los códigos decimonónicos tremendamente influenciados por la ideología liberal (véase: KEMELMAJER (1981) p. 106).

⁴⁰ Véase en general: RIPERT (2013).

⁴¹ CORRAL (2012) p. 301.

Sin embargo, el Árbitro no se refiere al punto, lo que parece reprochable para quien, ante todo, tiene el deber de hacer justicia. La institución de la cláusula penal enorme está ahí para proteger al débil, la buena fe contractual, afirmar la conducta recta moralmente, velar por la proporción de las sanciones, y evitar los abusos⁴². Estos son deberes de todo juez, por ende, el Árbitro debió haber levantado el punto.

En este sentido, se puede agregar que el mismo Reglamento del Centro Nacional de Arbitrajes en su artículo 66, aplicable al caso, dispone que el Árbitro puede “dirigir preguntas a las partes sobre cualquier aspecto que considere adecuado para una mejor resolución del asunto”⁴³; que algo similar dice el Código de Procedimiento Civil al señalar que “el arbitrador (...) practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos”⁴⁴, y que la doctrina y jurisprudencia chilenas han aceptado la facultad del arbitrador para dictar diligencias probatorias de oficio, lo que a su vez es la tendencia en el derecho comparado⁴⁵.

Sin duda se trata de una materia que corresponde al juez del fondo resolver y que difícilmente puede concebirse como susceptible de revisión mediante el recurso de queja –máxime si la Quejosa no la alega–; pues tanto las normas acerca del arbitraje en equidad como aquellas que regulan la cláusula penal en obligaciones de valor indeterminado –cuyo es el caso de autos– dejan su determinación a la prudencia del juez. Sin embargo, creo que si la Corte iba a romper los contornos del recurso de queja debió haberse referido a la enormidad de la Pena en lugar de desfigurar entendimientos fuertemente afianzados acerca de los contratos innominados; los contratos preparatorios o que anteceden al contrato que las partes buscaban concretar, y la responsabilidad contractual. El golpe habría sido limpio y acotado, sin derivar en producir confusión doctrinaria y jurisprudencial.

4. LA SENTENCIA SE EXTIENDE A MATERIAS NO DISCUTIDAS POR LAS PARTES

Hasta aquí hemos tratado los yerros de la sentencia desde la óptica del Derecho Civil. Ahora toca referirnos a los que derivan del Derecho Procesal. En este orden de ideas, el primero que podemos destacar es que los jueces se pronunciaron acerca de algo que en ningún momento fue debatido por las Partes o considerado por el Árbitro: la calificación del Cierre de Negocios como una promesa de compraventa. De esta manera, se quebrantaron los principios de congruencia y dispositivo.

En el apartado anterior hemos criticado al Árbitro por no preguntarse por una materia no sometida expresamente por las Partes a su decisión, para ello nos hemos basado en los deberes que tiene como arbitrador. Sin embargo, no podemos hacer extensivo este principio al actuar de una Corte de Apelaciones conociendo de un recurso de queja. Ello, por cuanto, en primer lugar, representa una violación al debido proceso del juez recurrido,

⁴² KEMELMAJER (1981) pp. 106-109.

⁴³ Reglamento Arbitral del Centro Nacional de Arbitrajes, Artículo 66.

⁴⁴ Código de Procedimiento Civil, Artículo 637.

⁴⁵ Es una materia debatida, pero nos inclinamos por esta postura en atención a que, en muchos casos, es la única posibilidad de que el arbitrador pueda satisfacer su concepto de equidad. En esto seguimos a AYLWIN (2005) pp. 479-480. Asimismo, puede verse para un análisis más general del problema y una defensa de esta postura que además muestra su preponderancia en el derecho comparado a: MUÑOZ (2014).

y, segundo, porque deviene en un juicio carente de fundamentos y basado puramente en presentimientos de los jueces.

Sobre lo primero se debe hacer notar que en el recurso de queja se persigue la responsabilidad disciplinaria del juez que dictó la resolución impugnada⁴⁶, la que debe basarse en las razones que específicamente señale el recurrente⁴⁷. En este sentido, el juez recurrido con el fin de justificar su actuar debe rendir un informe para que sea tenido a la vista por la Corte. Dicho informe “solo podrá recaer sobre los hechos que, según el recurrente, constituyen las faltas o abusos que se les imputan”⁴⁸. De esta manera al fallar sobre materias que no fueron parte del recurso la Corte de Apelaciones niega al Árbitro la bilateralidad de la audiencia y, por ende, un debido proceso.

Sobre lo segundo, digamos que la Corte se pronuncia sobre materias que no ha tenido la oportunidad de conocer. En efecto, la dinámica del recurso y su proceso le impiden saber algo más de lo que consta en el expediente y lo que se les ha explicado por la Quejosa y el Árbitro. Por ello, al pronunciarse sobre materias que escapan a lo que se les ha presentado, su fallo se basa en percepciones subjetivas que fácilmente pueden ser equivocadas; se inspira más en la simpatía personal o ideológica que en la justicia.

