

## CONTRATOS ESPECIALES

*Javier Rodríguez Diez\**

PENA CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO  
DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE  
CONTRACTUAL PENALTY FOR THE BREACH  
OF THE PROMISSORY SALE OF A REAL STATE  
Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2022,  
rol n.º 10455-2021

### RESUMEN

Este comentario analiza una reciente sentencia que declara nulo un contrato de cierre de negocios relativo a la venta de un departamento, por estimar que no cumple con los requisitos propios del contrato de promesa, al tiempo que descarta la procedencia del cobro de una cláusula penal de \$40 000 000 en favor del vendedor, en cuanto daría lugar a un enriquecimiento sin causa. Se comenta tanto la fisonomía del contrato impugnado como los mecanismos disponibles para la moderación de la cláusula penal, los cuales pueden permitir una solución más equilibrada que aquella que ofrece el tribunal.

PALABRAS CLAVE: cierre de negocios; promesa; compraventa; cláusula penal; prudencia

### ABSTRACT

This commentary analyses a recent decision which declared that a preliminary agreement regarding the sale of an apartment was null and void, since it did not fulfil the requirements of a promissory contract. The court also rejected

---

\* Doctor en Derecho, Erasmus Universiteit Rotterdam. Profesor de Derecho romano, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Apoquindo 3721, piso 13, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: javier.rodriguezdiez@uc.cl

the sellers' claim of liquidated damages for CLP \$ 40 000 000 on account that it would cause an unjust enrichment. Special attention is drawn both to the features of the contract and to the available mechanisms that allow the moderation of the liquidated damages, which enable a more balanced solution to the one reached by the court.

KEYWORDS: preliminary agreement; promissory contract; purchase and sale; liquidated damages; sound judgement

## INTRODUCCIÓN

La imposición de abultadas penas contractuales en caso de desistimiento de una promesa de compraventa es una práctica común en el mercado inmobiliario, lo que hace especialmente llamativo un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el cual se acogió un recurso de queja en contra de un juez árbitro, revocando la sentencia que condenaba a una compradora a pagar \$40 000 000 por desistirse intempestivamente de un contrato de compraventa al cual se había obligado en virtud de un cierre de negocios.

La sentencia está esbozada con trazos muy gruesos, afirmando que el árbitro actuó en contravención a la prudencia y a la equidad al no considerar que el acuerdo en el que se establecía la multa era en realidad una promesa que no cumplía con los requisitos del artículo 1554, o que el pago de la multa traería consigo un enriquecimiento sin causa de la vendedora. Ninguna de estas ideas es desarrollada por los sentenciadores, que parecen haber zanjado la controversia en base a un crudo sentido de justicia. Pese a ello, el conflicto resulta de especial interés para abordar el problema de la proporcionalidad y procedencia de las cláusulas penales, tan comúnmente empleadas en contratos preliminares relativos a la compraventa de inmuebles, y en especial la posibilidad de moderar dichas penas, cuestión cuyo análisis fue pasado por alto en el fallo y que permite llegar a una solución más equilibrada.

280

### I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

La controversia tuvo su origen en la suscripción de un documento denominado “Cierre de negocio”, en virtud del cual una compradora interesada, por medio de una corredora de propiedades, formuló una propuesta de compra de un departamento a una inmobiliaria. El texto señalaba al comienzo: “El contrato propuesto por intermedio del Corredor se tendrá por perfecto desde el momento que los interesados acepten pura y simplemente la propuesta (Art. 106 C. de Comercio)”. A continuación, se hacía referencia asimismo a los artículos 98 y 99 CCom. El documento indicaba que la propuesta tendría una vigencia de tres días hábiles bancarios, y que, luego de la aceptación de la

oferta, debería suscribirse una escritura de compraventa dentro de 45 días. Se detallaban los principales elementos del contrato a celebrar, incluyendo que un 15% del precio se pagaría al contado, y el saldo con un crédito hipotecario. Otros elementos quedaron sin definir, tales como el número de días dentro del cual debía hacerse la entrega del inmueble luego de la inscripción de dominio, información que quedó en blanco, indicando en su lugar “xx”.

El elemento del cierre de negocio que dio lugar a la disputa fue la siguiente cláusula:

“En garantía de la realización del negocio ofrecido y de su cumplimiento, dejo en su poder la suma de \$40 000 000 mediante cheque a su nombre. [...] Si me retractare intempestivamente, esto es pendiente el plazo, o después de aceptada por el vendedor, perderé esa suma en beneficio de mi contraparte, como multa. Lo mismo ocurrirá en mi beneficio, si fuese el aceptante el desistido. En tales casos, pondrá ud. las garantías recíprocas, a disposición del árbitro, para que la parte que estuvo llana a cumplir la presente propuesta cobre las sumas en su beneficio”.

