

## ARBITRAJE DE ÁRBITRO ARBITRADOR EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO Y DERECHO EN CUANTO AL FALLO

**Árbitro: Sr. Miguel Otero Lathrop**  
Fecha Sentencia: 7 de marzo de 2005  
**ROL: 480**

**MATERIAS:** Concesión sobre un inmueble, cesión de derechos – nulidad de escrituras públicas por falta de consentimiento – falta de personería como un hecho de público conocimiento – facultad para impetrar la nulidad – inoponibilidad del acto – validez del consentimiento de la empresa intervenida judicialmente – representante legal, revocación de poderes – principio de protección a la apariencia – transacción, efecto de cosa juzgada – causa ilícita – demanda arbitral contra un tercero – enriquecimiento sin causa – cláusula penal enorme – tachas de testigos.

**RESUMEN DE LOS HECHOS:** Inmobiliaria e Inversiones XX S.A. demanda a Sociedad Inmobiliaria ZZ1 S.A. y a ZZ2 Administradora de Fondos de Inversión S.A., solicitando se declare la nulidad de determinadas escrituras públicas otorgadas en relación a la concesión sobre un inmueble y la modificación del pacto de accionistas celebrado con participación de ZZ1. En subsidio deduce la acción *in rem verso*, o de enriquecimiento sin causa, invocando que la parte contraria recibiría en virtud del contrato un beneficio excesivo reñido con la lógica comercial.

ZZ1 deduce demanda de cobro de pesos en contra de XX, invocando las escrituras públicas de transacción y de condonación de deuda.

### **LEGISLACIÓN APLICABLE:**

Código de Procedimiento Civil: Artículos 173, 358 números 1 y 6, 434 número 1, 628, 635.  
Código Civil: Artículos 890, 1.448, 1.449, 1.450, 1.467, 1.576, 1.681, 1.682, 1.683, 2.094, 2.116, 2.163, 2.173, 2.446, 2.454, 2.460.  
Ley 18.092: Artículo 31.  
Ley 18.552: Artículo 2.  
Ley 18.815: Artículo 5.

### **DOCTRINA:**

Según la propia afirmación de la demandante, ésta sabía o debió saber que el señor F.R. había dejado de representar a TR1 como ella misma lo afirma, no obstante lo cual concurrió a la firma de los documentos impugnados y aceptó la comparecencia del señor F.R. Es más, las mismas personas que hoy alegan la falta de personería son las que concurrieron con él al otorgamiento de ambas escrituras sin formular objeción alguna, no obstante que –según sus propios dichos– era de público conocimiento la intervención de TR4 y de sus sociedades filiales.

Las consideraciones anteriores son suficientes para declarar que la demandante está inhabilitada para impetrar la nulidad absoluta, por lo cual cabe rechazar la demanda en esta parte (Considerando N° 5).

En cuanto a la norma del N° 6° del Artículo 2.163 del Código Civil que establece que el mandato termina por quiebra del mandante, no se ha acreditado en forma alguna en autos que TR1 haya sido declarada en quiebra sino solamente que está intervenida judicialmente y que se le ha designado un administrador. Ello demuestra palmariamente que no está declarada en quiebra (Considerando N° 7).

“El mandatario que contrata excediendo sus poderes, o después de expirado el mandato, o sin haber tenido jamás esa calidad, actúa sin poder suficiente y sus actos son válidos pero no obligan al mandante, salvo que éste los ratifique”.

En consecuencia, además, se rechaza la petición de nulidad de las escrituras de 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.071 y N° 2.070, otorgadas ante el Notario don NT1, por cuanto las circunstancias alegadas, de existir, configuran una inoponibilidad de dichos actos jurídicos respecto de TR1 pero, en modo alguno, afectan la validez de las escrituras públicas impugnadas (Considerando N° 8).

**DECISIÓN:** Se rechaza la demanda tanto principal como subsidiaria de XX y se rechaza la acción deducida por ZZ1. Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades.

**SENTENCIA ARBITRAL:**

Santiago de Chile, a siete de marzo de dos mil cinco.

**VISTOS:**

En el comparendo constitutivo del arbitraje que rola a fs. 34, las partes acordaron que Inmobiliaria ZZ1 S.A. (en adelante ZZ1), domiciliada en DML, e Inmobiliaria e Inversiones XX S.A. (en adelante XX), domiciliada en DML, tendrían la doble calidad de demandante y demandada.

De fs. 38 a 58, XX demanda a la Sociedad Inmobiliaria ZZ1 y ZZ2 Administradora de Fondos de Inversión S.A., a objeto que se declare:

- I. La nulidad de las siguientes escrituras públicas:
  - a) De 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.071, otorgada ante el Notario don NT1, por la cual se modifica el pacto de accionistas de XX;
  - b) De 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.070, otorgada ante el Notario antes mencionado, por la cual se modifica la cláusula sexta de la escritura pública de 7 de marzo de 2002 otorgada en la Notaría de don NT2;
  - c) De 10 de junio de 2003, repertorio N° 2.134 otorgada ante el Notario don NT1, en la cual las partes transan diversas materias; y
  - d) De 11 de julio de 2003, repertorio N° 2.626 otorgada ante el mismo Notario sobre transferencia de concesión;
- II. Que se condena a las demandadas al pago de indemnización por daño emergente, desde la fecha de la celebración de los contratos que se declaren nulos hasta la fecha del pago efectivo, y al pago del daño moral que determine el Tribunal; y
- III. Que la demandada debe pagar las costas de la causa.

La demanda se funda en los siguientes hechos:

XX, sociedad anónima cuyos únicos accionistas eran don L.G. y los hermanos don A.G. y don E.G., obtuvo la concesión de la Municipalidad de Macul, por cuarenta años, de un inmueble ubicado en dicha comuna, rotonda Departamental, cuya superficie total es de 62.132,73 metros cuadrados. El decreto alcaldicio respectivo fue reducido a escrituras públicas de 24 de enero y 9 de mayo de 1996 y de 12 de noviembre de 1997, todas otorgadas ante el Notario don NT3. Los fines eran realizar actividades deportivas y recreacionales y arrendar espacios con fines publicitarios. Para lograr esta concesión,

los accionistas de XX debieron realizar una serie de trabajos y gestiones en el Ministerio de Obras Públicas, de Vivienda y Urbanismo y de Bienes Nacionales. El terreno de 6,3 hectáreas se dividió en tres partes: a) 8.844,17 metros cuadrados, destinados a zona de reserva vial, cedidos al Ministerio de Obras Públicas; b) 10.598,70 metros cuadrados, cedidos al mismo Ministerio para la construcción de la autopista Américo Vespucio y la línea 4 del Metro; y c) 46.518,16 metros cuadrados destinados a zona mixta residencial y de equipamiento.

La concesión imponía una serie de cargas, entre otras, el pago de derechos, efectuar en el terreno ciertas obras de infraestructura y equipamiento, la construcción y mantención de áreas verdes, etc.; obligaciones y cargas que se devengaron desde enero de 1996. En el plan de inversión se contemplaba el cierre perimetral del sector oriente, un complejo deportivo con cinco multicanchas, una cancha de patinaje, un foro para eventos, camarines y administración, centro de comidas, relleno de anfiteatro, pasarelas peatonales, centro informático y otras obras, todo con una inversión de \$ 507.370.000. Posteriormente este plan fue modificado por la Municipalidad de Macul, llegando a una inversión superior a mil cien millones de pesos.

Para solventar estos gastos, dado que la sola concesión no era una garantía suficiente para el sistema bancario y financiero, XX, por escritura pública de 16 de abril de 1998 otorgada ante el Notario don NT4 dio en arrendamiento a la sociedad TR2, por un plazo de 15 años, una parte de los terrenos dados en concesión con una superficie de 14.191,78 metros cuadrados. La renta mensual pactada fue de 310 UF, la que, si se considera el plazo en su totalidad, alcanzaba a 55.800 UF. Luego, XX, por escritura pública de 23 de abril de 1998 otorgada ante el Notario don NT5, cedió sus derechos en el contrato de arriendo, ya citado, a ZZ2, por la suma de 24.280 UF. Esta cesión se complementó por escritura de 24 del mismo mes y año, ante el mismo Notario, repertorio N° 1.501/98, constituyéndose XX en fiadora y codeudora solidaria de las obligaciones de la arrendataria y otorgó poder a ZZ2 para cobrar y percibir las rentas de arrendamiento y otras sanciones que allí se establecieron.

