

DERECHO MERCANTIL

Guillermo Caballero Germain

Profesor de Derecho Comercial

Universidad Adolfo Ibáñez

COMENTARIO. NULIDAD (DE FONDO) DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. SENTENCIA CORTE SUPREMA, 30 DE MARZO DE 2015, ROL 8733-2014; SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 4 DE MARZO DE 2014, ROL C-7030-2012 Y SENTENCIA SÉPTIMO JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO, DE 16 DE MAYO DE 2012, ROL C-8096-2009.

En lo sustancial, los hechos del pleito son los siguientes: el 31 de julio de 2007, Carlos Felipe Mena Fernández inició una gestión preparatoria de la vía ejecutiva mediante la citación a (su tío) Fernando Rafael Zañartu Velasco a confesar deuda sobre dos acreencias, cada una por la suma de \$75.000.000, quien no compareció (juicios rol N°15.098-2007 del 11° Juzgado Civil de Santiago y rol N° 15.083-2008 del 16° Juzgado Civil de Santiago, ambos caratulados “Mena Fernández Carlos Felipe con Zañartu Velasco Fernando”).

El 1 de octubre de 2007, Jaime Fritz Núñez, María Carolina Fritz Hernández, Gustavo Adolfo Fritz Hernández y Fernando Rafael Zañartu Velasco constituyeron una sociedad anónima cerrada, cuyo objetivo era exclusivamente la explotación de dos predios agrícolas, ubicados en la Sépti-

ma Región, comuna del Romeral, más adelante individualizados como aportes. El capital de la sociedad se fijó en la cantidad de \$130.750.000 dividido en cien acciones, de las cuales, Fernando Zañartu Velasco suscribió y pagó en el acto ochenta de ellas (con el aporte en propiedad de los bienes raíces denominados rol 57-17, de 51,1 ha y rol 57-26, de 18 ha aproximadamente, del resto de la hijuela B del Guaico), siendo las demás acciones suscritas por Jaime Fritz Núñez (diez acciones), María Carolina Fritz Hernández (cinco acciones) y Gustavo Adolfo Fritz Hernández (cinco acciones), con la obligación de pagarlas en el plazo de un año, a contar de la fecha de la escritura.

El 7 y el 24 de diciembre de 2007 se presentan las respectivas demandas ejecutivas en los juicios caratulados “Mena Fernández Carlos Felipe con Zañartu Velasco Fernando”;

El 8 de noviembre de 2007 y de 12 de febrero de 2008, se otorgaron dos escrituras de saneamiento. En la última se contiene un texto refundido de los estatutos, en los cuales:

- a) se modificó el nombre de la sociedad pasando a denominarse “Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A.” o “Guaico Norte y Sur S.A.”;

- b) se modificó el objeto social en los términos siguientes: la explotación tanto agrícola como forestal, y ganaderos como forestales; la forestación y reforestación de predios forestales, la compraventa y arrendamiento de los mismos, por sí y en representación de terceros; y comprar, vender, invertir en los bienes corporales o incorporales, muebles o raíces, tomarlos o darlos en arrendamiento, por sí mismo, o en cualquier otra forma directamente relacionada con la actividad inmobiliaria en general; realizar loteos y obras de urbanización y demás actividades que los socios acuerden;
- c) se regularizó el capital, dejando constancia que Fernando Zañartu Velasco, suscribía ochenta acciones de la sociedad, por un valor de \$ 104.400.000 las que se pagaban entregando en dominio, los siguientes predios: A. Una parte del predio denominado “Hijuela B del Fundo El Guaico”. Ubicado en la provincia de Curicó, comuna del Romeral, denominada “Porción Poniente”, con una superficie aproximada de 56 ha, incluyéndose los derechos de aguas que proporcionalmente correspondían al terreno aportado, todo lo cual fue avaluado por los accionistas en la suma de \$61.347.826; B. El inmueble denominado “Hijuela B, del Fundo Guaico” ubicado en la misma provin-

cia y comuna, denominado “Porción Oriente”, con una superficie aproximada de 20 ha, incluyéndose en este aporte de los derechos de agua que proporcionalmente le corresponden al terreno cedido, inmueble que fue avaluado por los accionistas de común acuerdo en la suma de \$21.652.174.