También se establecía, en caso de desistimiento culpable, una multa en beneficio de la corredora, correspondiente a un 4% más IVA sobre el precio. Así, a modo de referencia de su magnitud, ambas multas superaban los \$60 000 000.

Llegado el día de la celebración de la compraventa, la compradora señaló que no había podido conseguir todo el financiamiento requerido, y no pagó el precio al contado en los términos que se indicaban en la escritura, la cual, sin embargo, procedió a suscribir.

Cabe señalar que, en dicho borrador, no se hacía referencia al cierre de negocio, y que sus términos no eran idénticos a los de este; por ejemplo, se daba por pagado al contado un monto que correspondía a alrededor del 30% del precio total, es decir, más del doble del valor que debía pagarse al contado según el referido documento.

Frente a la actitud adoptada por la compradora, la inmobiliaria y la entidad que debía otorgar el financiamiento decidieron no concurrir a firmar. Luego de tratativas infructuosas para conseguir el financiamiento o llegar a un acuerdo (por ejemplo, por medio del ofrecimiento de otro inmueble en parte de pago), la inmobiliaria alegó el incumplimiento del contrato y demandó ante el Centro Nacional de Arbitraje la resolución con indemnización de perjuicios evaluados anticipadamente en \$40 000 000<sup>1</sup>.

El árbitro arbitrador acogió la demanda, dedicando especial atención al problema de la naturaleza jurídica y efectos del documento “Cierre de negocio”.

Entre sus defensas, la compradora señaló, por ejemplo, que dicho documento no estaba completo (por cuanto algunos elementos quedaron en blanco,

---

<sup>1</sup> *Inmobiliaria Escandinavia con C. F.* (2021). También la corredora dedujo una demanda en esta sede, la cual se tramitó bajo el rol n.º 212-2020.

indicándose con las letras “xx”), que no había constancia de cuál era la versión definitiva, ni que hubiera sido aceptada por la inmobiliaria dentro del plazo de 3 días. También hizo presente que las partes que aparecían en el borrador de compraventa no eran las mismas que figuraban en el cierre de negocio (siendo en realidad sociedades vinculadas a quienes suscribieron el contrato preparatorio).

El juzgador desechó todas estas alegaciones, entre otras razones, porque la propia compradora habría reconocido la validez del cierre de negocio al suscribir la escritura de compraventa, por lo que no podría desconocer sus actos propios. Se descartó asimismo la relevancia de los espacios en blanco, ya que correspondería que estos fueran llenados por el aceptante de la oferta, por cuanto esta sería la única forma de concretar la aceptación. Confirmada la validez del cierre de negocio, el árbitro estimó que se configuraría un supuesto de retractación intempestiva, descartando ciertas alegaciones de la demandada que estimó no probadas, como que la inmobiliaria se habría comportado contra las exigencias de la buena fe al cerrar las puertas a una fórmula alternativa para pagar, o que en el intertanto habría seguido ofreciendo la propiedad a otros interesados.

En contra de esta sentencia arbitral, según el Reglamento del Centro Nacional de Arbitraje, solo cabía deducir aquellos recursos que la ley declara irrenunciables, por lo que la compradora presentó un recurso de queja ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Este se fundó ante todo en la pretendida falsa apreciación de los antecedentes del proceso, al reconocer validez al documento “Cierre de negocio”, por lo que el árbitro habría fallado en contravención a los artículos 223 *Código Orgánico de Tribunales* y 640 n.º 4 del *Código de Procedimiento Civil*, según los cuales el árbitro arbitrador deberá fallar según la prudencia y la equidad.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de queja<sup>2</sup>, en una decisión que resulta sorprendente, ante todo, por discurrir sobre ideas completamente distintas a aquellas expuestas por la recurrente, ofreciendo al mismo tiempo una escasa o nula fundamentación.

La Corte hizo especial énfasis en el hecho de que el cierre de negocios sería en realidad una promesa simulada, por lo que debían cumplirse a su respecto los requisitos del artículo 1554 CC, los cuales –a su juicio– claramente no se verificarían (considerando 5.º). Pese a los términos categóricos en que se formuló esta apreciación, no se explicó qué requisito se estaría incumpliendo. Continuó la Corte señalando que, al pasar por alto la regulación del artículo 1554, el árbitro incurrió en una falta o abuso grave, ya que la condena a pagar la multa de \$40 000 000 se traduciría en un enriquecimiento sin causa para la inmobiliaria (afirmación que, nuevamente, la Corte no se molestó en desarrollar). Finalizó luego dedicando un considerando a definir la prudencia y la equidad, para con-

---

<sup>2</sup> C. F. D. con *Inmobiliaria Escandinavia* (2022a).

cluir que el árbitro contravino el texto legal que lo obligaba a fallar conforme a estos elementos<sup>3</sup>.

