Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXIX JULIO-SEPTIEMBRE DE 1961 — Nº 117

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

DIRECTOR SUPLENTE: **CARLOS PECCHI CROCE**

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ARTURO DAVIS CALDERON

Abogado del Colegio de Santiago

LA SOCIEDAD Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES (*)

Quiero decirles, en primer término que, me siento profundamente complacido de dictar estas rápidas charlas ante este auditorio y en esta Aula universitaria. Hace algún tiempo atrás, el ilustre Rector de esta docta Universidad, en un magistral discurso dijo algunas palabras que vale la pena recordar. Expresó que el ordenamiento jurídico vivo, viviente en la conciencia de nuestra generación, rechaza o repugna muchas de aquellas fórmulas que ya no son válidas para nosotros y luego agregó: es menester, por tanto, reexaminar la ley escrita y reconciliar más que su texto, su sentido, espíritu o propósito con el ordenamiento jurídico conceptual vivo, vigente y ya configurado en la conciencia colectiva, de la que los juristas deben ser fidelísimos intérpretes.

Quisiera seguir el pensamiento de Stitchkin y ser ante Uds. el intérprete de las nuevas orientaciones del derecho vivo de las sociedades y del derecho pensado de las mismas sociedades y decirles, también, que espero exponer aquí algunos puntos de vista tal vez personalísimos y que, a no dudar, habrán de despertar discusiones porque no han sido enseñados en la cátedra. He escogido el tema las sociedades, porque como se acaba de de-

(*) Conferencias pronunciadas por el señor Davis Calderón, en el Auditorio de la Escuela de Derecho, con motivo de los Cursos de Extensión Jurídica, organizados por la H. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cir hace un momento y como ustedes lo saben, las sociedades y, de especial manera, las anónimas, configuran en la vida económica del mundo occidental el concepto de empresa, que es el pilar del ordenamiento económico contemporáneo. Dos cifras van a demostrar hasta qué punto es cierto esto que acabo de decir. Las 1.102 sociedades anónimas, activas, es decir, que presentan sus Balances a la Superintendencia de Sociedades Anónimas y cuyos valores se cotizan en Bolsa, obtuvieron en el año 1960, 97 millones 725 mil escudos de utilidad. En el año 1957, en los Estados Unidos de Norteamérica, las 500 sociedades más importantes de ese país obtuvieron, por concepto de utilidades, 106 mil millones de millones de utilidades en dólares.

Pero vengamos ahora a la materia de estas charlas. Debo hablar aquí de las condiciones de validez del contrato de sociedad. Y, sobre este particular, naturalmente, hay que distinguir entre las condiciones de validez de todos los actos o contratos, y las de los contratos de sociedad en general; los requisitos esenciales para determinadas sociedades, en cuanto al fondo, y los requisitos de forma de todo tipo de sociedad y los de ciertas sociedades.

Los requisitos internos fundamentales de las sociedades son los mismos de todos los actos o declaraciones de voluntad. De éstos, el primero la capacidad legal de la persona, es la facultad de obligarse sin el ministerio o la autorización de otra.

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito.

Veamos, en primer término, la capacidad de los relativamente incapaces. Según el artículo 150 del Código Civil, la mujer casada, de cualquiera edad, que desempeña un empleo o que ejerce una profesión, un oficio, una industria o un comercio separados de los de su marido, obliga los bienes obtenidos con su peculio profesional o industrial. Por consiguiente, cuando una mujer casada quiere celebrar un contrato de sociedad, encontrándose en las condiciones a que me he referido, es decir, disponiendo de un peculio profesional o industrial, puede hacerlo libremente, con la sólá excepción del caso en que se haya dictado una prohibición de comerciar por el Juez respectivo en los términos del artículo 11, inciso 2º del Código de Comercio.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La mujer divorciada y la separada de bienes pueden también pactar libremente sociedad, con la sola salvedad de que debe ser previo el registro y publicación de la sentencia de divorcio o de separación o de las capitulaciones matrimoniales en su caso. Cuando la mujer separada de bienes o divorciada es menor de edad, requiere autorización judicial en los términos del artículo 16 del Código de Comercio.