Posteriormente, las acciones de Fernando Zañartu Velasco fueron transferidas a “Inversiones Zañartu & Fritz Limitada”, constituida por Fernando Zañartu Velasco y Jaime Fritz Núñez, por escritura de 10 de enero de 2008, siendo el primero titular del 80% de los derechos sociales, no obstante lo cual se pactó en los estatutos que las utilidades y pérdidas de cada ejercicio se repartirían en un 1% para este y un 99% para Jaime Fritz Núñez¹.

Además de otorgar la sociedad mandatos generales y especiales para el desarrollo de la actividad social y ante el Servicio de Impuestos Internos, así como la constancia de la realización de sesiones de directorio así como de la primera junta extraordinaria de accionistas, la sociedad celebró varios contratos:

- a) el 2 de mayo de 2008, un “Convenio de Medianería en Morones”, con José Zúñiga, sobre un predio social de una super-

¹ La prueba del hecho de haberse transferido las acciones de Fernando Zañartu Velasco a Inversiones Zañartu & Fritz Limitada fue expresamente desestimada por el tribunal de primera instancia (cons. 16°), pese a ello, la Corte Suprema lo entiende como un hecho acreditado en el proceso (cons. 7° sentencia de reemplazo).

ficie aproximada de una hectárea;

- b) el 16 de mayo de 2008, Sociedad Agrícola Guaico Norte y Sur S.A. vende y transfiere una sección, el retazo o parte de 17,4726 ha, que formaba parte del predio “Resto de la Hijueta B Fundo el Guaico Dos” rol 57-26, conocida como “Porción Oriente”, a Víctor Manuel Rojas López, en el precio de \$102.417.800;
- c) tres contratos privados de arrendamiento, cuyas firmas aparecen autorizadas notarialmente, sobre inmuebles sociales.

El 19 de junio de 2008 fallece Fernando Rafael Zañartu Velasco.

El 15 de abril de 2009, María Soledad Zañartu Saavedra y María Antonieta Silvia Zañartu Miranda, hijas y herederas a título universal de Fernando Zañartu Velasco, demandan se declare nula absolutamente la Sociedad Agrícola Guaico Norte y Sur S.A., por falta de consentimiento y falta de causa, o en subsidio por causa ilícita, por ser por completo simulada; se ordene la restitución de las partes al mismo estado que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, sin perjuicios de las excepciones legales relativas a los casos de la causa ilícita; se ordene que los inmuebles aportados por Fernando Zañartu Velasco deban volver a su nombre, con sus derechos de aguas, cancelándose las inscripciones conservatorias tanto del Registro de Propiedad como del Registro de Propiedad de Aguas a nombre de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S. A., más la indemnización por los

perjuicios causados, condenándose a los demandados en costas. Los demandados se oponen a todo lo solicitado, demandando reconvencionalmente la condena de los perjuicios causados por las medidas prejudiciales precautorias solicitadas por las demandantes y concedidas de forma previa al inicio del pleito objeto de este comentario.

La sentencia de primera instancia establece como acreditada la intención positiva de Fernando Zañartu Velasco de alterar su realidad patrimonial, para perjudicar a un acreedor ejecutante, al constituir Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A (cons, 6º), pero niega lugar a la demanda de nulidad (y también a la reconvencional), fundándose en tres ideas:

- i) el aporte de los antes referidos inmuebles por parte de Fernando Zañartu Velasco a Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A no dejó a este en insolvencia, circunstancia que en sí misma habría constituido un acto fraudulento:

“Que para decidir si la alteración de la realidad patrimonial de un deudor mediante la transferencia de bienes en dominio con el propósito de sustraerlos de la persecución inherente al derecho de prenda general constituye en sí misma una ilicitud o acto fraudulento, es imprescindible situar esa acción en el contexto patrimonial específico del deudor, pues si producto de estas enajenaciones su patrimonio, garante de sus obligaciones, es vaciado en tér-

minos de crear una insolvencia que antes no existía, el reproche civil será grave e indubitado” (cons. 5°);