En contra de esta sentencia, la inmobiliaria dedujo a su vez un nuevo recurso de queja ante la Corte Suprema, el que fundó ante todo en la nula fundamentación del fallo en lo que se refiere a la calificación del cierre de negocio como una promesa, a la contravención del artículo 1554 CC y a la configuración de un supuesto de enriquecimiento sin causa, al tiempo que denunció la vulneración del principio de autonomía de la voluntad, por cuanto las partes acordaron la multa libremente. La Corte Suprema no llegó a abordar ninguno de estos problemas, declarando inadmisibles los recursos conforme al artículo 63 n.º 1 del *Código Orgánico de Tribunales*, según el cual las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros<sup>4</sup>.

## II. COMENTARIO

### *1. Calificación jurídica del cierre de negocios y de la multa estipulada*

Pese a las críticas que pueda merecer el fallo de la Corte de Apelaciones en cuanto a su fundamentación, la calificación del cierre de negocios como un contrato de promesa tiene la virtud de poner el dedo en un punto sensible que permea gran parte de la controversia: la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos y las obligaciones que de ellos emanan. Así, aunque la inmobiliaria, en su queja ante la Corte Suprema, descartó airadamente que el cierre de negocios pudiese ser considerado un contrato de promesa, lo cierto es que en el curso del juicio nadie ofreció una lectura alternativa. El árbitro se conformó con verificar los supuestos para el perfeccionamiento del contrato conforme a los artículos 99, 99 y 106 CCom, pero no explicitó (ni se discutió ante él) su naturaleza.

En este punto cabe señalar que el denominado cierre de negocios –al menos en la forma que tiene en nuestro país– es una figura que surgió en la práctica comercial del mercado de inmobiliario<sup>5</sup>, siendo uno de sus elementos característicos el otorgamiento recíproco de cheques –que quedan en manos de un tercero,

<sup>3</sup> Considerando 6.º: “En efecto, 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’, y por su parte 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’, por ende el juez recurrido contravino texto legal expreso que lo obligaba a fallar en equidad y prudencia”.

<sup>4</sup> *C. F. D. con Inmobiliaria Escandinavia* (2022b).

<sup>5</sup> ROSENDE (1979), p. 111; PUELMA (2002), p. 37; y, ABELIUK (2012), pp. 274-275.

como el corredor o un notario— para formalizar un determinado acuerdo<sup>6</sup>. Probablemente se deba a este origen, vinculado a prácticas surgidas de la costumbre comercial, que solo un puñado de autores le dediquen atención, arribando en diversos puntos a conclusiones muy distintas<sup>7</sup>.

Por lo demás, se trata de una figura que en la práctica presenta distintas modalidades, las cuales inciden a su vez en la calificación jurídica que quepa hacer en cada caso<sup>8</sup>. Así, el cierre de negocios podrá calificarse como un contrato de promesa en la medida que las partes se obliguen a celebrar un determinado contrato<sup>9</sup>, razón por la cual diversos autores advierten el riesgo de que los tribunales exijan el cumplimiento de los requisitos del artículo 1554<sup>10</sup>. No es de extrañar, por lo mismo, que exista jurisprudencia relativamente antigua que declare nulo el cierre de negocios que tenía la fisonomía de una promesa de compraventa, pero que no satisfacía los requisitos de dicha norma<sup>11</sup>. En el caso bajo análisis, en la medida que se entienda que el cierre de negocios establecía la obligación para ambas partes de suscribir un contrato de compraventa en un plazo determinado —cosa que se desprende de la misma demanda de la inmobiliaria, que invoca un incumplimiento contractual—, existen buenos argumentos para señalar que se trata de una promesa de compraventa.

