

LA NULIDAD ABSOLUTA Y EL CONTRATO DE SOCIEDAD

ANA MARÍA WATKINS SEPÚLVEDA

Universidad Central
Universidad de Talca

El problema de la nulidad junto con la inexistencia constituye uno de los temas más conflictivos del Derecho, en que la doctrina está bastante dividida.

De acuerdo a lo dispuesto por la ley civil, existen dos clases de nulidades: la absoluta y la relativa (1682). La regla general es la nulidad relativa y la nulidad absoluta sólo procede en caso de actos celebrados o ejecutados por absolutamente incapaces, en aquellos que adolecen de objeto o causa ilícitos, en los que se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para ciertos actos en atención a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que los celebran o ejecutan. Algunos autores agregan el error esencial, pero, en este caso, no hay consenso respecto de la sanción, puesto que, para otros, no es la nulidad absoluta sino la relativa y existe un gran número de autores y profesores, entre los que me incluyo, que pensamos que el error esencial debe sancionarse con la inexistencia del acto o contrato.

En la legislación argentina se distingue entre actos nulos o actos anulables, de acuerdo a una situación fáctica: un acto es nulo cuando el vicio emerge sin necesidad de una investigación de hecho y el acto es anulable cuando es necesaria esa investigación fáctica. En nuestra legislación todo acto anulable es válido mientras no se declare su nulidad por sentencia judicial ejecutoriada y así lo estima la inmensa mayoría de la doctrina, con excepción del profesor Pablo Rodríguez Grez que en su obra «Teoría Bimembre de la Nulidad» distingue entre nulidades originarias o textuales, equivalentes a los actos nulos de los argentinos y nulidades virtuales, equivalentes a los actos anulables de la legislación argentina.

TEORÍA BIMEMBRE DE LA NULIDAD

El profesor Rodríguez Grez califica la teoría de la nulidad de bimembre, puesto que, según él, en nuestro Código Civil coexisten nulidades originarias, que privan al acto de todo efecto ab-initio y nulidades virtuales, en las cuales el acto jurídico aparece revestido de validez presuntiva y provisional. El señala que admitiendo esta distinción desaparecen muchos contrasentidos, como que un acto inexistente ante la ley, que adolece de inexistencia impropia o nulidad radical, pueda transformarse en un

acto plenamente válido por el transcurso del tiempo. En estos casos es la misma ley la que imperativamente ordena que un negocio jurídico sea tenido como inexistente, empleando términos tales como «se tendrá por no escrito» o una cláusula o manifestación de voluntad «por no puesta». En cambio, la inexistencia propia, es la consecuencia negativa que se sigue de la falta de los elementos esenciales instituidos en la ley para que el negocio jurídico surja a la vida del derecho, la falta de algún requisito de existencia del acto jurídico.

La nulidad consiste en privar de efectos a un acto jurídico. Esta privación de efectos puede producirse en virtud de la ley o de la sentencia judicial. Tratándose de la declaración de la ley estamos en presencia de una nulidad originaria o textual y tratándose de la sentencia judicial estamos en presencia de una nulidad virtual. Pablo Rodríguez Grez va más allá, puesto que distingue entre la nulidad sanción y la nulidad efecto. La nulidad sanción sólo puede ser declarada por sentencia judicial ejecutoriada y solamente afecta a la nulidad provisional; en cambio, la nulidad efecto, es aquella en que por mandato expreso de la ley el acto jurídico debe considerarse inexistente, pues carece de todo valor. La nulidad efecto equivale a la inexistencia, impide que el acto jurídico valga, por lo tanto, no puede sanearse por el transcurso del tiempo. La nulidad efecto puede ser una nulidad originaria o una nulidad radical.

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

La nulidad absoluta y la nulidad relativa dependen de la naturaleza de la norma violada y del interés tutelado por la norma infringida: si es público, la nulidad será absoluta; si es privado, la nulidad será relativa. La nulidad absoluta no es susceptible de ratificación o confirmación; para algunos es imprescriptible y, para otros, no se sana por un lapso inferior a diez años; puede ser declarada de oficio por el Juez, al decir de la ley, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Estas circunstancias no se dan respecto de los actos viciados de nulidad relativa, que son confirmables o ratificables, prescriptibles y sólo puede ser declarada a petición de la parte en cuyo beneficio está establecida.