Posteriormente, por escritura pública de 16 de septiembre de 1998, otorgada ante el Notario don NT6, suplente de la titular doña NT7, Repertorio N° 5.340, XX dio en arrendamiento a ZZ2, por un plazo veinte años, otros 40.632,95 metros cuadrados de los terrenos dados en concesión, por la renta de 41.646 UF. ZZ2, por escritura pública de igual fecha y ante el mismo Notario, repertorio N° 5.341, subarrendó este terreno a la sociedad TR3, empresa relacionada con XX ya que sus accionistas son los mismos, por una renta de 493,10 UF mensuales.

Según escritura pública de igual fecha y otorgada ante el mismo Notario, los accionistas de XX, señores L.G. y R.G., dan en prenda sus acciones en dicha sociedad a ZZ2, a objeto de garantizar las obligaciones de XX provenientes de los contratos de arriendo celebrados por ésta.

Los únicos accionistas de XX, ZZ1, L.G., A.G. y E.G., por escritura pública de 16 de septiembre de 1998 ante el mismo Notario Suplente señor NT6, repertorio N° 5.342 suscribieron un pacto de accionistas que contiene disposiciones de distinta naturaleza destinadas a favorecer al accionista minoritario ZZ1.

XX, con el dinero obtenido de ZZ2, efectuó las obras a que lo obligaba la concesión y pagó más de \$ 150.000.000 en forma anticipada por los derechos de la concesión.

Según la actora, los contratos de arrendamiento celebrados con ZZ2 no eran tales, sino una forma de disimular la realidad de la operación que era un mutuo de dinero y la renta pactada correspondía al pago de los respectivos intereses, los que se fijaron en forma abusiva y desproporcionada al mercado, toda vez que por una renegociación de 5.916 UF, cobraron 10.973,98 UF, siendo que, a la fecha de tal renegociación, TR3 ya había pagado como dividendo del mutuo 5.916 UF.

Dado que XX seguía con problemas económicos y ZZ2 se negó a otorgar un nuevo crédito, se recurrió a la sociedad TR1, relacionada con TR4.

Según la demandante, TR4 debía pagar a ZZ2, a través de su filial TR1, las cuotas mensuales de los mutuos otorgados y también debía proporcionar recursos para la compra del terreno una vez que fuere licitado por la Municipalidad de Macul. Para materializar este acuerdo, los señores L.G., E.G. y A.G., cedieron a TR1 el 25% del interés social en XX según escritura pública de 7 de marzo de 2002, otorgada ante el Notario don NT8 suplente del titular NT2. En la misma escritura, con la concurrencia del otro socio ZZ1, se pactó que el directorio de XX estaría integrado por tres miembros, siendo uno de ellos elegido por TR1, y, que XX no realizaría actos que afecten el valor de las acciones, estableciéndose entre dichos actos la renuncia y/o transferencia de la concesión.

En febrero de 2003, TR4 es declarado en quiebra afectando a sus sociedades filiales o relacionadas, entre ellas TR1, la cual por ello se vio imposibilitada de cumplir sus compromisos.

De otro lado, ZZ2, por contrato privado de 31 de enero de 2003 cedió, en el precio total de 70.826 UF, a ZZ1 sus derechos y obligaciones como arrendataria en el contrato de arriendo celebrado con XX en la escritura pública de 16 de septiembre de 1998, individualizada anteriormente, y los que le correspondían como subarrendadora en el contrato de subarriendo celebrado con TR3 por escritura de 16 de septiembre de 1998, también individualizada anteriormente.

Según la demandante, para eliminar a TR1 como socio, se modifica el pacto de accionistas, anteriormente aludido, por escritura pública de 5 de junio de 2003, ante el Notario don NT1, y se elimina la obligatoriedad de que para modificar los estatutos sociales se requiera la unanimidad que estaba pactada, con lo cual se obvia la concurrencia de TR1. Además, por escritura pública de igual fecha se modifican los acuerdos celebrados por escritura de 7 de marzo de 2002, especialmente los que dicen relación con la obligatoriedad de que TR1 designe un director de XX y el que se refiere a la obligación de mantener el valor de las acciones.

A raíz de la situación de TR1 que no podía cumplir sus compromisos, XX se vio forzada a recurrir nuevamente a ZZ2 y a su sociedad relacionada ZZ1. Como consecuencia de ello, el 10 de junio de 2003 suscriben ante el Notario señor NT1, una serie de escrituras que le significan a XX la pérdida total de sus activos, especialmente la concesión y los derechos en los contratos a que ella daba lugar, todo en el entendido que ZZ1 (ZZ2) garantizara a XX la posibilidad de recuperar parte de su patrimonio vía un contrato de opción.

Entre los contratos celebrados está el de Transacción en el cual XX transfiere a ZZ1 la concesión, y se obliga a obtener de la Municipalidad de Macul el reconocimiento de esta última sociedad como concesionaria; pone término a los dos contratos de arrendamiento y XX se obliga a restituir a ZZ1 el valor de las rentas de arriendo que recibió, estableciéndose que estas obligaciones de XX se extinguirán por dación en pago mediante la transferencia de la concesión; se condonan ciertas multas y se deja vigente por este capítulo la suma de 83.452 UF.

El 11 de julio de 2003 ante el Notario ya señalado, se suscriben 8 escrituras públicas, dando cumplimiento así a la transacción antes aludida.

ZZ1, por su parte, remite una carta firmada sólo por don E.A., en que manifiesta que XX tiene opción preferente para adquirir la concesión, y en el caso que ZZ1 o alguna sociedad relacionada con ella hubiere adquirido el dominio del inmueble, la opción preferente de adquisición sería para el dominio del inmueble, opción que estaría vigente hasta el 30 de abril de 2004. En cuanto a los términos y condiciones comerciales que se establecían en un anexo adjunto, éste nunca fue entregado.

El 1° de octubre de 2003, XX obtuvo de parte de la empresa TR5, una oferta por un lote de 4.000 metros cuadrados en base a un precio equivalente a 7,5 UF por metro cuadrado, la que ZZ1 no aceptó, pese a las ventajas que presentaba.

ZZ1, por carta de 6 de enero de 2004 –esto es seis meses después de entregada la opción– hace llegar a XX algunas condiciones para su procedencia, entre otras, que la opción de compra debía ser ejercida por la totalidad de la superficie del terreno, las que hacen imposible que XX pueda ejercer su derecho.

En la forma relatada, ZZ1 se hace dueña de la concesión mediante compra a la Municipalidad de Macul del inmueble cuya concesión había obtenido la demandante, por escritura pública de 28 de octubre de 2003 ante el Notario don NT3, inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Posteriormente, por escritura de 2 de septiembre de 2004, ante el Notario don NT9, ZZ1 vende la propiedad en referencia a la sociedad Inmobiliaria TR6 S.A.

Explica la actora que la nulidad que solicita se produjo en la siguiente forma: Existía un pacto de accionistas que prohibía, sin la concurrencia de todos ellos, gravar y enajenar los derechos de la concesión. Este pacto fue modificado por escritura de 5 de junio de 2003, abriéndose la posibilidad de que XX pudiera transferir la concesión; a esta modificación concurren todos los socios, entre ellos don F.R. en representación de TR1, empresa relacionada con TR4 que había sido declarada en quiebra en febrero del año mencionado. En virtud de la modificación se pudieron celebrar la escritura de transacción y las derivadas de la misma.

Sostiene que el acuerdo que modificó el pacto de accionistas, adolece de nulidad absoluta porque el socio TR1 no expresó su consentimiento, ya que estando en quiebra la sociedad, el señor F.R. no la representaba, y siendo nulo, lo son también los contratos suscritos como consecuencia suya y cuya invalidez está solicitando en la causa. Agrega que la representación del señor F.R. había sido revocada con anterioridad a la suscripción de los instrumentos impugnados.

Dice que al declararse nulos los contratos, debe volverse a la situación anterior a su celebración, por lo que debe condenarse a la demandada al pago del daño emergente y del daño moral, conforme a la moderna concepción sobre reparación de perjuicios.

En el primer otosí, en subsidio de la demanda de nulidad, deduce la acción *in rem verso*, o de enriquecimiento sin causa. La funda en que ZZ1 habría tenido, sin causa justificada, los siguientes ingresos:

- a) El contrato de arrendamiento con TR2 por 15 años, con renta mensual de 310 UF, o sea, un ingreso total por dichos años, ascendente a 55.800 UF, debió ser cedido a ZZ2 y ésta, a su vez, lo traspasó a ZZ1;
- b) Por el resto del tiempo de la concesión, es decir 25 años, por el mismo terreno arrendado a TR2, al mismo valor, XX recibiría 93.000 UF.
- c) Dentro del terreno de la concesión, se arrendaban lugares para el establecimiento de paletas publicitarias, que aportaban ingresos al concesionario, siendo los más importantes: 1) espacio publicitario arrendado por TR7, según contrato de 7 de mayo de 1998, por 5 años con renta mensual de 300 UF, que da un total de 18.000 UF. Contrato que una vez terminado, el espacio se arrendaría nuevamente en igual suma por el período total de la concesión, lo que significaba un ingreso de 126.000 UF; 2) espacio publicitario arrendado a TR8, por el contrato de 12 de diciembre de 1997, por 4 años y 11 meses, con una renta mensual de 297,50 UF, lo que da un total de 17.552,5 UF.