Pese a que la Corte de Apelaciones no desarrolló de qué modo el cierre de negocios habría pasado por alto los requisitos del artículo 1554 CC, teniendo en consideración las alegaciones de la compradora es posible conjeturar que los sentenciadores tuvieron a la vista el numeral cuarto de dicho artículo<sup>12</sup>, según el cual la compraventa prometida debió estar especificada en tales términos que solo faltara la solemnidad prescrita por la ley (en el caso de la compraventa de un inmueble, el otorgamiento por escritura pública, según el artículo 1801 inciso 2º CC). Este nivel de especificidad podría estimarse incompatible con el hecho

<sup>6</sup> Ya en el prontuario de BARROS y ESPINOSA (1975), vol. II, pp. 725-727 (n.º 726) se encuentra un modelo de “contrato de cierre de negocio”, asociado específicamente a la venta de un inmueble con intervención de un corredor, dejando ambas partes cheques que se entregan a la contraparte en caso de desistimiento.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, ROSENDE (1979), p. 111; PUELMA (2002), pp. 37-44; ABELIUK (2012), pp. 274-279; CONTRERAS (2016), pp. 993-1000; y, ZULOAGA (2018), pp. 371-400.

<sup>8</sup> ZULOAGA (2018), p. 386.

<sup>9</sup> PUELMA (2002), p. 40: “Si la intención de las partes consiste en crear las obligaciones de celebrar el contrato definitivo, esto es obligaciones de hacer, habría contrato de promesa, que debe ajustarse a las disposiciones legales pertinentes”. En idénticos términos CONTRERAS (2016), p. 997. PUELMA (2002), pp. 159-162 incluso incorpora un formulario de cierre de negocios que tiene la naturaleza jurídica de una promesa de venta.

<sup>10</sup> *Cfr.* PUELMA (2002), pp. 38 y 40-41 y ABELIUK (2012), pp. 277-278. En relación con la calificación como promesa de la oferta y aceptación (figura que también juega un rol en el diseño del cierre de negocios del caso bajo análisis) véase ABELIUK (2012), pp. 271-273.

<sup>11</sup> *M. con V.* (1987).

<sup>12</sup> Artículo 1554 CC: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: [...] 4.º Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban”.

de que el documento fuera suscrito con espacios en blanco, los cuales luego fueron completados de forma unilateral por la inmobiliaria<sup>13</sup>. Desgraciadamente, la completa falta de fundamentación en este punto hace inconducente formular mayores consideraciones en torno al mismo. Cualquiera sea el caso, como la doctrina en general advierte el peligro de que se apliquen a los cierres de negocios los requisitos del artículo 1554 CC, la inmobiliaria debería haber sido especialmente cuidadosa en evitar situaciones como el llenado unilateral de espacios en blanco<sup>14</sup>.

La discusión en torno a la calificación jurídica del cierre de negocios levanta a su vez dudas respecto a la calificación jurídica de la “multa” que se estipuló. En este caso, el tenor literal empleado podría sugerir que se trata de arras penitenciales, en cuanto el comprador entregó un cheque declarando que, en caso de retractación, perdería esa suma en beneficio de su contraparte<sup>15</sup>. Esta interpretación coincide con el hecho de que esta multa haya surgido originalmente, en el contexto del cierre de negocios, como una forma de arras penitenciales<sup>16</sup>. Considérese asimismo que, si bien las arras se regulan a propósito de la compraventa, diversos autores consideran que no hay obstáculo a su otorgamiento a propósito de otros contratos, tales como la promesa<sup>17</sup>.

Pese a lo anterior, existen buenos argumentos para entender que la multa estipulada era en realidad una cláusula penal<sup>18</sup>. Considérese en efecto que uno de los criterios que propone la doctrina para distinguir a las arras penitenciales de la cláusula penal es que las primeras otorgan la facultad de desistirse del contrato, mientras que en el segundo caso la pena es una obligación accesoria que se gatilla por el incumplimiento de una obligación principal<sup>19</sup>. Esto habría hecho necesario determinar, en la sentencia, si acaso la celebración del contrato de compraventa constituía o no una obligación para los contratantes, cuyo incumplimiento daba lugar los remedios propios de la responsabilidad civil. El análisis de ese punto se simplifica si se considera que la inmobiliaria alegó el incumplimiento del contrato y la consecuente resolución con indemnización de perjuicios, afirmando que la multa sería una evaluación anticipada de perjuicios, lo que sitúa a la multa en el terreno de la cláusula penal.

---

<sup>13</sup> Este tipo de operaciones más bien deberían dar lugar a una contraoferta, cuestión que no fue objeto de análisis.

<sup>14</sup> Considérese a este respecto las advertencias de ZULOAGA (2018), pp. 394-395, quien sugiere acordar directamente un contrato de promesa que cumpla con todos los requisitos del artículo 1554 CC.

<sup>15</sup> En relación a la posibilidad de perfeccionar las arras por la entrega de un cheque, véase CARVAJAL (2008), pp. 527-529.