Quizás puede ser indiciario de la gravedad de un fallo alcanzado de esta manera el hecho de que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha señalado de forma reiterada que el quebrantamiento de los principios de congruencia y dispositivo constituyen faltas o abusos graves que pueden dar lugar a un recurso de queja⁴⁹.

5. LA SENTENCIA NO TRATA DE FORMA ADECUADA LAS FACULTADES DE LOS ARBITRADORES

La sentencia desfigura las facultades de los árbitros arbitradores. En efecto, la falta o abuso grave se debería a que el Árbitro no consideró en su fallo la procedencia de los requisitos del artículo 1554 del Código Civil, los que en palabras de la Corte son “requisitos obligatorios y de orden público que el sentenciador no puede en caso alguno desconocer y/o desatender”.

Que el arbitrador no puede desconocer las normas de orden público es una postura ampliamente seguida por la doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia⁵¹. Sin embargo, parece importante determinar qué alcances tiene el concepto de orden público, y si la calificación del Cierre de Negocios como promesa de compraventa y los requisitos que el legislador ha dispuesto en el artículo 1554 caen dentro de esa categoría.

⁴⁶ En este sentido, seguimos la doctrina que califica al recurso de queja como una acción de naturaleza disciplinaria, la que ha sido sostenida por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y es, además, con sólidos fundamentos, la del único autor que ha analizado el asunto de forma extensa en los últimos 25 años (ALLENDE (2019) pp. 11-13).

⁴⁷ ALLENDE (2019) p. 14.

⁴⁸ Código Orgánico de Tribunales, Artículo 549 letra (b).

⁴⁹ ALLENDE (2019) pp. 70-79.

⁵⁰ AYLWIN (2005) pp. 154-155.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago, *RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*, considerando 8º. Corte de Apelaciones de Concepción, *EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LIMITADA Y OTROS CON S.G.R.M.*, considerando 17.

En este sentido, es importante destacar que Arturo Alessandri Rodríguez, como arbitrador, falló desconociendo las asignaciones forzosas⁵². Es decir, su decisión, ampliamente comentada y celebrada, fue contraria a las normas establecidas en una materia donde se cuida con mucho celo el orden público, pues se refiere a la misma organización de la familia y sustento del orden económico de la sociedad.

A esto se puede agregar que el arbitrador no tiene por qué ser abogado⁵³, está autorizado para fallar *contra legem*, no siendo susceptible contra su decisión ni el recurso de casación en el fondo ni el de inaplicabilidad constitucional⁵⁴. Lo anterior es el efecto de que deba fallar obedeciendo los mandatos de la equidad, y da muestras de que, si deben respetar un concepto de orden público, este no se identifica con un concepto amplio del mismo, sino a lo más con uno restringido. Esta parece haber sido la opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago al sentenciar: “cuando el compromisario resuelve un asunto conforme a lo que su prudencia y equidad le dictan, no puede transgredir los principios de orden público, suficientemente conocidos por cualquier operador jurídico medianamente informado”⁵⁵.

En este sentido, se debe agregar que la Corte Suprema, resolviendo acerca de cómo deben fallar los arbitradores, sentenció:

cada vez que se le entregan a un árbitro facultades de arbitrador se le están otorgando las máximas facultades que puede recibir un juez, pues, las únicas restricciones que en este caso recibe para fallar, aparte de respetar las formas exigidas por el artículo 640 (...) y de respetar la prueba habida en el proceso, es que entregue razones de prudencia y equidad para fundar su decisión. Como es obvio, estas razones de prudencia y equidad deben satisfacer las reglas del buen pensar humano, y de la justicia, en términos de ser comprensibles racionalmente, ser lógicas en su expresión, y basarse en argumentos que pueden ser sustentados a partir de conocimientos adquiridos por la experiencia o la ciencia (...) el árbitro puede apartarse de las reglas legales para resolver la controversia, si en su fallo justifica las razones de prudencia o de equidad que le llevan adoptar su decisión. Este último es un juicio muy amplio, por lo que para juzgar si efectivamente se han satisfecho estas exigencias, debe hacerse un examen amplio y en cierta medida formal, pues, bien puede no compartirse los criterios de justicia y equidad vertidos en el fallo, y sin embargo estimarse que la controversia ha reunido las exigencias que dispone el artículo 640 del CPC, es decir, que el fallo esté suficientemente fundado⁵⁶.

Dicho lo anterior, no parece ser que al no calificar el Cierre de Negocios como una promesa y al no exigir los requisitos de ella para darle validez al documento, estuviese el

⁵² ALESSANDRI (1931) pp. 108-113.

⁵³ Código Orgánico de Tribunales, Artículo 225.

⁵⁴ AYLWIN (2005) p. 486.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, *RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*, considerando 8º.

⁵⁶ Corte Suprema, *RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*, considerando 8º. Es relevante hacer notar que esta sentencia dejó sin efecto una de las que hemos citado anteriormente para mostrar que la jurisprudencia rescata al orden público como límite de las facultades del arbitrador.