Las nulidades deben interpretarse restrictivamente, son de derecho estricto y en caso de duda debe optarse por la validez del acto jurídico. No es admisible la declaración de la nulidad por la nulidad misma, sino que debe existir un interés legítimo afectado por el acto impugnado, pudiendo incluso, declararse por el solo interés de la moral y de la ley.

En el campo del Derecho Societario, el principio de conservación del acto jurídico tiene motivaciones similares a las de la Doctrina civilista, pero éste se manifiesta de una forma más rigurosa, pues sus necesidades son más apremiantes, por lo cual, en algunos casos, se han establecido plazos muy breves de saneamiento, a fin de proteger los contratos celebrados con terceros y evitar al máximo situaciones de irresponsabilidad.

En el Derecho Comparado, la legislación uruguaya, teniendo en vista la protección de la empresa y los intereses de los terceros, establece que todas las nulidades, con excepción de las producidas por objeto o causa ilícitos, pueden ser subsanadas. En Uruguay el régimen de invalidez común propio de los contratos bilaterales sólo

se aplica en forma supletoria. Es decir, las normas contractuales generales sólo pueden aplicarse si son compatibles con el sistema societario y en el silencio de esa legislación.

Por su parte, la ley argentina dispone que el juez, incluso, de oficio y en cualquier momento puede establecer un plazo para subsanar la nulidad. Las nulidades, en este caso, pueden ser subsanadas mediante acuerdos sociales o decisiones de los socios que eliminen su causa, incluso mediante la incorporación de nuevos socios. En esta legislación se pueden establecer ciertos principios generales, cuando la invalidez afecta al contrato de sociedad. En primer lugar, la nulidad opera como causal de liquidación de la sociedad, por lo tanto, es asimilable a un supuesto de disolución (efecto *ex nunc*); en segundo lugar, la declaración de nulidad no hace desaparecer la actuación del ente y los terceros pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales y atacar el patrimonio social; y, por último, en determinados casos se añaden algunas responsabilidades personales de ciertos socios, administradores y/o controlantes que se presentan como excepcionales, en cuanto libera de responsabilidad a los socios inocentes.

NULIDAD POR OBJETO ILÍCITO, CAUSA ILÍCITA O UN OBJETO PROHIBIDO

En este supuesto prima por sobre el Derecho Societario el Derecho Común y la sanción a las sociedades con objeto ilícito o causa ilícita o que tengan un objeto prohibido en razón del tipo de sociedad son nulas de nulidad absoluta. En estos casos la nulidad debe surgir del objeto social, o sea, del giro o actividad expresada en el contrato de sociedad, o de la causa ilícita, o sea, que el motivo que ha inducido a la celebración del contrato sea contrario a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Estas causales de nulidad absoluta son de orden público y miran al interés general de la sociedad, no atienden a la calidad o estado de las personas, motivos que inducen hasta imponer al juez el deber excepcional de declararla, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato en cualquiera de sus cláusulas. En consecuencia, tienen legitimación activa cualquiera de los socios, excepto los que celebraron el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; cualquier tercero que tenga un interés actual en ello; y, finalmente, se permite alegarla al Ministerio Público en el solo interés de la moral o de la ley.

La declaración de nulidad absoluta del Pacto Social tiene como efecto impedir la continuación de las actividades de la sociedad. Los socios, los administradores y los controladores responden ilimitadamente por obligaciones sociales y por los perjuicios causados. En consecuencia, la nulidad no perjudica a las acciones que corresponden a los terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad si existiere de hecho. En este caso se sanciona a los participantes en el contrato nulo, quienes deberán responder personalmente ante los terceros que contrataron con la sociedad sin saber que ésta era nula.

Sin embargo, si los terceros de mala fe han realizado negocios concernientes al objeto ilícito de la sociedad no podrán repetir contra los asociados, puesto que la ley dispone expresamente que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (1688).

Por último, si en una modificación de la sociedad se establece o introduce un objeto ilícito, puede declararse en cualquier momento la nulidad de la sociedad que nació teniendo un objeto lícito.

Esta nulidad es inconfirmable e imprescriptible.

LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE Y DEBE SER DECLARADA POR EL JUEZ, AUN SIN PETICIÓN DE PARTE, CUANDO APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO O CONTRATO

(Art. 1683 primera parte)

A este respecto se plantean varias interrogantes. Nosotros sólo nos plantearemos dos.

a) ¿En qué momento el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de sociedad?

b) El hecho de que una parte solicite la declaración de nulidad absoluta del contrato de sociedad en la demanda, ¿impide que el Tribunal de segunda instancia la declare de oficio por la causal reclamada por la parte, si ésta no apeló de la sentencia definitiva en aquello que no dio lugar a la declaración de nulidad absoluta?

Trataremos de dar respuesta a estas interrogantes analizando y, en algunos casos, criticando la jurisprudencia existente sobre la materia.

FACULTAD Y DEBER U OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA CUANDO APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO O CONTRATO

Al conceder el artículo 1683 esta facultad e imponer tal deber al juez, le obliga a declarar de oficio la nulidad absoluta en el solo caso que aparezca de manifiesto, es decir, con toda claridad en el documento que da fe del acto o contrato.¹ El empleo del vocablo «puede» es una manera de conferir jurisdicción o competencia y no tiene el significado sinónimo de facultativo sino el imperativo y general de esa disposición y de otros preceptos que así lo manifiestan claramente y que su historia corrobora.²

La facultad y, a la vez, el deber del Tribunal de declarar la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto jurídico, «aun sin petición de parte», no excluye la facultad de los interesados para recabar un pronunciamiento sobre el particular, sino, por el contrario, lo hace más ineludible, porque no prosperaría ni la excusa de no haber sido alegada.²

Hay fallos de la Excma. Corte Suprema, en sentido de que el juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta, aun cuando ninguna de las partes pueda alegarla. Por lo tanto, si bien el que ha celebrado un contrato sabiendo o debiendo saber el vicio

¹ C.S. 07 de abril de 1924. G. 1924, 1º Sem. Nº 19, pág. 190.

² C. S. 04 de octubre de 1935. R. t. 33, Secc. 1ª, pág. 29.

que lo invalidaba no puede alegar la nulidad, tratándose de una nulidad absoluta que aparece de manifiesto del contrato mismo, el Tribunal sentenciador puede y debe declararla de oficio, aun sin petición de parte.³⁻⁴

Aunque ningún fallo lo dice expresamente resulta obvio que la declaración de oficio de nulidad absoluta del acto jurídico debe hacerse en la sentencia definitiva y no en una resolución que no tiene esta naturaleza jurídica, por los recursos mediante los cuales pueda impugnarse, dada la importancia de esta institución y la trascendencia de los efectos que se producen por la declaración de nulidad, que equivalen a la muerte del contrato, como se señalaba en lo precedente.

Sin embargo, existe una sentencia de la Excm. Corte Suprema que, a nuestro juicio, es equivocada y que está en contradicción con la posición sostenida mayoritariamente, puesto que interpreta literalmente la expresión del artículo 1683 del Código Civil «aun sin petición de parte», dándole a la norma un significado restrictivo diverso a aquel que siempre se ha entendido, cual es, que el Tribunal puede declarar la nulidad «de oficio», cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato lo hayan pedido o no las partes litigantes.

Esta sentencia habla de la improcedencia de la declaración de oficio en segunda instancia de la nulidad absoluta que fue rechazada en el fallo de primera instancia, sin que se apelara de esa decisión. Dispone que solicitada la nulidad absoluta de un contrato de sociedad por objeto ilícito y, en subsidio, que se declare relativamente nulo, apelada la sentencia que acogió la nulidad relativa y desechó la absoluta, pidiéndose en la expresión de agravios que se rechace también la nulidad relativa, «la Corte no puede acoger de oficio la nulidad absoluta que era materia de la petición principal de la demanda que desechó el fallo de primera instancia y que a ese respecto no fue apelado. En consecuencia, el fallo de alzada que acoge de oficio esa nulidad absoluta es nulo porque falla ultra petita».⁵

El tratadista Arturo Alessandri Besa, en su obra sobre «La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno», al referirse a las «Limitaciones a la facultad del juez de declarar de oficio la nulidad absoluta», páginas 538 a 541, se refiere a este fallo y establece como segunda limitación que «El Tribunal de segunda instancia no puede declarar de oficio una nulidad absoluta que fue rechazada en la sentencia de primera instancia sin que se apelara de esa decisión». Señala al respecto que esta limitación a la facultad que tiene el juez para declarar de oficio la nulidad absoluta, cuando aparece de manifiesto, ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia. Luego de reproducir el fallo referido formula un comentario, con el cual estamos en absoluto desacuerdo.