<sup>16</sup> PUELMA (2002), p. 37 y CONTRERAS (2016), p. 993.

<sup>17</sup> ALESSANDRI (2011), t. I, vol. 1, p. 88 y ABELIUK (2012), pp. 248-249. CARVAJAL (2008), p. 527 incluso concibe la posibilidad de que se otorguen arras para garantizar la celebración de la compraventa, lo que califica como “arras obligacionales”.

<sup>18</sup> Considérese en este punto la definición del artículo 1535: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

<sup>19</sup> GATICA (1959), p. 397; PUELMA (2002), p. 43; CARVAJAL (2008), pp. 530; ABELIUK (2012), p. 279; CORRAL (2012), pp. 92 y 128-130; y, CONTRERAS (2016), p. 999.

Si la multa estipulada consistía en una cláusula penal, se sigue una consecuencia decisiva, ya que, en caso de estimarse que el cierre de negocios sería nulo (por no cumplir con los requisitos del artículo 1554 CC) debería considerarse también como nula la pena que este imponía, dada la naturaleza accesoria de la cláusula penal, de conformidad al artículo 1536<sup>20</sup>. Este desenlace, que se desprende sin mayor esfuerzo del texto legal, habría ahorrado a la Corte tener que recurrir a una referencia forzada a la doctrina del enriquecimiento sin causa. Por lo demás, se podrían haber formulado reparos al hecho mismo de recurrir a un cheque para concretar una cláusula penal<sup>21</sup>, cuestión que tampoco fue tratada.

Si se acepta que el documento “Cierre de negocio” configuraba un contrato de promesa cuyo cumplimiento era garantizado por una cláusula penal, surge a continuación el problema de si efectivamente se verificó un supuesto de incumplimiento por parte de la compradora. La respuesta está lejos de ser evidente si se considera que el contenido del borrador de compraventa tenía notorias diferencias respecto al cierre de negocio. La demandada hizo presente que los comparecientes no eran los mismos en ambos instrumentos, pero existía una diferencia todavía más dramática: mientras en el cierre de negocio se estipula que un 15% del precio debe pagarse al contado, en la escritura de compraventa el monto superaba el 30%<sup>22</sup>. La clara desconexión entre ambos instrumentos puede explicar que la compraventa ni siquiera tenga una referencia a dicho contrato preparatorio. Sin embargo, por alguna razón, estas circunstancias no fueron invocadas por la demandada, ni fueron advertidas por el árbitro o la Corte. Así, nuevamente, un elemento decisivo para zanjar la controversia quedó fuera de escena: resulta evidente que no puede hablarse de un incumplimiento de la compradora por el hecho de haber rehusado pagar al contado un monto que era casi el doble de lo que se obligó a pagar en el cierre de negocios. En este contexto, al argumento de los actos propios de la compradora al que recurrió el árbitro para dar lugar a la multa se queda corto, siendo improcedente condenar al pago de una pena por la no celebración de un contrato que no tiene las características acordadas.

## *2. La prudencia del juez frente a la multa de \$40 000 000: mecanismos de moderación*

Como se puede apreciar del acápite anterior, varios de los elementos centrales para resolver la controversia escaparon a la atención de la Corte de Apelaciones, en parte por la poco vigorosa defensa de la demandada y la consecuente des-

<sup>20</sup> Artículo 1536 inciso 1.º: “La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”.

<sup>21</sup> Sobre este punto véase CORRAL (2012), p. 208.

<sup>22</sup> La compraventa establece en efecto que, del precio total de 14850 UF, se pagarían al contado 4651,68 UF, lo que equivalía a un 31,32%; el resto se pagaría por medio de un mutuo hipotecario.



atención del árbitro. La pobre fundamentación de la sentencia y la dudosa configuración de la falta o abuso grave –que se basaría en no advertir una supuesta nulidad que la misma Corte no fue capaz de explicitar– dan cuenta de una cierta hipertrofia del recurso de queja para efectos de constituir una nueva instancia. Este fenómeno es especialmente grave si se considera que el razonamiento de la Corte descansó, ante todo, en la referencia genérica a la prudencia, lo cual se encuentra en perfecta contradicción con diversos fallos que exigen un estándar bastante alto para efectos de afirmar que un juzgador desatendió la prudencia y la equidad<sup>23</sup>.