Además, una vez concluido el contrato, el espacio se arrendaría de nuevo hasta completar el período de concesión, lo que determinaba un ingreso de 124.950 UF.

- d) XX celebró un convenio con TR9 S.A. el 16 de octubre de 2000, para arrendarle por todo el tiempo de la concesión, un terreno de 24.119 metros cuadrados, convenio que no se pudo concretar, pero que sirve para suponer que se podía arrendar por 1.097 UF mensuales, suma ofrecida por TR9.

Valora a continuación el total que recibiría el concesionario por los capítulos ya dichos; monto que, traído a valor presente con una tasa del 7 % anual, da la suma de 469.595 UF, a la que le resta los egresos que generaba la concesión para llegar a la conclusión que obtendría por ella una suma a valor presente no inferior a 371.464 UF.

Finalmente compara lo que ZZ1 y su antecesora ZZ2 ha gastado, 123.426 UF con lo que ha recibido o recibirá, 507.532 UF, lo que le parece inmoral y reñido con la lógica comercial y la legislación positiva. Fija el enriquecimiento sin causa en la suma total de 384.106 UF y pide que se acoja la demanda, condenando a la demandada a pagar la suma antes dicha o la que el Tribunal estime de derecho.

A fs. 59, la demandante rectifica su demanda y solicita que se elimine del petitorio la referencia a ZZ2, la que no es parte en el Juicio Arbitral.

De fs. 77 a 79, ZZ1 deduce demanda de cobro de pesos en contra de Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones XX; a fin de que se la condenen al pago de 83.452 UF y 2.287,75 UF, más el máximo legal de intereses y al pago de las costas.

Funda su acción en que las obligaciones constan en las escrituras públicas de transacción y de condonación de deuda, celebradas el 10 de junio de 2003 y el 11 de julio del mismo año, respectivamente, ante el Notario don NT1. Añade que el plazo para el cumplimiento de ellas se encuentra vencido. Acompaña copias de las escrituras mencionadas y de la Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad XX.

De fs. 84 a 91, ZZ1 contesta la demanda de XX. En cuanto a la nulidad de los contratos solicita su rechazo basándose en que se ha resuelto que es improcedente una petición de nulidad si no se precisan los vicios en que se funda y, justamente, la demanda de autos no ha determinado el vicio fundante.

Que respecto de la escritura de 5 de junio de 2003 el actor no ha especificado la causal de nulidad, pero del contexto puede inferirse que sería la comparecencia del señor F.R. en representación de TR1 ya que él mismo habría expresado que tomó conocimiento el 9 de junio de 2003 de la revocación de sus poderes el 4 del mismo mes. De esto se desprende que la nulidad pedida sería relativa, porque está referida a la capacidad de las personas que firmaron el acto el que puede sanearse por la ratificación de TR1.

Asimismo, señala que sólo puede impetrarla aquel en cuyo beneficio lo ha establecido la ley, que en este caso sería TR1, y de esto deriva que XX carece de legitimación activa para solicitar nulidad.

A lo anterior habría que agregar que sólo se sabe de la revocación de poder del señor F.R., por la carta de éste, de modo que el contrato fue firmado de buena fe, la que está amparada en diversas disposiciones de nuestra legislación.

Si se resolviera que la nulidad es absoluta, la acción debería ser rechazada por ser quien alega uno de los que intervinieron en la celebración del contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. A lo anterior hay que agregar que el principio de la protección de la apariencia informa el espíritu general de nuestra legislación como queda en manifiesto en los Artículos 890 y 1.576 del Código Civil,

31 de la ley 18.092, 2º de la ley 18.552, y muchos otros, principio reconocido en la jurisprudencia. Por lo demás, el Artículo 2.173 del Código Civil da validez a los contratos firmados por los mandatarios que ignoraban la revocación del mandato.

Respecto a la escritura pública de 5 de junio de 2003, de modificación de acuerdos, las razones para solicitar su nulidad son las mismas antes expresadas, o sea, la revocación del poder del representante de TR1.

En cuanto a la solicitud de nulidad de la escritura de transacción de 10 de junio de 2003, los actores señalan que ésta pudo extenderse porque se habían realizado los dos actos de 5 del mismo mes y año, antes mencionados, y que siendo éstos nulos acarrear la nulidad de la transacción. Sostiene la contestación que en este contrato concurrieron XX y ZZ1 debidamente representadas y, por ende el acto es válido sin que en él exista un vicio de nulidad que pueda ser declarado. Estima la demandada que se ha confundido nulidad con inoponibilidad, y la solicitud debe ser denegada.

En relación a la nulidad de la escritura de transferencia y dación en pago de la concesión, de 11 de julio de 2003, se remite la contestación a lo expresado en el punto anterior y, por lo tanto, también debe rechazarse.

Respecto a la solicitud de indemnización por daño emergente desde la fecha del pago efectivo, reservándose el derecho para determinar el monto en la etapa del cumplimiento incidental del fallo, y también el daño moral, la demandada sostiene que la mencionada reserva no está basada en el incumplimiento de contrato sino en una presunta declaración de nulidad, y, en consecuencia, el perjuicio demandado es extracontractual. Indica que esta demanda debe rechazarse porque la actora no ha pormenorizado los daños que habría experimentado, como tampoco su especie y monto, haciendo una referencia genérica a ellos, aplicándose el Artículo 173 del Código de Procedimiento Civil sólo en materia contractual, como se ha estimado por los Tribunales en abundante jurisprudencia.

Se pide que se rechace la demanda en todas sus partes declarándose que no existe nulidad alguna en los contratos señalados en la demanda y que rechace la reserva de los derechos para determinar el monto de los perjuicios por improcedente, todo con costas.

Contestando la demanda subsidiaria de enriquecimiento sin causa, la demandada señala que en ella sólo se mencionan dos Artículos del Código de Procedimiento Civil y uno del Orgánico de Tribunales, pero no hay citas de legislación vinculante. En cuanto a los cálculos que hace la demandante de lo que podría haber ganado, son sólo especulaciones sobre meras expectativas y los supuestos en que se basa son infundados. Por ello pide el rechazo de la acción, con costas.

De fs. 92 a 95, Sociedad XX contesta la demanda de ZZ1 haciendo presente, en primer lugar, que esta última incurrió en error al fundar su acción en un contrato de transacción celebrado el 10 de julio de 2003, cuando en realidad su fecha es 10 de junio del año señalado. Expresa que ha deducido demanda pidiendo la nulidad de dicho contrato y de otros que son antecesores de la transacción en referencia y repite que en ellas faltó la voluntad de uno de los comparecientes; toda vez que TR1 compareció representada por don F.R. cuyo poder había sido revocado con anterioridad. Ello por cuanto TR1 era empresa relacionada con TR4, la que había caído en quiebra, en febrero de 2003 y el Ministro en Visita señor V.V. había designado a don H.C. interventor de la empresa TR4 y sus relacionadas. Indica que la escritura pública en que se basa la demanda de ZZ1 debe ser declarada nula y su demanda rechazada con costas. También opone la excepción de cláusula penal enorme dando por reproducido lo dicho a este respecto en el primer otrosí de su demanda.

De fs. 99 a 102, corre la réplica de ZZ1 en la que se atiende a los argumentos señalados en su contestación a la demanda de XX. Reitera que la demanda no señaló el vicio en que funda su petición de nulidad, que no está establecida en su beneficio, y que, si fuera absoluta, no puede alegarla porque compareció a todos los actos conociendo la falta de capacidad que ahora invoca. Además, la obligación cuyo cumplimiento se exige se funda en actos y contratos suscritos sólo por los comparecientes, en cambio la nulidad que se pide se refiere a actos y contratos suscritos por una tercera sociedad.

En cuanto a la cláusula penal enorme, dice que no se ha aclarado cómo se produce, sino que XX se ha limitado a señalar que en el contrato de arrendamiento suscrito entre XX y ZZ2 (persona jurídica ajena a estos autos) se pactó que si la primera no diese cumplimiento a las obligaciones contraídas, se aplicaría una multa o evaluación anticipada de perjuicios equivalente a 118.344 UF. Para XX, el simple análisis de esta cláusula permite concluir que contiene lesión enorme y que, como no se trata de un contrato de arrendamiento sino de un mutuo, esta multa es en definitiva intereses que podrían constituir usura.