Árbitro quebrantando algún principio de orden público que pueda dar lugar a revocar su sentencia. En efecto, la sentencia razona sobre la causa presentada a su decisión y da motivos comprensibles y ampliamente compartidos para calificar el Cierre de Negocios como lo hace. Asimismo, la sentencia del Árbitro protege principios jurídicos mucho más entroncados con el orden público que los requisitos formales de la promesa, a saber: la capacidad de la voluntad de las partes válidamente manifestada para obligarlos, la responsabilidad por los actos propios y la buena fe contractual. Finalmente, no se puede dejar de decir que las mismas Partes compartían el criterio del Árbitro, lo que queda de manifiesto en que nunca supusieron que estaban suscribiendo una promesa y que, por ende, estaban obligadas por sus requisitos legales.

6. LA SENTENCIA EXTRALIMITA LOS ALCANCES DEL RECURSO DE QUEJA, DESFIGURANDO DICHA INSTITUCIÓN

Para nadie es un misterio que el recurso de queja es resuelto con bastante discrecionalidad por las Cortes, las que le han quitado su carácter de extraordinario y disciplinario, volviéndolo una oportunidad para revisar decisiones cuyo razonamiento jurídico o criterio de justicia no comparten. De ahí que la jurisprudencia en la materia esté llena de contradicciones⁵⁷.

Esto es lo que ocurre en este caso, donde la falta o abuso que se aduce para justificar la sentencia es antojadiza, como ha ido quedando claro en los apartados anteriores, y, además, riñe contra sentencias anteriores del mismo Tribunal. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago no ha acogido quejas contra árbitros que han tratado el cierre de negocios como un acto jurídico distinto de la promesa de compraventa⁵⁸ y contra otros que sí lo han hecho⁵⁹. Las razones que se esgrimieron en el primer caso fueron:

el recurso en análisis es de naturaleza disciplinaria, de manera que aún en el evento de no compartirse el criterio jurídico del señor árbitro arbitrador, es lo cierto que no es posible a esta Corte modificar lo resuelto si el sentenciador de la instancia –como sucede en la especie– no ha incurrido en las graves faltas o abusos que se han denunciado al deducir el arbitrio en estudio⁶⁰.

En el segundo:

que los jueces árbitros arbitradores, de conformidad al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales fallan conforme la prudencia y equidad, alcanzando la sentencia definitiva y sus fundamentos esos límites de racionalidad tal como se ha ex-

⁵⁷ ALLENDE (2019) pp. xix-xx.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, *TVUU CON JEFV*.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, *CRA CON PPVV*.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, *TVUU CON JEFV*, considerando 7º.

presado, siendo imposible sostener que el sentenciador ha incurrido en graves faltas o abusos⁶¹.

Es decir, en dos casos sumamente similares al actual, la misma Corte falló de forma absolutamente opuesta.

En el caso de marras no hay una falta o abuso grave, lo que queda de manifiesto en el solo hecho de que la Corte de Apelaciones basa su razonamiento en una calificación jurídica de un contrato que es distinta a la hecha por el Árbitro. No da razones de peso que permitan suponer que el Árbitro haya calificado el Contrato de forma antojadiza. Por el contrario, lo dicho por el Árbitro como se ha visto tiene asidero en la doctrina y jurisprudencia, además en el actuar de las Partes, quienes no discutieron la calificación del Cierre de Negocios.

7. LA SENTENCIA ES EXPRESIÓN DE UN DECISIONISMO JUDICIAL QUE AMENZA EL ESTADO DE DERECHO

El término decisionismo tiene múltiples significados; para algunos responde a la Escuela del Derecho Libre, otros lo identifican con el activismo judicial y otros con la simple arbitrariedad. Aquí intentaremos un concepto más bien general para ir explicando a qué nos referimos.

El decisionismo como movimiento nace de los conflictos acerca de la forma en que se debe interpretar la ley, ante los problemas sociales acaecidos a principios del siglo XX en Europa, que hacían ver los orígenes de las leyes y sus supuestos como simples opiniones que poco tenían que decir al mundo de la época acerca de cómo debían resolverse los problemas jurídicos. Desde ahí la función de interpretar la ley cambia, buscando adaptarla a las circunstancias históricas en que se plantea el caso, lo que dista de la interpretación y vuelve al juez un legislador, pudiendo con sus sentencias incluso derogar el derecho establecido con anterioridad. Así, lo común de las teorías decisionistas es que ellas concluyen por designar a la decisión judicial como creadora del derecho⁶².

Los decisionistas exaltan el rol del juez como creador del derecho vigente, partiendo del concepto de “norma individual”, le han dado a la jurisprudencia un verdadero carácter general y afirman que “el acto de interpretar no es un acto de intelección de la norma y de aplicación de ella, sino el acto voluntario, no intelectual, de creación de derecho”⁶³.