¿Qué dice el señor Alessandri en su comentario?

Dice lo siguiente: «A primera vista, la doctrina expuesta parece limitar la facultad de la Corte de Apelaciones para declarar de oficio la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en el contrato, pero estudiado el asunto con detenimiento se ve que ella es acertada. El juez de primera instancia desechó la nulidad absoluta del contrato, y acogió la nulidad relativa. Una de las partes apeló, pero sólo de la decisión del

³ C.S. 07 de enero de 1918. R. t. 15, Secc. 1ª, pág. 462.

⁴ C.S. 11 de noviembre de 1922. G. 1922, 2º Sem. Nº 65, pág. 329.

⁵ C.S. 11 de octubre de 1943. R. t. 41, Secc. 1ª, pág. 252.

juez que acogió la nulidad relativa, y no aquella parte del fallo que desechó la nulidad absoluta. En consecuencia, la sentencia de primera instancia, al no ser recurrida, quedó firme en lo que respecta a la nulidad absoluta. *El debate en segunda instancia quedó circunscrito, por tanto, sólo a la nulidad relativa.* Sin embargo, la Corte de Apelaciones, además de fallar la cuestión de nulidad relativa, declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato, *por el mismo vicio que sirvió de base a la petición de nulidad absoluta en la demanda de primera instancia.* Es evidente que la Corte de Apelaciones no tenía facultad ni derecho para pronunciarse sobre este punto *porque ya había sido resuelto en primera instancia, y ninguna de las partes había reclamado de la decisión,* contentándose así con lo resuelto por el juez; al pronunciarse sobre la nulidad absoluta del contrato, y declararla de oficio, la Corte falló ultra-petita, pues se extendió a un punto que no fue sometido a su decisión».

Continúa el señor Alessandri diciendo que «La facultad de una Corte de Apelaciones para declarar de oficio la nulidad absoluta está limitada por la cosa juzgada que emana de la sentencia de primera instancia. Se podrá argumentar que la Corte de Apelaciones podía considerar la procedencia de la nulidad absoluta, porque el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil le confiere esa facultad, al disponer que ‘puede el tribunal de segunda instancia, previa audiencia del Ministerio Público, hacer de oficio en su sentencia las declaraciones que por la ley son obligatorias a los jueces, aun cuando el fallo apelado no las contenga’. Pero en el caso presente, el problema ya había sido resuelto en el fallo de primera instancia, y al no ser apelado en esa parte, lo resuelto adquirió el carácter de sentencia firme con fuerza de cosa juzgada. Es evidente que la Corte de Apelaciones no podía entrar a conocer de un problema ya resuelto, con cuya solución las partes estaban conformes, a menos que estas mismas lo hubieran colocado bajo la competencia de la Corte, en sus escritos de expresión de agravios, lo que no hicieron».

«Por esta razón estimamos muy acertada la consideración 4 del fallo de la Corte Suprema, que casó en la forma la sentencia de la Corte de Apelaciones, y que dice lo siguiente: ‘Que la Corte nombrada (de Concepción) acogió la nulidad relativa dicha; pero no se limitó a resolver esta cuestión, sino que entró a considerar, además, la nulidad absoluta que podía afectar al contrato constitutivo de la sociedad’ Alvarado con Sanhuesa’ y estimando viciado éste de dicha nulidad, *por la misma causa que sirvió de base a la primera petición de la demanda, esto es,* por adolecer del objeto ilícito que antes se ha expuesto, procedió a declarar de oficio, en la sentencia recurrida, nulo de nulidad absoluta, el indicado contrato de sociedad’.

A continuación, el señor Alessandri expresa que «Esta parte de la sentencia es la que resuelve el problema y establece el principio fundamental: la Corte de Apelaciones no puede declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato por un vicio que, según ella, aparece de manifiesto en él, cuando el fallo de primera instancia, con carácter de sentencia firme ha declarado expresamente que no procede la nulidad absoluta que se ha solicitado en la demanda, *invocando la misma causal.* Ya no se trata de una declaración que la Corte pueda hacer de oficio, porque ha perdido su competencia para pronunciarse sobre este punto, debido a que exactamente la misma cuestión fue resuelta con anterioridad por la sentencia de primera instancia, la que en esa parte ha adquirido el carácter de firme, por no haberse interpuesto recursos en su contra. Si las partes hubieran ampliado la competencia de la Corte a la cuestión de la nulidad absoluta, ésta habría resuelto un punto sometido expresamente a su conocimiento; pero, dado que no lo hicieron, la Corte se extendió a puntos no

sometidos a su conocimiento, circunstancia que haría procedente la causal de casación en la forma (art. 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil).»