Argumenta ZZ1 que, en la escritura de 10 de junio de 2003, XX reconoce adeudarle la suma de 83.452 UF, de modo que el título invocado por ZZ1 para cobrar emana de un reconocimiento de deuda, y no es la aplicación de una cláusula penal por incumplimiento contractual. Pide se rechace esta excepción y, respecto al enriquecimiento sin causa, se remite a lo dicho en el primer otrosí de la contestación a la demanda.

De fs. 103 a 114, corre la réplica de XX a la contestación de su demanda principal y la réplica a su demanda subsidiaria. Expone que ZZ1 no ha controvertido los hechos de la demanda, salvo en forma general al decir que “no se ajustan a la realidad” sin explicar cuál sería ésta. Que se desprende de la contestación que el señor F.R. no representaba a TR1 a la fecha de suscribir las escrituras de 5 de junio de 2003. Que en la demanda se señala en cada caso los vicios de nulidad; que la demandada pretende desligar de los hechos a ZZ2, lo que no es posible porque ella se encuentra estrechamente relacionada con ZZ1, siendo los directores y ejecutivos de ambas, las mismas personas naturales.

Que el 21 de octubre de 2003, por oficio N° 277, el Ministro en Visita del grupo TR4 pidió informe a ZZ2 respecto de la operación celebrada con XX y relacionada con el inmueble motivo de la concesión. Al responder, don E.A., gerente general de ZZ2 y de ZZ1, indica que esta última es una sociedad controlada por la primera, y al relatar los hechos oculta lo realizado el 5 de junio de 2003. Respecto a la precisión de los vicios se reproduce parte de la demanda, y se dice que la nulidad invocada es la absoluta por falta del consentimiento de TR1. Respecto a la nulidad de transacción se hace presente que los representantes de XX actúan basados en dos contratos celebrados el 5 de junio de 2003 que adolecen de nulidad porque falta el consentimiento de TR1 y si tales contratos son nulos, también lo son las cláusulas que prometen transferir la concesión.

Por los mismos motivos es nulo el contrato de 11 de julio de 2003 de dación en pago. Encuentran sumamente peligrosa la teoría de la “protección de la apariencia” la que no puede sustentarse en el caso de autos porque ZZ1 y ZZ2 cuentan con ejecutivos de primer nivel que debían saber perfectamente la situación de TR1. En el presente caso es errada la aplicación del Artículo 2.173 del Código Civil puesto que no se puede sostener ignorancia de la situación de TR4 y su relacionada TR1. Es más, en la cláusula quinta del contrato de transacción, las partes se ponen en el caso que el contrato adolezca de algún vicio de nulidad y que sea declarada, para que sigan vigentes todas las restantes cláusulas.

En cuanto a la improcedencia de discutir el monto de los perjuicios en el cumplimiento de la sentencia, en la réplica se sostiene que el inciso segundo del Artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, faculta al Juez para reservar a las partes el derecho a discutir el monto de ellos, a lo que se agrega que este Tribunal es Arbitrador en cuanto al procedimiento. Respecto a la demanda subsidiaria, reitera lo anteriormente dicho; insiste en que probará que los beneficios obtenidos por la demandada son infinitamente



superiores a las contraprestaciones que efectuaron, eliminándose así la equidad que debe existir en todo contrato, quitándole el carácter oneroso conmutativo a los celebrados entre las partes.

De fs. 118 a 120, XX duplica pidiendo el rechazo de la demanda de ZZ1; reitera lo dicho en la contestación respecto a la nulidad de los actos que ha solicitado su parte. En relación a la cláusula penal enorme sostiene que es evidente la intervención de ZZ2. Que la escritura de transacción deja en evidencia la relación entre ella y sus antecedentes, al detallar en su cláusula primera los actos y contratos anteriores que corresponden a la transacción, y en la segunda, numeral seis, multas pactadas en 1998. Insiste en el enriquecimiento sin causa para ZZ1.

De fs. 138 a 142, ZZ1 duplica y afirma que en la Junta Extraordinaria de Accionistas de XX, celebrada el 28 de abril de 2003 reducida a escritura pública el 30 del mismo mes y año ante el Notario NT1, se acordó reformar los estatutos sociales en el sentido de eliminar la cláusula que exigía la unanimidad de los accionistas para acordar la reforma de estatutos sociales y en el nuevo texto se indica que la venta de activos fijos o del total de su activo debe ser acordada por mayoría absoluta de las acciones emitidas, sin que a esa fecha la demandante hubiera puesto en duda la validez del mandato de TR1.

Se acompaña copia de la escritura de delegación de poder conferida al señor F.R. en la que se aprecia que al 4 de junio de 2003 estaba válido pues no hay constancia de la anotación de supuesta revocación. Agrega que, por escritura de 29 de enero de 2004, XX otorga mandato de don B.E. y don G.F. para negociar una opción de compra de terreno a ZZ1 y, en la cláusula primera, declara que ZZ1 es dueña de los terrenos allí señalados y que ésta adquirió de XX una concesión que tenía sobre la propiedad, según escritura de 11 de junio de 2003. Respecto a la nulidad repite lo dicho en su escrito de contestación. Finalmente, en relación a la demanda subsidiaria, expresa que en caso de rechazarse la principal, no podría acogerse aquélla, puesto que de contratos válidos no puede emanar un enriquecimiento sin causa. En un otrosí acompaña copia de las escrituras de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de XX, de 30 de abril de 2003, del Acta de Sesión de Directorio Número Siete de la Sociedad TR1 de 20 de junio de 2000, y de Mandato Especial de XX a don B.E. y otro, de 29 de enero de 2004.

A fs. 158, de común acuerdo con las partes, se recibe la causa a prueba, se establece la cuantía de la causa, se determinan los honorarios del Árbitro y se fijan los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

1. Fecha de la última modificación de estatutos de XX y cumplimiento de las formalidades legales respectivas;
2. Fecha y modificación del pacto de accionistas de XX y concurrencia de los accionistas involucrados;
3. Fecha de revocación del mandato otorgado al señor F.R. por TR1 y cumplimiento de las formalidades legales respectivas;
4. Oportunidad y forma en que los representantes o apoderados de XX y ZZ1 tomaron conocimiento de la revocación del poder del señor F.R.; y
5. Perjuicios sufridos por XX y beneficios obtenidos por ZZ1.

A fs. 226, ZZ1 pide que se tengan por acompañados con citación los documentos que enumera.

A fs. 231, el representante de XX acompaña documentos que detalla bajo los apercebimientos legales que corresponden.

A fs. 243, el apoderado de XX presenta minuta de puntos de prueba y lista de testigos, los que declararán en relación al punto 5 de la resolución que recibió la causa a prueba.

A fs. 245, el representante de XX solicita designación de perito para que se determine el valor de la concesión entregada por la Municipalidad de Macul y el valor económico del inmueble en que se emplazaba la concesión aludida. El Tribunal accede y cita a comparendo; a fs. 246, pide que se cite a absolver posiciones a don E.A., representante de ZZ1, lo que el Tribunal acoge y fija audiencia al efecto; y, a fs. 247, solicita el despacho de varios oficios, respecto de los cuales el Tribunal accede a algunos puntos del número 1, a los signados con los números 2 y 3 y rechaza el del punto 4.

A fs. 275 y 276 don E.A., en representación de ZZ1, absuelve posiciones.

De fs. 296 a 301 corre prueba testifical. De fs. 307 a 313 rola escrito de observaciones a la prueba hechas por la parte de ZZ1 y, a fs. 314, rola una modificación al escrito anterior.

A fs. 302 se tiene a las partes por desistidas de la solicitud de peritajes.

A fs. 314 vuelta, se cita a las partes para oír sentencia.

#### **CONSIDERANDO EN CUANTO A LAS TACHAS**

1. Que ZZ1 ha deducido la tacha del N° 1 del Artículo 358 del C.P.C. en contra de don J.G. por ser éste pariente en segundo grado de afinidad del representante de XX, don L.G.; y la tacha del N° 6 del mismo Artículo por cuanto el testigo tendría interés en el resultado del juicio ya que aparece como beneficiario de una opción de compra de los terrenos, según carta de ZZ1, de 11 de julio de 2003, acompañada en parte de prueba en el escrito de fs. 236.

2. Que la parte de XX pide que las tachas sean rechazadas. La del N° 1 porque no se dan los requisitos puesto que el testigo no tiene parentesco con la parte que lo presenta, que es la sociedad XX; y, en cuanto a la del N° 6 porque, de prosperar la acción tanto principal como subsidiaria, el testigo no obtendría beneficio alguno toda vez que la carta en referencia sólo se acompañó para acreditar que, con posterioridad a la transacción celebrada, entre las partes existían relaciones comerciales pendientes.