El decisionismo se apoya en el hecho de separar la validez de la sentencia de su apropiación a los mandatos del derecho. Aquí la interpretación se vuelve una perspectiva extrajurídica y las resoluciones del más humilde juez de policía local valen tanto como las de la Corte Suprema si la ley no concede recursos contra ella. La sentencia pasa a ser el único derecho realmente vigente. Así, las normas jurídicas se individualizan y lo realmente decisivo es la constitución de los órganos que ejercen la jurisdicción. La sentencia deja de ser una declaración del derecho y pasa a ser el origen del mismo. Ya deja de ser cierto que

⁶¹ Corte de Apelaciones de Santiago, *CRA CON PPVV*, considerando 7º.

⁶² SOLER (1956) pp. 89-92.

⁶³ SOLER (1956) p. 92.

la sentencia dé cuenta de una situación establecida con anterioridad a ella, por el contrario, ella da curso a una nueva situación que nace con ella. En este contexto la norma jurídica de carácter general pierde todo sentido⁶⁴.

Una de sus principales figuras es Karl Schmitt, quien tuvo una visión voluntarista del derecho fuertemente influida por la idea teológica del involucramiento de Dios con el mundo y de que las cosas son buenas y malas porque Dios así lo manda. Para Schmitt el soberano y el juez, que toman el rol de Dios en los asuntos terrenos, hacen el derecho y pueden ir contra las normas establecidas en caso de circunstancias extraordinarias. Esto supone que tal como el mundo no es una máquina que se mueva sola de espaldas a Dios, y este interviene en él por medio del milagro, lo propio puede hacer el soberano o el juez⁶⁵. Para los autores de esta línea el decisionismo es la posibilidad del juez de hacer lo que debe hacer de forma abierta, no desfigurando las normas como ocurre en los sistemas interpretativos cercanos a la Escuela de la Exegesis⁶⁶.

Estas distintas teorías finalmente tienen un importante componente autoritario, ellas privilegian la legitimidad del poder antes que su fundamento en el derecho⁶⁷, y en tiempos actuales ha derivado en la posibilidad de los jueces de resolver de forma “autosatisfactiva” privilegiando su sentimiento de justicia por sobre la ley e incluso fallando sin consideración alguna a los antecedentes del proceso⁶⁸. Aquí el juez se ha vuelto un “normador”, que interviene en los actos propios del gobierno, pero que da lugar a un verdadero desgobierno, pues existen jueces incontrolables que deciden sobre la base de su intuición, de su mera voluntad, toda clase de asuntos⁶⁹. Son, en palabras de Foucault, la nueva expresión de las *lettres de cachet*⁷⁰.

La sentencia de la que tratamos se inscribe aquí, de ello da cuenta el pobre proceso que hemos denunciado y la falta de verdaderos antecedentes jurídicos para alcanzar la decisión.

Aquí, mi objetivo es destacar que el decisionismo, sobre todo basado en la intuición, es ante todo un peligro; todos los autoritarismos son atractivos hasta que se sufren⁷¹.

No quiero con esto reducir el derecho a aquel emanado del Estado, y al juez a un mero aplicador de la ley que deba seguir la doctrina mayoritaria o interpretar la ley siguiendo su literalidad. Ya me he pronunciado acerca de eso en otro trabajo, y aquí puedo agregar que se debe aceptar en la interpretación de la norma consideraciones que excedan al derecho estatal, mas no se puede caer en la arbitrariedad o en desfigurar instituciones jurídicas⁷². Esto es especialmente válido hoy en que en nuestro país nos encontramos ante

⁶⁴ SOLER (1956) pp. 92-95.

⁶⁵ HERNANDO (2001) pp. 165-166.

⁶⁶ HERNANDO (2001) p. 177.

⁶⁷ SOLER (1956) p. 97. ALVARADO (2003) pp. 205-206.

⁶⁸ ALVARADO (2003) p. 217.

⁶⁹ ALVARADO (2003) p. 220.

⁷⁰ FOUCAULT (1974).

⁷¹ ALVARADO (2003) p. 227.

⁷² Creo que en esto estoy bastante cerca de la Escuela del Derecho Libre, la cual, en ningún caso, aceptó la arbitrariedad judicial, a pesar de ser utilizada con ese fin por nazis y comunistas (SEGURA (1993) pp. 447-455. NÚÑEZ (2014) pp. 180-182).

órganos que legislan con poco respaldo popular y guiados por la irracionalidad o por ideologías –sean de izquierda o de derecha– que se alejan de un análisis real y concreto de los problemas sociales. El juez en ningún caso está obligado a seguir una ley manifiestamente irracional o injusta. Con todo, esto no debe tomarse como una carta blanca para fallar conforme a su pura intuición. Para arreglar este problema cuenta con la tradición jurídica, el derecho comparado y los antecedentes que le puedan proveer otras disciplinas; es decir, con la ciencia del derecho y las otras en que pueda apoyarse. Ante todo, debe recordar, siguiendo a Platón⁷³, que él es uno más, que su poder le viene dado de conocer la ley y que su facultad es aplicarla. Si debe salir de ese marco debe ser ante circunstancias manifiestamente extraordinarias.