Termina diciendo el señor Alessandri: «En resumen, la facultad de la Corte de Apelaciones para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato en que el vicio aparece de manifiesto no puede ejercitarse cuando el Tribunal de primera instancia se ha pronunciado sobre la cuestión en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada en esa parte, declarando que no procede la nulidad absoluta por el mismo vicio que la Corte invoca para declararla de oficio. Del mismo modo, si en un juicio se declara que no hay nulidad absoluta de un contrato por el vicio que se invoca, en otro juicio diverso no podría el juez decretar de oficio la nulidad absoluta del mismo contrato, fundado en idéntico vicio, porque existe cosa juzgada sobre la materia: se trata de un asunto resuelto en forma definitiva, sobre el cual no puede versar nueva discusión.»

Termina diciendo en qué caso esta limitación no rige: «De lo expuesto se desprende que si la Corte de Apelaciones declara de oficio la nulidad absoluta del contrato basándose en cualquier otro vicio que no sea el mismo que se hizo valer en primera instancia al solicitarse esa nulidad, está obrando en uso de las atribuciones que la ley expresamente le confiere, y su sentencia no adolecería de ningún vicio de casación en la forma, porque se trataría de un asunto que no habría sido resuelto en primera instancia y que caería dentro de su competencia.»

Estamos en profundo desacuerdo con la doctrina de la Corte Suprema en este caso y con el comentario del señor Alessandri Besa, puesto que, como lo dijimos en lo precedente, la nulidad por objeto ilícito es inconfirmable e imprescriptible. Estimamos que, sin perjuicio de quedar el debate circunscrito por las peticiones de las partes a la declaración de nulidad relativa del contrato, nada obsta a que el Tribunal de segunda instancia declare la nulidad absoluta del contrato de sociedad por adolecer de objeto ilícito cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato y aunque haya sido solicitada la declaración de nulidad absoluta por la demandante precisamente por esta causal. Nos inclinamos a pensar de esta manera, puesto que la nulidad absoluta es de orden público y no puede estimarse como suficiente razón el contentamiento de las partes que no apelaron, porque no puede ponerse por sobre el interés de la comunidad el interés particular de los litigantes.

A nuestro parecer no falla ultra petita la Corte de Apelaciones, cuando declara la nulidad absoluta de oficio, pues en este caso es el mandato imperativo de la ley lo que obliga al juez y si el Tribunal de primera instancia estimó que no había nulidad absoluta, el contentamiento de las partes no puede obligar a la Corte de Apelaciones más que una norma de orden público. En este caso, cuando el acto jurídico adolece de objeto ilícito, la Corte de Apelaciones sigue teniendo la obligación de declarar la nulidad absoluta del contrato de sociedad, aunque las partes se hayan conformado con la decisión del juez de primera instancia. Aquí no tiene nada que ver la voluntad individual de las partes, puesto que se trata de un asunto no disponible por los particulares.

OPINIÓN DE PABLO RODRÍGUEZ GREZ

En su Teoría Bimembre de la Nulidad, en la página 209, este tratadista se refiere al tema que nos ocupa y señala que «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, conforme lo dispuesto por la primera parte del artículo 1683 del Código

Civil. Esta facultad extraordinaria y excepcional del juez se consagra cuando la nulidad virtual se hace patente, se evidencia con el solo mérito del acto o contrato, lo cual, como es natural, la aproxima a una nulidad originaria. Ante la nulidad absoluta evidente y manifiesta, el juez no puede dejar de aplicar la ley (muchísimo menos podría hacerlo cuando la nulidad es textual o radical). Estando obligado a declararla por sí y ante sí, sin necesidad de petición alguna, es ésta una buena demostración de que una actitud pasiva del juez frente a un incumplimiento flagrante de la ley no es tolerada en nuestro ordenamiento y que ello repugna la función primaria de todo tribunal de justicia. Insistamos en que esta facultad especial, que rompe las reglas de las nulidades virtuales, no puede tener otro fundamento que el que consignamos, y que ello es un índice elocuente para medir las funciones de los jueces frente a las nulidades originarias.