“Para confirmar la primera de las conclusiones, esto es el hecho que la maniobra de alteración patrimonial haya incluido todos los bienes de Fernando Zañartu, en términos tales de crear un estado absoluto de insolvencia, esta juez ha considerado además el valor probatorio pleno que ha de asignarle al documento acompañado (...), por cuya virtud se demuestra que la maniobra de alteración patrimonial no incluyó todos los bienes de Fernando Zañartu pues adquirió éste un inmueble en la comuna de Vitacura, por un valor de \$44.000.000, lo que no habría podido hacer en un estado completo de insolvencia” (cons. 7°);

- ii) el acto fraudulento puede dar lugar a la nulidad absoluta de la sociedad si fue causa única y directa de la constitución de la sociedad (acto simulado) o si los demás accionistas fundadores conocían el fraude (ilicitud de la simulación), hechos que el tribunal no considera acreditados:

“Que analizada ahora en su conjunto la prueba rendida a que aluden las dos consideraciones precedentes, este sentenciador a partir de la prueba de esos

hechos conocidos, construirá conforme a la regla que se colige de la aplicación de los artículos 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil y artículo 1712 del Código Civil, con carácter de gravedad, precisión y concordancia suficiente, presunción judicial para convencerse de que la existencia del acto fraudulento de Fernando Zañartu al origen de la constitución de la sociedad no habría sido la causa única, directa e inmediata de su voluntad de concluir el contrato, y que ésta tampoco habría sido causa determinante para ello, por cuanto la actividad societaria desarrollada por la compañía, el propio Fernando Zañartu o el demandado Jaime Fritz, en el nombre y representación de ésta, no habría tenido lugar o de haberla tenido no se habría manifestado con la intensidad que ha quedado acreditada” (cons. 12°).

“Que no habiéndose acreditado, por un lado, que la intención fraudulenta del accionista Fernando Zañartu, padre de las demandantes, fuere revelada a los demandados, en algún grado que demuestre conocimiento del fraude, como tampoco que éstos participaron de algún otro modo de ella ni que, por el otro, ésta intención fue la causa única, directa e inmediata y en todo caso determinante de la conclusión del contrato, se puede concluir que no se está en presencia de un acto simulado

de ningún grado o tipo, en los términos que lo entienden los actores, esto es el de un acto aparente, no consentido e ilícitamente causado. Como consecuencia de lo anterior, habrá de concluirse que la ilicitud de la conducta de Fernando Zañartu, reveladora de fraude civil, no ha tenido la entidad suficiente para corromper el contrato de sociedad en su conjunto, y en todo caso en alguno de sus elementos esenciales, sea porque en tanto contrato bilateral o más precisamente plurilateral, este fraude ha debido ser compartido por otro u otros de los socios o al menos conocido de ellos, lo que no se ha acreditado en el pleito, razón por la cual, se decidirá que no concurre causa legal alguna para declarar la nulidad absoluta de dicho acto sea por ausencia de consentimiento, de causa o de ilicitud de ella” (cons. 14^o).

(iii) las demandantes carecen de legitimación activa para demandar la nulidad de la sociedad:

“Que, tal como lo ha expresado la Excma. Corte Suprema en algunos de sus fallos, así como reputada doctrina nacional, la imposibilidad que tienen los herederos de alegar la nulidad absoluta de la que había sido privado el causante por la conciencia que tuvo éste de estar celebrando el acto con

fraude, podría discutirse para la hipótesis en la que los herederos hayan desconocido el vicio que funda la acción, cuyo es diametralmente distinto el caso de autos en donde las actoras confiesan haber estado en conocimiento del obrar fraudulento de su padre. Que en estas condiciones, las demandadas no pueden pretender alegar el ejercicio de su propio derecho o interés personal si al mismo tiempo el interés aducido proviene precisamente del hecho de ser herederas. Lo anterior no sólo por la aplicación del más rudimentario principio de coherencia en el actuar de los litigantes, también por la presencia de la doctrina de los actos propios que impide un actuar tan contradictorio como el que se presenta al deducir una acción propia en su calidad de herederas para luego desprenderse de tal calidad en lo que les es desfavorable” (cons. 15^o).

La Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia en alzada, mencionando en forma expresa compartir los razonamientos contenidos en los considerandos décimo cuarto y décimo quinto (antes transcritos de manera parcial).