IV. ELEMENTOS FAVORABLES DE LA SENTENCIA: EL VALOR DE LAS FORMALIDADES PARA PROTEGER A LA PARTE MÁS DÉBIL

Señalamos en la Introducción que la sentencia tiene dos aspectos positivos, íntimamente relacionados, que vale la pena destacar: su preocupación por la equivalencia de las prestaciones y el rescate del valor protector de las formalidades.

La Corte no se refiere de forma directa a ellos, pero parece posible sostener que son dos argumentos que se encuentran presentes en el razonamiento del Tribunal y podrían servir de antecedentes para apoyar su decisión como válida y más justa. Ya nos hemos referido a la posibilidad de considerar a la Pena como una cláusula penal enorme. Ahora trataremos cómo las formalidades pueden ayudar a reducir la posibilidad de que por medio de penas excesivas contratantes profesionales y astutos saquen ventaja de aquellos que son más débiles.

En este sentido, debemos decir que la historia del derecho contractual, desde los romanos a nuestros días, fue la historia de la desformalización, avanzando hacia una cada vez mayor consagración de la voluntad de las partes como la fuente de las obligaciones⁷⁴. Sin embargo, en el último tiempo esta situación ha cambiado, llevando a un destacado estudio del derecho comparado a señalar; “si los abogados aún consideran que la informalidad es la norma, ellos podrían estar, quizás, fuera de contacto con la realidad actual”⁷⁵.

Hay diversas razones para el aumento de las formalidades, podemos destacar: el crear evidencia acerca de la celebración del contrato; el poner a las partes sobre aviso acerca de lo que están haciendo dándoles alguna última oportunidad para reflexionar sobre las consecuencias de sus actos; marcar el paso desde la negociación a la transacción; proteger a alguna parte especialmente necesitada, como es el caso de diversos contratos de consumo donde las formalidades buscan que el consumidor tome conciencia de las obligaciones que asumirá⁷⁶.

En el caso de marras nos encontramos ante una mujer que firma un cierre de negocios con una empresa inmobiliaria. Para ella es quizás la transacción más importante que

⁷³ Véanse las interpretaciones de El Político de MAFFI (2019) pp. 183-184, y CERDA (1988) p. 25.

⁷⁴ KÖTZ (2017) pp. 73-74.

⁷⁵ KÖTZ (2017) p. 74.

⁷⁶ KÖTZ (2017) pp. 75-76.

llevará a cabo en su vida, para la empresa es una operación habitual. Ella, probablemente, no contó con asesoría profesional, la empresa sin duda lo hizo. Es asimismo probable que ella esté mucho menos acostumbrada a entender los efectos de poner su firma en un papel que le parece que aún debe ser completado, mientras que la empresa tiene un perfecto conocimiento de sus obligaciones. Ella puede incumplir por no asegurar el financiamiento, a la empresa solo la mala fe la puede llevar al incumplimiento. También vale la pena preguntarse si ella comprendió los riesgos que tomaba al sustraer el asunto del conocimiento de los Tribunales y las disposiciones de la ley estatal y ponerlo bajo la competencia de un arbitrador, quien siempre sufrirá la presión de tener que decidir entre darle la razón a una persona a quien verá probablemente solo una vez y una empresa que de seguro traerá más casos a su presencia⁷⁷.

Es tal el número de diferencias que separan a una parte de la otra, que es de esperar que los documentos a los que se enfrentan permitan, al menos, que la parte más inexperta pueda entender los riesgos que asume. Si esto fue o no así en el caso que tratamos, no queda claro en el proceso. Habría sido sin duda un elemento relevante para la discusión, así como un buen fundamento para considerar a los requisitos del contrato de promesa como de orden público.

Aquí lo mejor sería que una ley viniese a solucionar el problema. Sin embargo, el hecho de que nadie lo haya considerado también parece reprobable y habla de una falta de comprensión de los fines de política pública y preservación de la justicia que pueden estar tras la protección de las formalidades.

V. LA QUEJA DE LA QUEJA

A lo largo de estas páginas ha quedado demostrado que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue del todo arbitraria, careciendo de fundamentos de hecho y de derecho. Sus opiniones se oponen a lo que ha quedado probado en el proceso, desconocen el encargo del Árbitro y carecen de una verdadera fundamentación jurídica. Lo anterior hace parecer injusto el hecho de que no se acepte recurso contra este fallo de la Corte de Apelaciones. Es cierto que esta es la jurisprudencia constante de la Corte Suprema, quien se basa para ello en el texto del artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia contra los recursos de queja⁷⁸. Se trata de una interpretación sumamente discutible, toda vez que aquí lo que se verifican son faltas o abusos graves en el actuar de la Corte de Apelaciones y no una apelación de su resolución.

⁷⁷ Espero que esto no se vea como un ataque al arbitraje, el que sin duda es un gran aporte para nuestro sistema y debe ser promovido. Sin embargo, esta es una presión que ocurre y, al menos yo como árbitro la he enfrentado muchas veces. En este sentido, creo, aunque es materia de otro análisis, que las formas de nombramiento de un arbitrador, sobre todo en contratos que involucren consumidores, debería contar con una regulación bastante más específica de aquella dispuesta en la Ley de Protección de Consumidores o en la legislación general.