3. Que don J.G. declara ser cuñado de don Arturo L.G., que ha tenido interés en ayudarlo, por cuanto fue él quien lo presentó a ZZ2 en el año 1966 dado que XX necesitaba recursos para poder llevar adelante el proyecto de concesión; y que, efectivamente, hay una oferta por parte de ZZ1 sobre una opción de compra en subsidio a la otorgada a XX sobre la cual el testigo se vería beneficiado por XX.

4. Que si bien es efectivo que XX es una sociedad anónima, se trata de una sociedad anónima cerrada en la cual el cuñado del testigo es accionista mayoritario y, a su vez, representante legal de la misma, por lo cual resulta lógico suponer que no puede serle afectivamente indiferente el resultado del juicio; máxime en cuanto éste afectará seriamente el patrimonio social y, por ende, el patrimonio del señor L.G. De otro lado, aunque subsidiario, existe un interés del testigo al tener una posibilidad de compra de los terrenos.

5. Que la tacha del N° 1 del Artículo 358 no resulta procedente en el caso de autos, dado que las personas jurídicas carecen de parentesco. De existir alguna relación entre los accionistas de la sociedad y el testigo, la tacha que debe interponerse es la del N° 6 del referido Artículo.

En consecuencia, se acoge la tacha del N° 6 del Artículo 358 y se rechaza la tacha del N° 1.

### **CONSIDERANDO EN CUANTO AL FONDO**

1. Que, en esta causa, se demanda la nulidad absoluta de cuatro escrituras públicas individualizadas en la parte expositiva. Las dos primeras fueron otorgadas el 5 de junio de 2003, Repertorios N° 2.070 y N° 2.071, ante el Notario don NT1. En estas escrituras, los socios de XX dejan sin efecto las cláusulas sexta y séptima de la escritura de “Cesión de Acciones y Otros Acuerdos” de 7 de marzo de 2002 y se elimina el numeral /v/ de la letra/e/ de la cláusula cuarta, respectivamente.

Las dos escrituras públicas restantes son: La repertorio N° 2.134 de 10 de junio de 2003 y la repertorio N° 2.626 de 11 de julio de 2003, ambas otorgadas ante el Notario don NT1, caratuladas “Transacción y “Transferencia de Concesión y Dación en pago”, respectivamente.

La nulidad absoluta que se impetra se funda, respecto de las dos primeras, en la falta de consentimiento de la sociedad TR1 y, la de las otras dos, en la nulidad de las dos primeras. La nulidad absoluta que se invoca, respecto de las primeras, se fundamenta exclusivamente en el hecho que, a la fecha de suscripción de tales escrituras, TR1 estaba declarada en quiebra o intervenida, por lo cual el representante de TR1 que compareció en ellas, tenía su poder revocado y, por tanto, hay falta de consentimiento de TR1. Al efecto, señala que TR1 es una sociedad filial de TR4 y ésta habría sido declarada quiebra, como es público y notorio, en febrero de 2003, por lo cual su mandato había sido revocado con anterioridad a la suscripción de las escrituras en referencia.

2. Por su parte, la demandada solicita el rechazo de lo pedido, alegando en primer término que no se ha precisado el vicio en que se funda, y añade que, aunque no se ha especificado la causal de nulidad, del contexto puede inferirse que sería la comparecencia del señor F.R. en representación de TR1 quien habría expresado que tomó conocimiento el 9 de junio de 2003 de la revocación de su mandato. De esto se deduciría que la nulidad solicitada sería relativa porque está referida a la capacidad de las personas que firmaron el acto, la que puede sanearse por la ratificación de TR1, que es el único que puede impetrar dicha nulidad. De aquí se desprende que XX carece de legitimación activa para su acción. En el caso que se resolviera que la nulidad es la absoluta, dice que también debe ser rechazada porque quien la alega intervino en la celebración de los actos sabiendo o debiendo saber el vicio que los invalidaba. Finalmente, alega que en nuestra legislación existe el principio de protección a la apariencia el que se encuentra de manifiesto en numerosas disposiciones legales como los Arts. 890 y 1.576 del Código Civil, y que el Artículo 2.173 del citado Código da validez a los contratos firmados por los mandatarios que ignoraban la revocación del mandato.

### **3. Son hechos de la causa:**

a) Que, según consta de la escritura pública de 20 de junio de 2000, otorgada ante el Notario Público, don NT10, que rola a fs. 129 de autos, el directorio de TR1 en su sesión N° 7 de 20 de junio de 2002 confirió poder a don P.A. para que éste, actuando en forma individual, representara a la sociedad en “las juntas de accionistas o reuniones de socios de aquellas empresas en que la sociedad sea accionista, con derecho a voz y voto, con las más amplias facultades”, como también para “otorgar, modificar, suspender o revocar poderes generales o especiales, delegando todas o alguna de las facultades” que le fueron conferidas.

Asimismo, consta de la escritura pública de 12 de septiembre de 2000, otorgada ante el Notario Público, don NT1, que rola a fs. 133 de autos, que don P.A. delegó en don F.R. el mandato antes señalado.

En ambas escrituras existe un certificado del Archivero Judicial de Santiago que acredita que, tanto al 4 de junio de 2003 como al 11 de junio de 2003, “no hay nota alguna que revoque o deje sin efecto las facultades conferidas”.

- b) Que las escrituras cuya nulidad se solicita por falta de consentimiento de TR1, se suscribieron con fecha 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.071 y N° 2.070, ante el Notario don NT1 y, en ambas, compareció don F.R. en representación de TR1, sin que su personería haya sido impugnada por ninguna de las otras partes comparecientes, entre las cuales se encuentra Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones XX, representada por el señor A.G.
- c) Que, según consta del certificado emitido por la secretaria del 2° Juzgado del Crimen de Santiago de fecha 2 de diciembre de 2004, acompañado por XX en parte de prueba bajo el N° 31 en el escrito de fs. 236, “desde el mes de marzo de 2003 se encuentra intervenido el grupo empresarial TR4 y la empresa TR1 perteneciente al mismo holding”.

Asimismo, de la escritura de 5 de diciembre de 2003, otorgada ante el Notario don NT11 –acompañada en parte de prueba por montaje en su escrito de fs. 238 bajo el N° 55– consta que en esa fecha se protocolizó el nombramiento de administrador de las sociedades o empresas de la sociedad TR4.

- d) Que la demandante, representada por los propios señores A.G., y L.G. han sostenido en su demanda, a fs. 51, “en verdad era un hecho público y notorio que desde hace mucho tiempo la empresa TR4 y sus sociedades relacionadas se encontraban intervenidas judicialmente, por lo cual antes de concurrir a autorizar una modificación de pacto de accionistas, debió contar con una autorización, al menos del interventor designado por el Ministro en Visita...”.
- e) Que bajo el N° 32 de su escrito de fs. 236, la misma demandante acompañó, en parte de prueba, una carta de fecha 9 de junio de 2003, dirigida por señor F.R. al señor E.G., en la que le manifiesta: “Mi calidad de representante de la sociedad TR1 ha quedado sin efecto, a raíz de las determinaciones que se han tomado, como derivado de la junta de accionistas realizada con fecha cuatro del actual, de la que me interioricé a través de la prensa a última hora del día cinco de este mes. Esta junta relacionada con las once empresas del denominado Grupo de Empresas de TR4, decidió la revocación de la totalidad de los poderes de los apoderados o representantes a la época de todas y cada una de tales entidades...”.
- f) Que no se ha acreditado en autos que TR1 haya sido declarada en quiebra ni la fecha en que esto sucedió, ni la existencia de las publicaciones que notificaran a terceros ese hecho, de ser efectiva tal declaración de quiebra, como tampoco la revocación del mandato del señor F.R., salvo lo expuesto por éste en su carta de 9 de junio de 2003, a que se refiere la letra precedente.
- g) Que la demandante, a fs. 51, textualmente señaló: “Todos los actos jurídicos que éste celebra adolecen de un vicio de nulidad absoluta, por cuanto éste no representa a quien dice representar. TR1 no expresó su consentimiento en dichos actos”.

4. Atendido lo establecido en la letra g) precedente, cabe rechazar la alegación de la demandada de que se trataría de nulidad relativa y de que no se ha precisado el vicio de nulidad que afectaría a las escrituras impugnadas. En consecuencia, sólo procede analizar si los actos jurídicos que constan de dichas escrituras adolecen o no del vicio de nulidad absoluta que se hace consistir en la revocación del mandato del señor F.R. y su comparecencia como representante de TR1 y si la demandante está o no facultada para perpetrar tal nulidad.