A su turno, la Corte Suprema casa en la forma de oficio –sin haber oído sobre este punto a los abogados concurrentes a la vista de la causa (cons. 1^o de la sentencia de nulidad)– la sentencia de la Corte de Apelaciones por falta de las consideraciones de hecho

que sirven de fundamento al fallo, teniendo esa inobservancia evidente incidencia en la manera de resolver (cons. 7° de la sentencia de nulidad).

La Corte Suprema, en la sentencia de reemplazo, acoge la acción de nulidad por simulación y dispone:

“la restitución a las actoras de los inmuebles aportados por don Fernando Zañartu Velasco, con sus derechos de aguas y con todos los bienes inmuebles por adherencia y por destinación que contienen los instrumentos que dieron origen al contrato nulo, cancelándose las inscripciones conservatorias tanto del Registro de Propiedad como del Registro de Propiedad de Aguas a nombre de la sociedad Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S. A.”,

confirmándose en lo demás el fallo de primer grado, sin costas, por las razones siguientes:

- i) la declaración de nulidad por simulación se funda en la ausencia de causa lícita de la sociedad, toda vez que la real intención de los accionistas fundadores fue distraer bienes del patrimonio de Fernando Zañartu Velasco:

“[la simulación nace de la concertación de] los demandados con el señor Zúñiga en su intención de crear una sociedad con el único objeto de distraer su patrimonio. Ello por cuanto su amigo y colega de armas

por más de 30 años, don Jaime Fritz, no podía estar ajeno a las vicisitudes por las que atravesaba don Fernando Zúñiga. De hecho, la precipitación en la redacción de la escritura requirió su modificación en dos oportunidades, circunstancias que no dan cuenta de que en ella se haya concretado un negocio planificado sino que más bien demuestran un apresuramiento propio de quien necesita crear ilícitamente una persona jurídica a la cual aportar sus bienes, para distraer su patrimonio de eventuales acreedores” (cons. 8° de la sentencia de reemplazo);

- ii) en materia de simulación existe un mayor margen de apreciación prudencial de la prueba por parte del tribunal, elevándose la prueba de presunciones a una consideración primordial; en el proceso se han probado una serie de antecedentes que permiten aseverar la probabilidad del conocimiento por parte de los demás accionistas fundadores de una intención fraudulenta de Fernando Zañartu Velasco:

“Así, de los presupuestos fácticos anotados en el fallo que se revisa, del hecho no cuestionado que el demandado Zañartu constituyó la sociedad para aportarle dos inmuebles en resguardo de su patrimonio y del cúmulo de circunstancias

recién reseñadas cabe desprender, al tenor de lo que disponen los artículos 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, a la luz de lo razonado en el basamento sexto que antecede, presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes a juicio del tribunal, para formar el convencimiento legal de que el contrato de constitución de la sociedad Guaico y Sur S.A. fue simulado” (cons. 8° de la sentencia de reemplazo);

iii) la declaración de simulación no exige la insolvencia absoluta de Fernando Zañartu Velasco:

“en nada obsta a la declaración de simulación el hecho de que el señor Zañartu mantuviera en su poder otros bienes, distintos a los aportados al pacto social, pues no es requisito de la simulación de la especie que el agente presente un estado de insolvencia absoluta, como parece estimarlo la parte demandada, ni permite darle causa real y lícita a la constitución de la sociedad cuya nulidad se pide” (cons. 9° de la sentencia de reemplazo);

iv) las demandantes están legitimadas activamente para demandar la nulidad de la sociedad:

“Lo cierto es que la supuesta contradicción que cree obser-

var el sentenciador de primera instancia en el actuar de las actoras no es tal, pues el interés que invocan las demandantes les afecta personalmente, ya que han resultado engañadas con la celebración del acto simulado y han visto disminuido su propio patrimonio, el que podía ser incrementado con los bienes de la sucesión de señor Zañartu. Entonces, no han ejercido una acción propia en su calidad de herederas para luego desprenderse de tal calidad en lo que les es desfavorable, como parece sugerirlo el juez a quo. Lo que sucede es que en su calidad de herederas del causante se han sido afectadas con el acto simulado y se han visto perjudicadas en su propio patrimonio” (cons. 17° de la sentencia de reemplazo).