⁷⁸ ALLENDE (2019) pp. 28-30.

Asimismo, parece ser tal el nivel de abuso del Tribunal al dictar su sentencia, que parecería prudente que la Corte Suprema hubiese empleado sus facultades disciplinarias de oficio para corregirla, como lo ha hecho en otras múltiples oportunidades⁷⁹.

VI. CONCLUSIÓN: INDIVIDUALIDAD DE LA DECISIÓN Y RESULTADO COLECTIVO

Como se puede apreciar, la sentencia de la Corte de Apelaciones no se atiene a la dogmática y tradición jurídica, y tampoco se fundamenta de forma sólida ni en cuanto a los hechos ni en cuanto al derecho. Todo lo anterior es indiciario de que lo importante fue la decisión del caso particular según el sentimiento que suscitó en los jueces, prescindiendo tanto de los antecedentes del caso como de sus múltiples efectos colaterales.

El hambre y sed de justicia es una guía para todos quienes quieren hacer de este mundo un lugar mejor. Para quienes ejercemos la labor judicial ella es una fuerte responsabilidad e incluso carga que puede llevarnos a no poder conciliar el sueño pensando en los fundamentos y efectos de nuestras decisiones. Ellas pueden significar la ruina de una persona, incluso su muerte. Por ello un error o un fallo que violente la conciencia no nos puede ser indiferente.

Pedro Prado captura con particular sensibilidad este sentimiento en el “Juez Rural”, donde el protagonista –inspirado en el mismo Prado–, Esteban Solaguren, el juez rural, era mandado a fallar según su equidad, se plantea en diversos momentos frente a la justicia de sus resoluciones.

Al debatirse sobre dos posibilidades para fallar un caso sobre incumplimiento contractual se dice a sí mismo

creemos juzgar por riguroso razonamiento lógico y no hacemos sino rellenar *a posteriori* el espacio que media entre el caso que se nos presenta a examen y nuestra intuición inmediata sobre él... Después, para fingir una aparente continuidad que dé vigor a lo que decimos, o que nos libre de culpa por las consecuencias al parecer deducidas, rellenamos el espacio en blanco con huecas trabazones lógicas⁸⁰.

A lo largo de las páginas del Juez Rural, se vive un debate permanente entre la sumisión a la ley o al sentimiento de equidad del juez; se muestra como esta equidad es influida por su perspectiva personal, su carácter, simpatías y prejuicios. Finalmente, Solaguren se enfrenta con dolor a tener que hacerse cargo de los desastrosos efectos que una sentencia suya trae para una familia y esto lo lleva a renunciar a su cargo señalando

⁷⁹ Para una revisión de estos casos véase: ALLENDE (2019) p. 30. Véase para un caso sumamente similar al que tratamos aquí: Corte Suprema, *RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*, y Corte de Apelaciones, *RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*.

⁸⁰ PRADO (2010) p. 425.

la justicia es un deseo, un ansia, lejos de nuestra medida y distante de nuestra humana comprensión. Aplicar las leyes, después de estudios especiales, comprendo que es posible, pero como US. sabe, mi ignorancia de ellas me llevó a juzgar en conciencia. Encontrándome sin guía, abandonado a mí mismo, y urgido cada vez, ...a juzgar el principio mismo que me movía: a juzgar la justicia⁸¹.

Tras ello el juez critica nuestra noción de lo justo, pues se basa en el individuo y no se da cuenta de que no existen hombres aislados, de modo que el castigo del culpable puede inferir daños a los inocentes que le rodean –esto era lo que había impactado a Solaguren–, así señala

mi desesperación (...) proviene de que no puedo aislar a un individuo, el culpable, y castigarlo solo a él”. Sus tribulaciones concluyen en la renuncia al decir: “nuestras leyes se basan en el concepto de individuo que no limita ¿qué individuo es? Su cuerpo aislado nos engaña con su apariencia independiente ¿sobre qué base fundar la verdadera justicia? Estoy demasiado confundido; no veo cosa alguna con claridad. Me ha traído este cargo una inquietud mayor ante la vida; por su causa, ahora comprendo menos⁸².

¿Cómo no empatizar con Solaguren?

Sin embargo, el juez no está solo, cuenta con la tradición jurídica, formada durante siglos en base a ensayos, errores y aciertos. Ella debe ayudarlo para guiar su decisión. Asimismo, cuenta con el hecho de poder ir sentando un camino que haga posible y predecible la vida social, que explique a los ciudadanos que desean vivir en paz y armonía cómo deben hacerlo para asegurar sus pretensiones. Finalmente, cuenta con una ley que está impuesta sobre él y un derecho construido en torno a ella que también se le impone, en el que puede descansar con el fin de encontrar la solución más justa para cada caso, y limitar sus propios vicios, que pueden llevarlo a volverse un tirano.