5. El Artículo 1.683 del Código Civil establece quiénes están facultados para impetrar la nulidad o declararla de oficio, sin embargo establece una clara excepción respecto de “todo el que tenga interés en ello” al señalar “excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

En autos, la demandante ha señalado que ya en el mes de febrero de 2003 era de público conocimiento la situación legal de TR4 y, consecuentemente, la de sus sociedades filiales y que, por consiguiente, con anterioridad a la fecha de suscripción de las escrituras impugnadas había operado la revocación del mandato del representante de TR1. Ello determina que, a la fecha de otorgamiento de tales escrituras –5 de junio de 2003– según la propia afirmación de la demandante, ésta sabía o debió saber que el señor F.R. había dejado de representar a TR1 como ella misma lo afirma, no obstante lo cual concurrió a la firma de los documentos impugnados y aceptó la comparecencia del señor F.R. Es más, las mismas personas que hoy alegan la falta de personería son las que concurrieron con él al otorgamiento de ambas escrituras sin formular objeción alguna, no obstante que –según sus propios dichos– era de público conocimiento la intervención de TR4 y de sus sociedades filiales.

En consecuencia, es dable suponer que los comparecientes a la escritura, de ser efectivo lo aseverado por los propios representantes de la demandante, sabían o debían saber la falta de personería del señor F.R. no obstante lo cual comparecieron a la escritura y aceptaron su representación.

A este respecto, es conveniente citar a don Arturo Alessandri Besa, quien, en su obra *“La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, pág. 571, edición 1949, expresa: “En otros casos, puede racionalmente suponerse o presumirse ese conocimiento en quien alega la nulidad, porque se reúne tal cúmulo de circunstancias que sólo por grave negligencia de su parte no tiene noticia efectiva del vicio que causa la nulidad absoluta”.*

Las consideraciones anteriores son suficientes para declarar que la demandante esta inhabilitada para impetrar la nulidad absoluta, por lo cual cabe rechazar la demanda en esta parte.

6. Que, sin perjuicio de lo resuelto anteriormente, cabe analizar si realmente existió la presunta falta de representación del señor F.R. y, si de haber existido, ella causa la nulidad absoluta de los actos jurídicos que constan de las escrituras impugnadas.

TR1 es una sociedad anónima por lo cual los poderes los otorga el directorio o un mandatario debidamente autorizado para ello. La intervención judicial de que pueda haber sido objeto TR1, no afecta en modo alguno su calidad de sociedad anónima ni la validez de los actos efectuados a su nombre por quienes la representaban legalmente.

El efecto de la intervención judicial es reemplazar al directorio –en el cual reside la administración de la sociedad– por un interventor que pasa a ocupar su lugar. En consecuencia, corresponde al interventor revocar legalmente los poderes legítimamente otorgados por el directorio de la sociedad con anterioridad a la intervención y tal revocación sólo produce efecto, respecto de terceros, una vez que se han cumplido las solemnidades legales pertinentes.

En autos, la situación legal de TR1 conforme al certificado y a la escritura pública a que se refiere la letra c) del considerando 3 que antecede, es que desde marzo de 2003 está intervenida judicialmente en un proceso penal y que se le ha designado un administrador cuyo mandato ha sido protocolizado con fecha 5 de diciembre de 2003.

7. Que según consta de la escritura pública de 20 de junio de 2000, otorgada ante el Notario Público, don NT10, que rola a fs. 129 de autos, el directorio de TR1 en su sesión N° 7 de 20 de junio de 2002

confirió poder a don P.A. para que éste, actuando en forma individual, representara a la sociedad en “las juntas de accionistas o reuniones de socios de aquellas empresas en que la sociedad sea accionista, con derecho a voz y voto, con las más amplias facultades”, como también para “otorgar, modificar, suspender o revocar poderes generales o especiales, delegando todas o alguna de las facultades” que le fueron conferidas.

Asimismo consta de la escritura pública de 12 de septiembre de 2000, otorgada ante el Notario Público, don NT1, que rola a fs. 133 de autos, que don P.A. delegó en don F.R. el mandato antes señalado.

En ambas escrituras existe un certificado del Archivero Judicial de Santiago que acredita que, “no hay nota alguna que revoque o deje sin efecto las facultades conferidas.

El mandato otorgado por escritura pública, respecto de terceros, deja de tener existencia legal cuando al margen de la escritura de mandato se anota su revocación. En autos no existe antecedente alguno que demuestre que el mandato del señor F.R. haya sido revocado a la fecha de suscripción de las escrituras impugnadas y, por el contrario, se ha acompañado un certificado del Archivero Judicial que establece que, al 4 de junio y al 26 de noviembre de 2004, no existe inscripción marginal alguna de revocación del mandato, en las escrituras de mandato antes citadas. En consecuencia, respecto de terceros, el mandato se encontraba vigente a la fecha de suscripción de las escrituras impugnadas.

En cuanto a la norma del N° 6° del Artículo 2.163 del Código Civil que establece que el mandato termina por quiebra del mandante, no se ha acreditado en forma alguna en autos que TR1 haya sido declarada en quiebra sino solamente que está intervenida judicialmente y que se le ha designado un administrador. Ello demuestra palmariamente que no está declarada en quiebra.

A mayor abundamiento, en esta materia, sólo existe en autos una carta de fecha 9 de junio de 2003 del señor F.R. dirigida al señor L.G. en la que le manifiesta que el 4 de junio de 2003, se celebró una junta general de accionistas que decidió la revocación de la totalidad de los poderes de los apoderados o representantes a la época de todas y cada una de tales entidades, de lo cual sólo tomó conocimiento, por la prensa el día 5 de junio de 2003, a última hora, de lo que se colige que éste actuó de buena fe al suscribir las escrituras impugnadas.

**8.** Que, sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto que efectivamente el señor F.R., al momento de suscribir las escrituras impugnadas, hubiese tenido revocado su mandato, cabe analizar si este hecho de por sí es o no constitutivo de un vicio de nulidad absoluta o estamos frente a una inoponibilidad del acto respecto del mandante.

El Artículo 1.681 del Código Civil establece: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”. De este texto se infiere claramente que la nulidad procede y existe sólo cuando falta un requisito que la ley prescribe para la validez del acto o contrato de que se trate.

En el caso de autos, se trata de actos jurídicos que modificaron actos jurídicos anteriores entre las mismas partes y que éstas son sociedades anónimas. No existe norma legal alguna que requiera, para la validez de estos actos, la concurrencia de personeros debidamente mandatados para ejecutarlos.

Por el contrario, existen diversas disposiciones legales que demuestran que tales actos son plenamente válidos, de lo contrario no tendría cabida lo dispuesto en el Artículo 1.449 del Código Civil que establece “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación

expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él". Igual situación ocurre respecto del Artículo 1.450.

En la especie, se trata de un acto ejecutado por un mandatario al cual se le habría revocado el mandato en virtud del cual obró, lo que viene a constituir una inoponibilidad respecto de la parte por la cual actuó sin tener su representación.

En efecto, como lo señala don Arturo Alessandri Besa en su obra anteriormente citada, página 8, la Inoponibilidad es "la sanción civil de menor gravedad que se produce por la omisión de requisitos que no dicen relación ni con la existencia ni con la validez de tales actos jurídicos; produce como efecto el que un acto o contrato en el cual se ha omitido un requisito determinado, no afecte, no le sea "oponible" a una persona, la cual puede considerar el acto o contrato como no ejecutado o celebrado respecto de ella...". "Igual cosa sucede respecto de negocios jurídicos que se celebran sin la concurrencia de la voluntad de una persona; tal negocio no le empece, porque no ha consentido en su celebración".

En el N° 462, página 421 de la misma obra, su autor expresa: Si se trata de mandatarios, es posible que el contrato mismo en que se pactó el mandato sea nulo, por un vicio cualquiera; en tal caso, los actos ejecutados por el mandatario no serían oponibles al mandante, ya que no existe el acto por el cual éste manifestó su voluntad de quedar obligado por los efectos jurídicos del acto, porque es nulo. Pero en este caso, los actos ejecutados por el mandatario con los terceros son válidos.

A mayor abundamiento, el inciso primero del Artículo 2.173 del Código Civil establece: "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante". De igual manera, el Artículo 2.094 del Código Civil, refiriéndose al socio que actúa fuera de los límites de su mandato, no obliga a la sociedad respecto de terceros "sino en subsidio y hasta la concurrencia del beneficio que ella hubiera reportado del negocio".