COMENTARIO

Las sentencias reseñadas tratan de la nulidad de fondo de una sociedad anónima. Los tribunales tienen escasas ocasiones de pronunciarse sobre el régimen de nulidad de una sociedad anónima, más infrecuentes aún, si se trata de un vicio de fondo. Con todo y pese a las interesantes cuestiones civiles, sucesorias y procesales abordadas por las referidas sentencias a propósito de la simulación absoluta, examinaremos solo los aspectos mercantiles de la misma, entre los cuales hemos elegido los siguientes:

1. El régimen de la nulidad de fondo de una sociedad, en general

La LSVN distingue entre vicios de nulidad de forma y vicios de nulidad de fondo. La noción de “vicio formal” comprende dos tipos de irregularidades:

- i) el incumplimiento de una solemnidad legal (por ejemplo, la falta de inscripción oportuna en el Registro de Comercio) y
- ii) la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto de las menciones solemnes de la escritura social.

Esta última falta podría constituir un vicio de fondo, pues se trata de una imperfecta manifestación de la voluntad necesaria para dar nacimiento a la sociedad (por ejemplo, no acordar la valoración de los aportes en especie o la forma de realizar esa valoración). Sin embargo, la noción de “vicio formal” es amplia y comprende todas aquellas irregularidades no constitutivas de un “vicio de fondo”; esto es, todas las que no:

“implican una privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio sustancial de general aplicación” (art. 1.IV de la ley N° 19.499)².

² VARELA (1997), pp. 5-7. No es claro si la referencia en la definición legal de vicio de fondo a la “privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad” descarta la calificación como vicio de fondo a la ausencia de un elemento típico de la sociedad, como, por ejemplo, la administración de una sociedad anónima por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. A favor, VARELA (1997), p. 6. En contra, REYES (1997), p. 29; SANDOVAL (2007), p. 47.

De acuerdo con lo anterior, la ausencia de causa lícita –el vicio declarado en el pleito en estudio– es de fondo de una sociedad. En términos negativos, ello implica la exclusión, por una parte, del saneamiento previsto en la ley N° 19.499 (exart. 1.II-V de la ley N° 19.499) y, por otra parte, del régimen de nulidad (de forma) de pleno derecho reservado para una sociedad anónima que no conste de escritura pública, ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado (exart. 1.V de la ley N° 19.499), cual no es el caso de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A., constituida por escritura pública.

El régimen de la nulidad de fondo de una sociedad carece de una regulación completa y sistemática en nuestro ordenamiento. La *sedes materiae* se encuentra en las reglas de la sociedad colectiva civil sobre la “sociedad de hecho” (arts. 2057 y 2058 de CC)³, cuyo régimen –la doctrina mayoritaria– entiende corresponder al de una comunidad⁴. Una vez declarada la nulidad (de fondo), los socios pueden pedir la liquidación de las operaciones sociales –vinculantes tanto para ellos como para las contrapartes de la sociedad– así como la devolución de los aportes. Por su parte, los terceros acreedores de buena fe pueden dirigirse en contra de “todos y cada uno de los asociados” para exigir el cumplimiento de las operaciones societarias^{5, 6}.

³ VARELA (1955), p. 27; PUELMA (2006), p. 154; ALESSANDRI (2011), p. 375.

⁴ PUELMA (2006), p. 157; ALESSANDRI (2011), p. 379; CONTRERAS (2011), p. 526.

⁵ PUELMA (2006) p. 156.

⁶ El régimen descrito no se aplica a las sociedades nulas “por lo ilícito de la causa u

Uno de los presupuestos para la aplicación de las reglas antes mencionadas es la existencia de hecho de una sociedad. Es dudoso si una sociedad ficticia (por ejemplo, simulada absolutamente) cumple este requisito. Álvaro Puelma sostiene que en ese caso:

“podrán aplicarse las reglas de la sociedad de hecho (...), pero, además, en este caso también las partes y los terceros si los hubiere, están premunidos de acciones de simulación lícita o ilícita que pudieren ser procedentes”⁷.

De aceptarse la improcedencia de la aplicación de las reglas de la “sociedad de hecho” –planteamiento que parece seguir la Corte Suprema en este caso–, la doctrina mayoritaria entiende que los efectos de la declaración de nulidad por simulación absoluta no alcanzan a los terceros de buena fe⁸.