La Corte probablemente recurrió a la prudencia en estos términos vagos para dar una solución alternativa a lo que debe haber percibido como una insalvable injusticia: la magnitud de la pena impuesta. Esto explicaría la enigmática referencia a la doctrina del enriquecimiento sin causa; a juicio de la Corte, no parecería haber ningún fundamento para imponer una pena de estas características a un incumplimiento de una entidad tan discreta. Al fin y al cabo, en el expediente del juicio se pueden apreciar los intentos por llegar a un acuerdo, por obtener el financiamiento requerido, la voluntad por suscribir la compraventa e incluso los padecimientos psiquiátricos experimentados por la compradora, una madre de dos hijos que veía desaparecer sus ahorros. Frente a ella, la inmobiliaria que persiguió el cobro de la gigantesca multa se presenta como el villano de la obra, mostrando la misma sombría preferencia de Shylock por obtener la libra de carne antes que el cumplimiento de la obligación principal. Así, la Corte intentó impedir un resultado que percibió como intuitivamente injusto, para lo cual echó mano, sin mayores argumentos, a la prudencia y al enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, el desenlace que ofreció la Corte parece remediar una injusticia con otra. Si dejamos de lado, por un momento, que hay buenas razones para entender que no se verificó el supuesto de incumplimiento que gatillaba la pena (según se expuso en el acápite precedente), el hecho que la “multa” estipulada configurara jurídicamente una cláusula penal tiene como inmediata consecuencia la posibilidad de morigerar la pena si esta reviste caracteres de enormidad.

En el contexto de la experiencia comparada, el *Código Civil* de Bello ofrece un repertorio particularmente amplio de fórmulas para moderar las penas contractuales<sup>24</sup>, incluso cuando la obligación principal es de valor inapreciable o indeterminado. Este es normalmente el caso en las obligaciones de hacer, en las cuales la cláusula penal resulta conveniente para efectos de ahorrar a la parte diligente

---

<sup>23</sup> Véase *v. gr. R. P. C. con M. F. V. P.* (2016), considerando 3.º: “...si son la prudencia y la equidad las que han gobernado a la sentenciadora a la hora de decidir el conflicto, la manera que ha tenido de interpretar contratos o de valorar la prueba no puede ser objetada por esta vía, salvo que haya sido de tal modo extraviada que no resista ni siquiera el examen de la lógica más elemental, que no es el caso”. En similares términos véase *v. gr. M. P. A. con E. A. L.* (2021), considerando 4.º y *Servicios Educativos Celta S.A. con Juez Arbitro C. Q. M.* (2022), considerando 8.º.

<sup>24</sup> Para el contraste con otras jurisdicciones, véase STAGL y LABRÍN (2021), especialmente las pp. 248-249 y 252-260.

el complejo trabajo de acreditar los perjuicios<sup>25</sup>. Frente al excesivo entusiasmo o ingenuidad que demuestren las partes al momento de acordar el número de ceros de la pena –lo cual suele asociarse a la confianza de que jamás se verificará el escenario adverso<sup>26</sup>– el artículo 1544 inciso 4.º permite recurrir a la prudencia del juez para moderar la pena asociada a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, como sería el caso de la obligación de hacer asociada a una promesa<sup>27</sup>. Nos encontramos así, nuevamente, con la referencia a la prudencia del magistrado, pero en un contexto mucho más delimitado que aquel al que recurrió la Corte.

Con base en la prudencia, el juez podrá indagar en distintos elementos para efectos de ajustar la pena. Probablemente el principal criterio a considerar sea su proporción con el legítimo interés económico en juego, es decir, el valor que en abstracto cabe asignar al cumplimiento oportuno de la obligación principal<sup>28</sup>.

En el caso bajo análisis, siguiendo una práctica común en el mercado inmobiliario, la pena estipulada parecía tener relación más con el valor de la propiedad que con un eventual perjuicio asociado al incumplimiento de la obligación principal. En efecto, las tratativas frustradas de una corredora o inmobiliaria para concretar el contrato prometido tendrán asociadas una serie de costos administrativos y publicitarios, incluso la pérdida de una chance de negocios en los largos meses de conversaciones entre los contratantes y con terceros que ofrezcan financiamiento. Elementos como estos pueden ser hasta cierto punto cuantificados de antemano, a tal punto que en la práctica hay actores que establecen el pago al contado de un monto asociado a la reserva de un inmueble, que cubre todos los costos administrativos involucrados.

Este es el tipo de interés económico involucrado en el cumplimiento oportuno de una promesa de compraventa que la pena está llamada a caucionar, por lo que estipular penas de varias decenas de millones de pesos parece no guardar ninguna relación con lo que está realmente el juego. Esto no significa que la pena deba ajustarse a los perjuicios que en definitiva se verificaron (o a la ausencia de perjuicios), ya que ello contravendría lo dispuesto en el artículo 1542 CC<sup>29</sup>, al tiempo que privaría a la pena del carácter sancionatorio que usualmente

---

<sup>25</sup> *V. gr.* Inst. Just. 3,15,7 reporta la práctica de recurrir a una cláusula penal en las obligaciones de hacer.