A su vez, la Corte Suprema en sentencia publicada en la Revista de D° y Jurisprudencia, tomo 39, 2ª. Parte, sec.1ª, pág. 12 estableció: "Sin la ratificación del directorio, no habría podido oponerse a la Institución lo obrado por su presidente sin mandato del directorio, lo que no quiere decir que el acto sea nulo, que es cosa distinta, ya que una cosa es la no oponibilidad o el no empecimiento del acto a la persona en cuyo nombre se ha ejecutado por un tercero sin tener su representación y otra muy diversa es la nulidad del acto por falta de consentimiento. Desde que se produce la ratificación del acto inoponible, empece, se puede oponer, porque es una acto aceptado o aprobado, lo que vale decir que es un acto suyo".

Ratificando estos conceptos, don David Stitchkin B. en su obra "El Mandato Civil" páginas 313 y 314, Editorial Jurídica de Chile, 1975, señala: "Actos y Contratos Inoponibles. Partiendo del supuesto que los actos ejecutados por el mandatario cumplen los requisitos establecidos por la ley para su eficacia, es necesario concluir que son válidos y que no afecta en nada a esta conclusión la circunstancia que el mandatario no haya estado autorizado para ejecutarlos. ...Por consiguiente, el mandante podrá alegar que esos actos y contratos no le afectan porque el mandatario no estaba autorizado para ejecutarlos o celebrarlos obligando su patrimonio, pero no podrá pretender que la convención o la declaración de voluntad es nula por falta de consentimiento, pues ese consentimiento ha existido manifestado por el representante en concordancia con el tercero. De aquí, pues, que en el caso propuesto estemos en presencia de un acto o contrato válido, pero que no le afecta al mandante, que le es inoponible, porque no ha prestado consentimiento para obligarse".

“...El mandatario que contrata excediendo sus poderes, o después de expirado el mandato, o sin haber tenido jamás esa calidad, actúa sin poder suficiente y sus actos son válidos pero no obligan al mandante, salvo que éste los ratifique”.

En consecuencia, además, se rechaza la petición de nulidad de las escrituras de 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.071 y N° 2.070, otorgadas ante el Notario don NT1, por cuanto las circunstancias alegadas, de existir, configuran una inoponibilidad de dichos actos jurídicos respecto de TR1 pero, en modo alguno afectan la validez de las escrituras públicas impugnadas.

**9.** Que XX, además, solicita la nulidad de las escrituras de transacción de 10 de junio de 2003 y de Transferencia de Concesión y Dación en Pago de 11 de julio del mismo año, otorgadas ante el Notario don NT1. La nulidad la fundamenta en que ambas escrituras son consecuencia de las estipulaciones contenidas en las escrituras de 5 de junio de 2003, repertorio N° 2.071 y N° 2.070, otorgadas ante el mismo Notario, por lo cual, siendo nulas estas escrituras, ello produce la nulidad de las otras dos.

Al efecto en su demanda a fs. 51, textualmente expuso:

“El contrato de “transacción” como el de “Transferencia de Concesión y Dación en pago” que definitivamente transfiere la concesión, no pudieron jamás realizarse, toda vez que los acuerdos que modifican el pacto de accionistas adolecen del vicio de nulidad, por cuanto la sociedad TR1, no concurrió a dichos acuerdos, toda vez que fue representada por el señor F.R. al cual se le habían revocado todos los poderes para actuar en su representación el día 4 de junio de 2003, como el mismo lo señala en su carta enviada con fecha 9 de junio de 2003 a don L.G. por la sociedad XX”; y a fs. 52 expone:

“En consecuencia de lo anterior, el señor Juez Árbitro debe declarar nulo el contrato de transacción celebrado con fecha 10 de junio del año 2003, repertorio N° 2.134, otorgada ante el Notario Público don NT1, entre XX y ZZ1 mediante el cual entre otras estipulaciones acordaron que, para poner término a todos los litigios pendientes entre ambas, se transferiría la concesión sobre el inmueble individualizado anteriormente a ZZ1 o a quien ésta designe, toda vez que los representantes de la sociedad XX no tienen autorización unánime de los accionistas para acordar transferir la concesión sobre el inmueble, ya individualizado”.

“Del mismo modo debe el señor Juez Árbitro, declarar nulo el contrato celebrado con fecha 11 de julio de 2003, otorgado por escritura pública anotada bajo el repertorio N° 2.626 de la Notaría Pública de don NT1, mediante la cual XX transfiere la concesión del inmueble y da en pago dicha concesión a ZZ1 toda vez que los representantes de XX no tienen autorización unánime de los accionistas para acordar transferir la concesión sobre el inmueble, ya individualizado”.

**10.** Que, como es dable apreciar, la ausencia de unanimidad se hace consistir en la falta de personería de don F.R. para suscribir las escrituras que modificaron el pacto de accionistas y los requisitos para acordar la transferencia de la concesión. Al respecto, cabe reiterar lo expuesto en los considerandos anteriores en virtud de los cuales se declaró la inhabilidad de la demandante para impetrar la nulidad absoluta que reclama, como también que, de existir tal vicio, éste sería constitutivo de inoponibilidad y no de nulidad, con el agregado que la comparecencia del señor F.R. en ambas escrituras es válida.

**11.** No obstante lo anterior, el Árbitro estima conveniente también analizar otras alegaciones en cuanto a la procedencia de la nulidad de la escritura de transacción a que se refiere el considerando 9.

En efecto, la demandante, respecto de esta escritura argumenta que los accionistas de XX no estaban facultados para acordar en Junta Extraordinaria de Accionistas la transferencia de la concesión y tampoco



para endeudar a la sociedad en más de 5.000 UF, por cuanto para hacerlo se requería el consentimiento escrito del accionista ZZ1 y no puede entenderse su consentimiento por el hecho que haya concurrido a la transacción, ya que el consentimiento escrito debía hacerlo como accionista de XX, toda vez que en la escritura ni siquiera se menciona esa autorización.

Asimismo, expresa que la nulidad absoluta la funda en la falta de una causa lícita, por cuanto ZZ2, por ser un fondo de inversión –conforme al Artículo 5º de la ley 18.815 que regula los Fondos de Inversión– está legalmente impedida de conceder mutuos. De allí que, para eludir esta norma legal, se haya acordado disfrazar el préstamo de dinero por la celebración de un contrato de arrendamiento.

**12.** En cuanto al consentimiento escrito de los accionistas de Montaje, cabe señalar que ZZ1 S.A., debidamente representada por don P.M., concurrió a la escritura de transacción de 10 de junio de 2003 en la cual se estipuló la cesión de la concesión, lo que conlleva implícitamente que, como accionista de XX está aceptando la cesión y las demás estipulaciones contenidas en dicha escritura.

En cuanto a la causa ilícita, cabe señalar que ZZ2 no es parte en este Juicio Arbitral y que XX, a fs. 59, la excluyó expresamente de su demanda, por lo cual el Árbitro carece de competencia para conocer de tal alegación, la que debe ser hecha en la sede que corresponda, emplazando a ZZ2.

**13.** Que XX, además de solicitar la nulidad de las cuatro escrituras a que se refieren los considerandos precedentes, expresa que ZZ2 le entregó en préstamo la cantidad de 41,646 UF con una cláusula penal que establece como evaluación anticipada de perjuicios la suma de 118.344 UF, o sea, tres veces la cantidad entregada, lo que constituye una cláusula penal enorme, por lo cual demanda se declare su nulidad.

Tal como se señaló en el considerando anterior, esta demanda de nulidad afecta directamente a ZZ2, entidad que habría efectuado el préstamo simulado y suscrito la escritura respectiva. De aquí que sólo cabe reiterar lo expresado en el considerando anterior y rechazar tal petición.

**14.** Que, en lo que respecta a la escritura de Transferencia de Concesión, es preciso señalar que ésta se otorgó en cumplimiento a lo acordado en la escritura de Transacción, imputándosele la concurrencia de los mismos vicios de nulidad, por lo cual procede rechazar la nulidad solicitada por iguales consideraciones.

**15.** Que, además de las peticiones ya analizadas, XX demandó el pago de indemnización por daño emergente, desde la fecha de celebración de los contratos que se declaren nulos y hasta la fecha del pago efectivo, por un monto a discutirse en el cumplimiento de la sentencia, además del pago del daño moral.

Rechazadas las nulidades que generarían los daños materiales y morales demandados, también debe rechazarse esta petición.

**16.** Que en subsidio de la demanda principal, para el evento que ésta sea rechazada, XX ha deducido demanda en contra de ZZ1 por enriquecimiento sin causa. Fundamenta su acción en que ZZ1 se habría enriquecido en una suma equivalente a 384.105 UF, sin causa alguna y en perjuicio de XX.