En nuestra opinión, las reglas sobre nulidad de fondo de una sociedad de-

objeto, las cuales se regirán por el Código Criminal” (art. 2057.II del *CC*). La doctrina mayoritariamente entiende que esta regla se refiere a la nulidad por objeto o causa ilícita constitutivo de delito o cuasidelito penal –cual no es el caso en examen–, impidiendo a los socios ejercer las acciones destinadas a recuperar los aportes y recibir las utilidades, pues “los bienes comunes sobre los cuales debe ejercerse tal responsabilidad deben caer en comiso, por ser los efectos de un delito”. PUELMA (2006), p. 161.

⁷ PUELMA (2006), p. 155. Por su parte, Cándido Paz-Ares sostiene que en el caso de simulación absoluta de la sociedad colectiva, en las relaciones internas deben aplicarse las reglas generales de nulidad y en las relaciones externas, las reglas de responsabilidad por apariencia. PAZ-ARES (1993), p. 1331.

⁸ Díez (1995), pp. 129-130; PARRA (1999), pp. 714-720.

ben reconstruirse a partir de las reglas societarias y, en último término, de las reglas comunes de nulidad (art. 1681 y ss del *CC*⁹). Esta prelación de fuentes encuentra fundamento en las particularidades de la nulidad en el ámbito societario¹⁰. En efecto, es bien sabido que la sociedad no solo produce efectos obligacionales sino, también, organizacionales, que en nuestro ordenamiento se encauzan (por lo general) a través de la concesión de personalidad jurídica (exart. 2053.II del *CC*). El surgimiento de una entidad jurídica diferenciada de los socios o accionistas destinada a operar en el tráfico con carácter externo y permanente es difícilmente compatible con el régimen común de la nulidad concebido en el contexto del Derecho de Obligaciones, no del Derecho de las Organizaciones. Una sociedad desarrolla un entramado de relaciones jurídicas, tanto internas como externas, siendo, las más de las veces, inadecuado (sino imposible), en caso de declararse nula, pretender volver al estado anterior a la constitución de la misma. La realidad de la actividad societaria inmersa en el comercio jurídico escapa a la técnica jurídica de la nulidad, incapaz de borrar la realidad¹¹. Precisamente esta imposibilidad de obviar la realidad ha guiado la evolución del régimen de la nulidad de fondo desde una limitación de los efectos retroactivos de la nulidad (sociedad de hecho) hacia la compren-

⁹ Para el desarrollo de esta idea, en particular, sobre la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad colectiva civil disuelta, véase CABALLERO (2015), pp. 656-662.

¹⁰ En contra, ALESSANDRI (2011), p. 379, quien sostiene el predominio de las reglas generales de nulidad por sobre las societarias.

¹¹ GIRÓN (1976), p. 261; PUELMA 374 y 378.

sión de la declaración de nulidad como una causal de disolución societaria¹². Un ejemplo de esta evolución en nuestro ordenamiento es el régimen de la nulidad saneable por vicios de forma de una sociedad colectiva mercantil: una vez declarada esta, la sociedad deberá ser liquidada “como una sociedad” (art. 357I del *CdC*).

2. *El régimen de la nulidad de fondo de una sociedad anónima*

La tendencia apuntada en el párrafo anterior aparece también expresamente recogida en la LSA:

“Disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación por una comisión liquidadora elegida por la junta de accionistas en la forma dispuesta por el artículo 66, la cual fijará su remuneración.

De igual manera se procederá para la liquidación de las sociedades declaradas nulas” (art. 110. I-II de la LSA).

La norma antes transcrita –presente ya en el texto original de la actual LSA– establece la necesaria liquidación de una sociedad anónima declarada nula. La ley N° 19.499 alteró esta regla solo respecto de la nulidad de forma de pleno derecho (art. de la 6ª LSA). En consecuencia, una vez declarada la nulidad de fondo de una sociedad anónima, esta debe liquidarse, subsistiendo su personalidad jurídica “para los efectos de su liqui-

¹² KÜBLER (2001), p. 549; PAZ-ARES (1993), p. 1331.

dación” (art. 109.I de la LSA). En otras palabras, la nulidad de una sociedad anónima por vicios de fondo opera como una causal de disolución¹³.