<sup>26</sup> STAGL y LABRÍN (2021), p. 251.

<sup>27</sup> Artículo 1544: “[inc. 2.º] La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. (...) [inc. 4.º] En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

<sup>28</sup> Sobre la conceptualización del legítimo interés del acreedor en relación con la pena, véase *v. gr.* GATICA (1959), pp. 179, 477-478 y 490; CLARO SOLAR (1979), p. 532 (n.º 590); y, CORRAL (2012), pp. 288 y 294.

<sup>29</sup> Artículo 1542: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”. De todas formas, la doctrina suele admitir que el juzgador, dentro de la apreciación prudencial del artículo 1544 inciso 4.º, tome en consideración la ausencia de perjuicio. Véase en este sentido *v. gr.* GATICA (1959), p. 490 y DE LA MAZA (2006), pp. 32-33.

suele asignársele; la pena podrá ser, por ejemplo, dos, tres, cuatro veces mayor –dependiendo de qué estime prudente el juez para el caso concreto<sup>30</sup>– el monto que quepa asignar al interés económico de la inmobiliaria en el cumplimiento oportuno, pero debe tener al menos alguna relación con el mismo, sin que pueda operar –al decir de Hernán Corral– como “un instrumento de opresión o explotación del acreedor en contra del deudor, no justificada ya por el interés del cumplimiento”<sup>31</sup>.

El recurso a la prudencia le permitirá al juez sopesar otros múltiples elementos para determinar la enormidad de la pena y los límites a los cuales corresponde reducirla. Atendido lo resuelto por la Corte, resulta de especial interés constatar que diversos autores, incluyendo a Pothier<sup>32</sup>, vinculan estrechamente la reducción de la cláusula penal enorme al enriquecimiento sin causa<sup>33</sup>. Nuevamente nos encontramos con uno de los criterios empleados por la Corte, pero en un contexto mucho más acotado y con un efecto más preciso: reducir la pena en lugar de eliminarla.

Otro elemento que la doctrina menciona para efectos de reducir prudencialmente la pena es el grado de responsabilidad imputable al deudor en el incumplimiento<sup>34</sup>, el cual juega asimismo un rol importante en el caso bajo análisis, donde la inmobiliaria exigió que la compradora respondiera contractualmente por una situación que, al menos en parte, escaparía a su control, como sería la obtención del financiamiento necesario. Poner de cargo de la compradora estos problemas para efectos de cobrar la multa resulta contraintuitivo si se considera la posibilidad de dar con otras fórmulas, tales como sujetar la celebración de la compraventa a la obtención el financiamiento requerido, devolviéndose los cheques entregados por las partes en caso de que esto no ocurra<sup>35</sup>.

Finalmente, también suele mencionarse, entre los elementos que el juez puede sopesar prudencialmente, la situación patrimonial de las partes<sup>36</sup>, la cual también juega un rol en el caso analizado, donde la magnitud de la pena impuesta a la compradora parecía exponerla a la ruina.

<sup>30</sup> Sin perjuicio del análisis prudencial que pueda hacer el juez a este respecto, diversos autores suelen estimar que la pena debe deducirse al doble del valor atribuible a la obligación, lo que resulta armónico con el artículo 1544 inciso 1.º CC. Véase en este sentido *v. gr.* CLARO SOLAR (1979), p. 532 (n.º 590) y STAGL y LABRÍN (2021), pp. 250 y 259-260.

<sup>31</sup> CORRAL (2012), p. 288.

<sup>32</sup> POTHIER (1805), p. 252 (n.º 346): “*Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité, qui doit régner dans ces contrats, ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il serait contraire à cette équité que le créancier s'enrichit aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive*”.

<sup>33</sup> Véase asimismo GATICA (1959), pp. 483 y 490.

<sup>34</sup> GATICA (1959), p. 490 y DE LA MAZA (2006), p. 33.

<sup>35</sup> Véase en este sentido lo resuelto en *J. V. C. con Inmobiliaria Río Trancura S.A.* (2011), considerando 4.º de la sentencia de reemplazo. Lo mismo puede acordarse, por ejemplo, para el evento que se detecten reparos en el estudio de títulos, como señalan PUELMA (2002), p. 39 y ABELIUK (2012), p. 277.

<sup>36</sup> GATICA (1959), p. 490 y DE LA MAZA (2006), p. 33.