Es decir, como bien anota Prado, un buen conocimiento de las leyes guía de una mejor manera al juez, a lo que podemos agregar, contra el sentimiento manifestado por ese autor, que esas leyes no solo proveen de una justicia individual, sino que una que afecta a toda la sociedad por cuanto proveen importantes beneficios sociales, siendo quizás los más destacables en el caso del que tratamos: la predictibilidad; seguridad jurídica; libertad; y la obligación de los Tribunales de razonar y juzgar conforme al mérito del proceso.

En el caso que tratamos estos bienes se han perdido con una sentencia como esta. Primero, notamos que la sentencia crea un justo temor en el mercado inmobiliario de que los cierres de negocios suscritos, siguiendo modelos usuales, no sean respetados, lo que debería derivar en mayores resguardos legales, lo que a su vez supone mayores precios. Segundo, el fallo podría derivar en daños importantes para la Demandante, quien seguramente tiene créditos y otra serie de obligaciones sujetas a la venta del Inmueble. No lo sabemos, ni la Corte ni el Árbitro se pronuncian sobre ello, pero la posibilidad debe llevarnos a recor-

⁸¹ PRADO (2010) p. 514.

⁸² PRADO (2010) p. 515.

dar que un fallo que deja sin efecto un contrato válidamente celebrado debe hacerse cargo de los efectos colaterales del mismo. Tercero, la sentencia confunde la doctrina imperante sobre lo que constituye un cierre de negocios y da a entender que los jueces están más preocupados de servir su propio sentimiento de equidad antes que los desafíos generales de la sociedad. De esa manera, fallos como este pueden ser un aliento a litigantes aventureros o a contratantes deseosos de no honrar su palabra. Cuarto, se sigue desacreditando el recurso de queja, volviéndolo una segunda instancia, es decir, consiguiendo lo que el Legislador ha dicho expresamente no querer. Quinto, se priva de sentido a la justicia arbitral y se reduce la libertad contractual. Sexto, por no darse buenos razonamientos jurídicos para sustentar una decisión como la de autos, parece ser que las leyes no importan, que lo único relevante es la opinión de los jueces y que esta, antes que en hechos, se basará en apreciaciones subjetivas. Finalmente, el que como sociedad aceptemos el sentimiento subjetivo de justicia del juez como medida para juzgar equivale a destruir el Estado de Derecho, con él la democracia y la libertad⁸³.

De esta manera, se puede notar que, si bien, la sentencia de la Corte de Apelaciones puede dar una resolución que nos agrade en el caso concreto, ella puede tener efectos colaterales nocivos. En efecto, ¿qué clase de criterio puede sentar? ¿cómo evaluaremos desde aquí la realidad jurídica?

Con esto no queremos decir que los Tribunales deban estarse a todo lo señalado por las partes de un contrato al decidir sobre el mismo. A lo largo de estas páginas hemos señalado que debió haberse investigado tanto la enormidad de la Pena como si las formalidades propias de la promesa de compraventa cumplen en este caso una función de carácter social que el Cierre de Negocios no permita cumplir y por tanto sean de orden público. Lo que aquí sostenemos es que los jueces en su actuar deben dar razonamientos acabados de sus decisiones y que dichos razonamientos deben estar ante todo guiados por el derecho. Solo así pueden los jueces proteger a la sociedad y su propia conciencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012): *Contrato de Promesa, de Opción y Otros Acuerdos Previos* (Santiago, Abeledo Perrot).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y BOETSCH GILLET, Cristián (2021): *Teoría General del Contrato. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1931): “Del reconocimiento de los hijos ilegítimos y del derecho que en equidad puede asignárseles en la sucesión del padre que lo reconoce (sentencia arbitral dictada en el juicio habido entre los señores Valledor Alarcón y la sucesión de don Gustavo Valledor)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXVIII, pp. 108-113.

⁸³ Se podrá sostener que esta expresión es excesiva, y claro que lo es si nos planteamos ante un caso aislado y relativo a la compraventa de un inmueble. Sin embargo, el aceptar el decisionismo como posibilidad es abrir paso a todo tipo de arbitrariedad y a la ley de la fuerza. Esto fue especialmente comprendido por los juristas del nazismo y comunismo, quienes encontraron en la teoría decisionista la protección final del régimen autoritario. Véase SOLER (1956) p. 100.