3. *La improcedencia del efecto retroactivo de la nulidad de una sociedad anónima*

La existencia de operaciones sociales por parte de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A. es un hecho acreditado en el proceso. No obstante, la sentencia de reemplazo ordena volver (parcialmente) al estado anterior a la constitución de la sociedad anónima, al declararse

“la restitución a las actoras de los inmuebles aportados por don Fernando Zañartu Velasco”.

Con esta orden, la sentencia no solo pasa por alto la realidad de las operaciones realizadas por la sociedad sino infringe la regla de sujetar la nulidad de una sociedad anónima a las reglas de la liquidación (art. 109.I de la LSA). Esta regla suprime totalmente la retroactividad de la nulidad, quedando aislados de los efectos de la nulidad los negocios sociales realizados durante la etapa de explotación de la sociedad¹⁴.

Sujetar la nulidad de fondo de una sociedad anónima a las reglas de la liquidación tiene –en lo que aquí más interesa– ventajas desde la perspectiva mercantil respecto del régimen general de la nulidad absoluta. Una de esas

¹³ Conforme, PUGA (2014), p. 143.

¹⁴ Conforme, PUGAL (2014), p. 144; UBILLA (2003), p. 329. Aunque por aplicación *a simili* de las reglas sobre nulidad absoluta por vicios de forma.

ventajas (compartida con el régimen de la sociedad de hecho) reside en aumentar la seguridad del tráfico, pues quienes contraten con una sociedad anónima no sufren el riesgo derivado del efecto retroactivo de la nulidad de acuerdo con las reglas generales.

4. *La tutela de los acreedores sociales*

Otra ventaja de sujetar la nulidad de fondo de una sociedad anónima a las reglas de la liquidación, esta vez tanto respecto de las reglas de la sociedad de hecho como de la nulidad general, reside en una superior tutela de los intereses de los acreedores de la sociedad: el patrimonio social no puede desmembrarse mientras no se cubran las obligaciones de los acreedores sociales (art. 117.I de la LSA).

La orden judicial de restitución de los inmuebles aportados por Fernando Zañartu Velasco a las demandantes vulnera la tutela expresamente establecida a favor de los acreedores de una sociedad anónima. En efecto, como antes se indicó, en las sentencias que se comentan se da por acreditada una serie de operaciones sociales en curso (no sabemos si son todas las realizadas y es indiferente si son muchas o pocas o sus montos) y, por consiguiente, no se han respetado los derechos de los acreedores sociales a mantener intacto el patrimonio social hasta se les pague o asegure el pago de sus acreencias.

5. *La personalidad jurídica de la sociedad anónima en liquidación*

La sentencia de reemplazo, al ordenar de restitución de los aportes realiza-

dos por Fernando Zañartu Velasco, también pasa por alto la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad anónima “para los efectos de su liquidación” (art. 109.I de la LSA). La personalidad jurídica de la sociedad anónima en liquidación es oponible *erga omnes*. Por consiguiente, sea que las demandantes-herederas se entiendan actuar en su interés de herederas (como sostiene la sentencia de primera instancia, cons. 15º) o se entiendan actuar en un interés propio (como sostiene la sentencia de reemplazo, cons. 17º), deben respetar la personalidad jurídica de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S. A. (sujeto de derecho distinto a Fernando Zañartu Velasco), debiendo ajustar el ejercicio de los derechos a favor de ellas reconocidos judicialmente al régimen de la liquidación de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A. Todavía más, si las demandantes-herederas han aceptado la herencia (hecho no acreditado en el proceso) son accionistas de Agrícola e Inmobiliaria Guaico Norte y Sur S.A. y, por consiguiente, están obligadas a:

“ajercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas” (art. 30 de la LSA).

6. *La distinción entre contratos de cambio y contratos de organización*

En nuestra opinión, la sentencia de reemplazo –de gran factura en muchos de sus considerandos–, refleja la inadvertencia en nuestro medio jurídico de la distinción entre los contratos de cambio y los contratos de organización.