Este enriquecimiento deriva de los siguientes supuestos: a) la renta de arrendamiento pactada con TR2 por un período de 15 años, la que proyectada por todo el período de la concesión, contrato que, según la demandante, debió ceder a ZZ2; b) el valor de arriendos, dentro del terreno de la concesión, para paletas publicitarias de TR7 y TR8 por 5 años y 4 años y 11 meses, respectivamente, proyectando estos

arriendos también al período total de la concesión; y c) el valor de un arriendo convenido con TR9, por 36 años, que no se llevó a efecto. A continuación valora los gastos que se originarían durante todo el período y finalmente considera el valor de los terrenos.

Hecho el cálculo anterior, precisa las cantidades que recibió por los siguientes conceptos: 1) cesión de arrendamiento a TR2; 2) contrato de mutuo disfrazado como arrendamiento entre ZZ2 y XX, a lo que se descuenta las sumas recibidas por el subarriendo o pago de dividendos hechos por TR3; y 3) promesa de compraventa de acciones por 22.000 UF. Añade lo que debería recibir por el arrendamiento a TR2 y lo que obtendría si vendiera el inmueble.

Sobre estas bases, la demandante calcula que la demandada ha gastado UF 123.426 y que ha recibido y recibirá UF 507.532, beneficio que habría obtenido en base a actos ilícitos, lo que configura el enriquecimiento sin causa.

**17.** Que según lo relatado por XX, los hechos serían los siguientes: (i) XX no tenía capital para enfrentar los gastos que demandaba la concesión y carecía de garantías suficientes para obtener préstamos bancarios o de instituciones financieras por lo cual recurrió a ZZ2; (ii) ZZ2 es un Fondo de Inversiones, por lo cual legalmente no está facultada para hacer préstamos, lo que motivó que el contrato de mutuo se disfrazara bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento de terrenos a TR2, por 15 años; (iii) XX cedió sus derechos de arrendador a ZZ2, la cual bajo esta apariencia de cesión de derechos, le otorgó un mutuo por UF 24.280 no obstante que el valor total del arrendamiento era de UF 55.800.(iv) Posteriormente, ZZ2 le efectuó un nuevo préstamo de dinero por UF 41.643, mediante la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento de parte del terreno concesionado, por 20 años;(v) A su vez, ZZ2 subarrendó el terreno a TR3, sociedad relacionada con XX, por una renta total de UF 118.344. (vi) Según XX, tanto ZZ1 como su antecesora ZZ2, se negaron a permitirle que gestionara alternativas de financiamiento para prepagar el saldo adeudado por los mutuos recibidos, negándose a aceptar cualquier prepago por parte de XX.

Los préstamos indicados se concedieron con garantías exageradas. Así XX hubo de constituirse en aval y fiador solidario de TR2; se estableció una multa o evaluación anticipada de perjuicios equivalente a 118.344 UF, cláusula que contiene lesión enorme, y los accionistas de XX debieron preñar las acciones de que eran dueños para garantizar el nuevo mutuo concedido por ZZ2.

**18.** Que, la alegación fundamental que fluye de lo antes expuesto, es que XX, por necesidades de financiamiento, debió aceptar las imposiciones de ZZ2, en cuanto a disfrazar los préstamos bajo la apariencia de contratos de arrendamiento, toda vez que, atendida su calidad de Fondo de Inversiones, está legalmente impedida de efectuarlos. De esta misma situación derivan los intereses muy sobre el mercado, que nacen de la diferencia de valor existente entre la cantidad mutuada y el valor de las rentas de arrendamiento cedidas.

Es indiscutible que la nulidad de las escrituras de arrendamiento se basa en un objeto ilícito cual sería hacer un préstamo prohibido por la ley; sin embargo, tales contratos se celebraron entre XX y ZZ2, sociedad que no es parte en este Juicio Arbitral y fue excluida expresamente de la demanda por la demandante. Asimismo, no se ha demandado en autos la nulidad de tales contratos de arrendamiento.

En consecuencia, no habiéndose acreditado los hechos en que funda la demanda, ni demandado a la contraparte en dichos contratos y careciendo el Árbitro de competencia para pronunciarse sobre materias que afectan a una sociedad que no ha sido demandada y que no es parte del Juicio Arbitral, procede rechazar la demanda subsidiaria.

**19.** Que a fs. 77, ZZ1 dedujo demanda en contra de XX a fin de que se la condene al pago de 83.452 UF y 2.287,75 UF, respectivamente, más intereses máximos legales para obligaciones vencidas, desde la fecha de exigibilidad de ambas obligaciones y hasta la fecha de su pago efectivo.

Funda su acción: A) Que en el número seis de la cláusula segunda de la escritura pública de Transacción, de 10 de junio de 2003, otorgada ante el Notario Público, don NT1, las partes acordaron: "De esta forma, una vez efectuada la condonación parcial de la multa referida en el numeral diez de la Cláusula Primera anterior, ésta quedará reducida al equivalente en pesos, moneda nacional, a ochenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y dos Unidades de Fomento"; obligación que debía cumplirse en la fecha que se celebrare la Junta Extraordinaria de Accionistas de la demandada, la que se realizó el 11 de julio de 2003; B) Que, en la cláusula primera, numeral diez de la escritura pública de Condonación de Deudas, otorgada con fecha 11 de julio de 2003, ante el Notario Público don NT1, XX declara y reconoce que a la fecha de la escritura de transacción citada, había incumplido las obligaciones emanadas del Contrato de Arrendamiento uno, y señala en especial aquellas establecidas en la cláusula sexta, referidas a cualquier gasto o derecho, y que ZZ1 incurrió a la fecha de transacción por cuenta de XX, en la suma equivalente en pesos a UF 678, correspondientes a los pagos efectuadas por mi representada por cuenta de XX, totalizando la cantidad de UF 2.287,75.

**20.** Que, a fs. 92, XX al contestar la demanda de ZZ1, hace presente que ésta ha incurrido en error al expresar que la escritura de transacción es de 10 de julio de 2003, ya que en realidad es de 10 de junio del citado año.

Pide el rechazo de la demanda alegando la nulidad de la escritura de transacción, así como las de las suscritas el 5 de junio de 2003 y reitera lo expuesto en su demanda contra ZZ1.

**21.** Que, conforme al Artículo 2.460 del C.C., la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, por lo cual el Árbitro carece de competencia para pronunciarse sobre las obligaciones establecidas en ella, sea reconociéndolas, modificándolas o extinguiéndolas, salvo el caso que declare la nulidad de dicho contrato, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

A lo anterior cabe agregar que, siendo la escritura pública de transacción un título ejecutivo, de acuerdo a lo establecido en el N° 1 del Artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, al igual que sus copias autorizadas, corresponde solicitar el cumplimiento forzado de dichas obligaciones ante la Justicia Ordinaria, conforme al procedimiento que corresponda.

**22.** Que, ello no obstante, corresponde al Árbitro pronunciarse sobre el aumento de la cantidad adeudada por concepto de nuevos gastos hechos por la demandante y que son de cargo de XX, por cuanto en dicha escritura sólo se reconoce la cantidad de UF 678 y no el aumento de UF 1.609,75 que se pretende por nuevos gastos originados entre la fecha de la escritura de transacción y el día 28 de octubre de 2003.

Corresponde a la demandante acreditar la existencia y efectividad de tales gastos, lo que no ha hecho, por lo cual corresponde rechazar la demanda en esta parte.

**23.** Que el resto de las pruebas allegadas por las partes a esta causa y no mencionadas en las consideraciones que anteceden, en nada alteran las conclusiones a que se ha llegado.

**24.** Que, reuniendo ambas partes las calidades de demandante y demandada a la vez, no se condena en costas a ninguno de ellas máxime cuando ninguna ha obtenido todo lo solicitado en sus respectivas demandas y ambas han tenido motivo plausible para litigar. Las costas comunes serán pagadas por mitades.

Y, **VISTO**, además, lo dispuesto en los Artículos 1.448, 1.449, 1.450, 1.467, 1.681, 1.682, 1.683, 2.116, 2.163, 2.173, 2.446, 2.454 y 2.460 del Código Civil, y 358 N°s. 1 y 6, 434, 628 y 635 del Código de Procedimiento Civil.

**SE DECLARA:**

- 1°. Que se acoge la tacha deducida en contra de don J.G. por la causal del N° 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y se rechaza la basada en la causal del N° 1 del mismo Artículo.
- 2°. Que se rechaza la demanda tanto principal como subsidiaria, interpuesta por Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones XX S.A. en contra de la sociedad Inmobiliaria ZZ1 S.A., en todas sus partes.
- 3°. Que se rechaza la acción deducida por Inmobiliaria ZZ1 S.A. en contra de Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones XX S.A.
- 4°. Cada parte pagará sus costas y las comunes por mitades.

Pronunciada por el Juez Árbitro don Miguel Otero Lathrop.