- ALLENDE PÉREZ DE ARCE, José Alberto (2019): *El Recurso de Queja* (Santiago, Ediciones UC).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2003): *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, Zeus).
- AYLWIN AZOCAR, Patricio (2005): *El Juicio Arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CERDA FERNANDEZ, Carlos (1988): “Los Orígenes de la Jurisdicción y el Proceso”, en CERDA FERNANDEZ, Carlos (ed.) *Iuris Dictio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 11-69.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La Cláusula Penal. Función y Eficacia del Contrato Penal en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HERNANDO NIETO, Eduardo (2001): “Entre la Excepción y la Regla. El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfurt”, *Isonomía*, N° 14: pp. 159-177.
- FOUCAULT, Michel (1974): *La vérité et les formes juridiques*. Disponible en: <http://libertaire.free.fr/MFoucault194.html>. Fecha de consulta: 10/05/2022.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (1981): *La Cláusula Penal. Su Régimen Jurídico en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Tributario, Procesal e Internacional* (Buenos Aires, De Palma).
- KÖTZ, Heniz (2017): *European Contract Law* (trad. Gill Mertens y Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, segunda Edición).
- LEWIS, Sebastian (2021): “Precedent and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, N° 4 pp. 873-898.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2018): “Las Relaciones Entre la Tutela Precontractual y Contractual del acreedor: La Conexión y la Proyección-Absorción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 50, N° 1: pp. 51-91.
- MAFFI, Alberto (2019): “Hombre Regio, Ciencia Política y Legislación en el Político de Platón”, *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, N° 22: pp. 167-190.
- MUÑOZ SAGUAS, Javier (2014): *Facultades de los Árbitros Arbitradores para Dictar Diligencias Probatorias de Oficio*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio (2014): “El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo”, *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 42: pp. 145-185.
- PABLO PÉREZ, Rodrigo (2020): “Peligros de la Interpretación Literalista de la Ley: el Caso del Cobro de Patentes por No Uso de Aguas Existiendo un Cambio de Punto de Captación Pendiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47 N° 1: pp. 293-303.
- PRADO CALVO, Pedro (2010): “El Juez Rural”, en MAINO SWINBURN, Pedro (ed.), *Obras Completas de Pedro Prado. Narrativa*, Tomo I (Santiago, Origo) pp. 401-555.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1991): *Contratación Comercial Moderna: Actos y Contratos Preparatorios – Promesa – Opción – Cierre de Negocio – Comisión – Corretaje – Representación Comercial – Agencia – Concesión Mercantil – Franchising – Distribución – Suministro – Leasing – Licencias – Know How – Apertura de Créditos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RIPERT, Georges ([1925] 2013): *La règle morale dans les obligations civiles* (Paris, LGDJ).

- SEGURA ORTEGA, Manuel (1993): “El movimiento del Derecho Libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. X, pp. 423-455.
- SOLER, Sebastián (1956): “Fe en el Derecho”, en SOLER, Sebastián (ed.), *Fe en el Derecho y Otros Ensayos* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina) pp. 15-183.
- ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron (2018): *Behavioral Law and Economics* (Oxford, Oxford University Press).
- ZULOAGA RÍOS, Isabel (2018): “Algunas consideraciones acerca del ‘Cierre de Negocios’”, en BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, ETCHEBERRY COURT, Leonor, PIZARRO WILSON, Carlos (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII, Ponencias Presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 371-400.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte de Apelaciones de Concepción, 23/03/2015, rol 77-2015, Recurso de Apelación, en VLEX, cita *online* 563256858. Fecha de consulta 13/05/2022 (*EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LIMITADA Y OTROS CON S.G.R.M.*).
- Corte de Apelaciones de Santiago, 09/04/2013, rol 3134-2012, Recurso de Queja (*RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*).
- Corte de Apelaciones de Santiago 10/04/2013, rol 264-2013, Recurso de Queja, en VLEX, cita *online* VLEX-488391678. Fecha de consulta el 13/05/2022 (*TVUU CON JEFV*).
- Corte de Apelaciones de Santiago, 12/06/2013, rol 1242-2013, Recurso de Queja, en VLEX, cita *online* 642321717. Fecha de consulta: 13/05/2022 (*CRA CON PPVV*).
- Corte de Apelaciones de Santiago, 04/03/2019, rol 257-2019, Recurso de Apelación (*MANRÍQUEZ CON MEGONI*).
- Corte Suprema, 10/10/2006, rol 486-2004, Casación en el Fondo (*SEPÚLVEDA CON BANCO DEL DESARROLLO*).
- Corte Suprema, 29/12/2010, rol 2.723-2009, Casación en el Fondo (*ZIROTTI CON SEGOVIA Y OTRA*).
- Corte Suprema, 12/04/2012, rol 218-2011, Casación en el Fondo (*URREA CON CORPBANCA*).
- Corte Suprema, 31/08/2012, rol 3647-2012, Casación en el Fondo (*TERRITORIA S.A. CON INMOBILIARIA LEJA LIMITADA*).
- Corte Suprema, 05/08/2013, rol 2406-2013, Recurso de Queja (*RSA SEGUROS CHILE S.A. CON FIGUEROA*).
- Corte Suprema, 23/09/2015, rol 1077-2015 Casación en el Fondo (*LANGE CON IBÁÑEZ*).
- Corte Suprema, 19/06/2020, rol 12903-2018, Casación en el Fondo (*INMOBILIARIA Y ADMINISTRADORA CGL CON PETROBRAS CHILE DIST. LTDA.*).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADAS

- CHILE, *Código Civil* (s.d.).
- CHILE, *Código de Procedimiento Civil* (30/08/1902).
- CHILE, *Código Orgánico de Tribunales* (07/07/1943).
- CENTRO NACIONAL DE ARBITRAJES S.A., *Reglamento Arbitral* (2020).