En apretada síntesis, los contratos de cambio –cuyo modelo es el contrato de compraventa¹⁵– se satisfacen por prestaciones directas a cada una de las partes. Se diferencian, así, de los contratos de organización, presididos por la ejecución de un fin común a través del objeto social, para lo cual es necesaria una organización (*v.gr.*, una persona jurídica), que mediatiza las prestaciones entre los partícipes¹⁶. Así, por ejemplo, en la sociedad –el contrato de organización más común– el incumplimiento de un socio no concede a los consocios la *exceptio non adimpleti contractus*, sino unos remedios especiales, adecuados a la particular composición de intereses propios de los contratos de organización (arts. 2083 del *CC.*; 379 del *CdC.* y 17 de la *LSA*). La atribución a la nulidad de fondo de una sociedad anónima de un efecto de disolución se inserta sin problemas dentro de la mecánica de los contratos de organización, no así en el régimen general de la nulidad, construido sobre el modelo de los contratos de cambio y que (posiblemente) han

¹⁵ La denominación “contratos de cambio” no es recogida expresamente en nuestro *Código Civil*, aunque puede asimilarse a los contratos bilaterales (art. 1439 del *CC*). Si ello es así, conviene recordar que, en nuestro *Código*, la fuente remota de la noción tanto de contrato como de acto jurídico (y su régimen de nulidad) se encuentra en la *stipulatio*. GUZMÁN BRITO (2005), pp. 84 y 161. Las repercusiones en el régimen del contrato (de cambio) a consecuencia del posterior desarrollo y auge de los contratos de organización es la cuestión dogmática central planteada –en sus líneas elementales– en este comentario.

¹⁶ GIRÓN (1976), pp. 134 y 139. Entre nosotros, VÁSQUEZ (2013), pp. 287 y 325. La cuestión no es considerada de “mayor trascendencia” por PUELMA (2006), p. 58.

tenido en mente los sentenciadores del pleito objeto de este comentario.

Quizá por la inadvertencia antes mencionada, en ninguna de las sentencias comentadas se menciona siquiera una regla sobre sociedad anónima o, en general, de sociedades. Un síntoma de la (aparente) irrelevancia dogmática (que no práctica) del Derecho de Sociedades. Cuanto ha contribuido a este estado de cosas la ausencia (*rectius*: supresión) de los tribunales mercantiles es una pregunta que debería abrir el debate acerca de la necesidad de contar con una jurisdicción mercantil especial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI BESA, Arturo (2011). *La nulidad y la rescisión en el Derechos chileno*: Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2015). “La reactivación de la sociedad civil disuelta”, en Álvaro VIDAL *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho civil X*. Santiago: Legal Publishing.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011). *Instituciones de Derecho comercial*. Santiago: Legal Publishing. Tomo I.
- DÍEZ DUARTE, Raúl (1995). *Contrato simulado*. Santiago: Editorial Conosur.
- GIRÓN, José (1976). *Derecho de Sociedades*. Madrid: Artes Gráficas Benzal.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- KÜBLER, Friederich (2001). *Derecho de Sociedades*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

- PARRA LABARCA, Ricardo (1999). *Tratado de la simulación*. Santiago: Editorial La Ley. Tomo II.
- PAZ-ARES, Cándido (1993). “Artículo 1665”, en Cándido PAZ-ARES *et al.* (dir.). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia. Tomo II.
- PUELMA ACCORSI, ÁLVARO (2006). *Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2014). *La sociedad anónima*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- REYES MADARIAGA, Julio (1997). *Cuadernos Jurídicos. La ley de saneamiento de vicios de nulidad de sociedades*, Viña del Mar: Universidad Adolfo Ibáñez. N° 9.
- SANDOVAL, Ricardo (2007). *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, Vol. 2.
- UBILLA GRANDI, Luis (2003). *De las sociedades y las EIRL*. Santiago: Lexis Nexis.
- VARELA MORGAN, Raúl (1955). *Algunos aspectos de la nulidad absoluta de las sociedades comerciales por vicios de fondo*. Memoria de Prueba. Santiago: Editorial Universitaria.
- VARELA MORGAN, Raúl (1997). *Saneamiento de la nulidad de sociedades originada por vicios formales*. Santiago: Colegio de abogados de Chile.
- VÁSQUEZ PALMA, Mária Fernanda (2013). *Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.