## CONCLUSIONES

Pese al interés que a primera vista pareciera representar el fallo para efectos de determinar la validez de las multas que se imponen en las promesas de compraventa de inmuebles, lo cierto es que no parece tratarse de una sentencia llamada a formar un precedente, especialmente si se considera el nulo desarrollo en torno a los motivos que obstarían a la validez de la pena.

La Corte de Apelaciones de Santiago, enfrentada a una multa libremente convenida que parecía no ofrecer salida a la supuesta infractora, dejó de lado cualquier sutileza y cortó de golpe el nudo gordiano al declarar la invalidez del contrato sobre la base de una vaga referencia a la prudencia y al enriquecimiento sin causa.

En lugar de esta justicia visceral, que con su lógica de “todo o nada” termina por perjudicar injustamente al vendedor, es posible echar mano a la regulación sobre la cláusula penal enorme, en la cual también se recurre a las nociones de “prudencia” y “enriquecimiento sin causa”, pero en forma más acotada.

Como podrá verse, la posibilidad de intervención judicial para morigerar una pena enorme hace recomendable un ejercicio de refrenamiento al diseñar este tipo de cauciones; mientras más desproporcionada o injustificable sea la pena respecto del interés económico que persigue protegerse en caso de incumplimiento, más patente será la necesidad de que el juez intervenga. Esta misma atención en el diseño del contrato debe también seguirse a propósito de otros aspectos que fueron descuidados en el presente caso, tales como llenar de forma unilateral espacios en blanco, no verificar que el cierre de negocios satisficiera las exigencias del contrato de promesa o describir un supuesto de incumplimiento excesivamente amplio.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos* (3ª edición). Santiago: Thomson Reuters.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, vol. 1.
- BARROS ALDUNATE, Diego e ISMAEL ESPINOSA VARGAS (1975). *Práctica forense* (6ª edición). Santiago: Arancibia Hermanos.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (2008). “Las arras perfeccionadas a través de un cheque”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 3, Santiago.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. V, tomo 10.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2016). *Instituciones de derecho comercial* (4ª edición). Santiago: Thomson Reuters, tomo II.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012). *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006). “El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7, Santiago.
- GATICA PACHECO, Sergio (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POTHIER, Robert Joseph (1805). *Traité des obligations*. París: Letellier, vol. I.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2002). *Contratación comercial moderna*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979). *Responsabilidad precontractual*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- STAGL, Jakob y Marco LABRÍN VERDEJO (2021). “Gravamen (pena) contractual en Alemania y Chile: dos modelos opuestos”, en Jakob STAGL. *La vida de los hombres mismos vista desde un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZULOAGA RÍOS, Isabel (2018). “Algunas consideraciones acerca del ‘cierre de negocios’”, en Claudia BAHAMONDES *et al.* (coords.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.

#### *Normas citadas*

*Código Civil.*

*Código de Comercio.*

*Código de Procedimiento Civil.*

*Código Orgánico de Tribunales*

291

#### *Jurisprudencia citada*

- C. F. D. con Inmobiliaria Escandinavia (2022a): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2022, rol n.º 10455-2021, Legal Publishing CL/JUR/13276/2022.
- C. F. D. con Inmobiliaria Escandinavia (2022b): Corte Suprema, 19 de abril de 2022, rol n.º 10965-2022.
- Inmobiliaria Escandinavia con C. F. (2021): Centro Nacional de Arbitrajes, 10 de noviembre de 2021, rol CNA n.º 211-2020.
- J. V. C. con Inmobiliaria Río Trancura S.A. (2011): Corte Suprema, 11 de abril de 2011, rol n.º 7957-2009, Legal Publishing CL/JUR/3095/2011.
- M. con V. (1987): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 1987, rol n.º 999-1986, *Gaceta Jurídica* n.º 84, año 12, p. 49.
- M. P. A. con E. A. L. (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2021, rol n.º 4.597-2016, Legal Publishing CL/JUR/93727/2021.
- R. P. C. con M. F. V. P. (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio de 2016, rol n.º 2846-2021.

Servicios Educativos Celta S.A. con Juez Árbitro C. Q. M. (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2022, rol n.º 15.937-2019, Legal Publishing CL/JUR/2500/2022.

#### SIGLAS Y ABREVIATURAS

<i>CC</i>	Código Civil
<i>CCom</i>	Código de Comercio
cfr. <i>confer</i>	(compare)
cons.	considerando
<i>Inst. Just.</i>	Instituciones de Justiniano
IVA	impuesto al valor agregado
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
UF	unidades de fomento
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>