Se ha discutido, se ha debatido sobre la validez de los contratos que celebran las mujeres divorciadas y las separadas de bienes con sus maridos. A mí me parece que sobre este particular no cabe discusión posible, porque cuando la ley ha querido prohibir la celebración de un determinado acto o contrato a las mujeres separadas de bienes, o a las mujeres divorciadas, lo ha dicho expresamente, como ocurre en el caso de la compra-venta y en el caso de la permuta,

Entonces podemos decir que, en general, nuestra ley permite los contratos, y entre ellos, el de sociedad, que celebren la mujer divorciada y la mujer separada de bienes con su cónyuge respectivo. Hemos visto que esté divorciada o esté separada de bienes, la mujer casada necesita autorización judicial cuando es menor; excepcionalmente la mujer casada, divorciada y la mujer separada de bienes no pueden celebrar el contrato de sociedad colectiva comercial, porque así lo dispone expresamente el artículo 349 del Código de Comercio y esto se explica fácilmente porque este tipo de sociedades impone a los socios responsabilidad solidaria, de acuerdo con el artículo 370 del Código de Comercio.

En cuanto al menor puede celebrar libremente el contrato de sociedad siempre que obtenga autorización judicial en los casos de la sociedad colectiva comercial.

Otro de los requisitos fundamentales de todo acto o contrato y, por lo tanto, de las sociedades, es el consentimiento, o sea, la conformidad o acuerdo de las partes sobre el negocio o sobre el contrato que se ha proyectado.

Los autores dan todos más o menos la misma definición sobre el consentimiento. Planiol y Ripert, dicen que en su sentido etimológico consentimiento significa el acuerdo de las voluntades de las partes sobre el contrato proyectado. En una forma ca-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

si análoga, define el consentimiento David Stitchkin. Expresa que es el acuerdo de la voluntad de las partes dirigido a producir efectos jurídicos. Pescio lo define como la concorde manifestación de la voluntad de las partes. Claro Solar estima que es el acuerdo de dos o más personas sobre el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen; la conformidad de opiniones.

Vale la pena recordar cómo se genera el consentimiento. Pescio observa agudamente que contra lo que podría creerse a primera vista el acuerdo no se genera en forma repentina; no es, dice, como la chispa eléctrica que se produce al juntarse los dos polos; y tiene razón, porque desde el instante en que una persona le propone a otra la realización de un negocio, se desarrolla una serie de actos, de sucesos que ocurren en el terreno psicológico, pero que son acontecimientos de importancia; se producen proposiciones y contraproposiciones, dudas, vacilaciones, reflexiones y, en definitiva, la aceptación o el rechazo de estas proposiciones o contraproposiciones en todo o en parte.

El consentimiento, repito, no se produce espontáneamente y atraviesa por una serie de fases o períodos o etapas que podrían sintetizarse de esta manera: En la primera etapa, una de las partes formula una proposición de negocios y esta proposición se discute en sus detalles. En esta discusión de los detalles implícita o expresamente las partes están de acuerdo en que el contrato no se va a producir sino cuando el consentimiento recaiga sobre el contrato en su totalidad; los acuerdos parciales no determinan la celebración del contrato.

En la segunda fase, una de las partes somete a la otra un proyecto, en el cual se han incluido todos los detalles de la negociación pendiente; pero ocurre con frecuencia que esta etapa no se produce en la realidad cotidiana en la vida de los negocios. Y se entra, entonces, de la primera directamente a la tercera etapa, en la que la parte que ha entregado un proyecto de contrato, o las partes que han deliberado sobre los detalles del negocio, discuten la totalidad de la negociación proyectada y se produce entonces lo que los tratadistas denominan la oferta. La oferta, dice un autor, implica la intención de obligarse y de obligar a la otra parte jurídicamente en caso de aceptación. Por

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo tanto, la oferta debe ser acompañada de todos aquellos elementos esenciales que integren el contrato, salvo determinadas excepciones, como aquellos casos en que una oferta ha sido hecha en consideración a la persona del otro contratante, o en que se trata de una oferta sin compromiso, en los términos del inciso 1º del artículo 105 del Código de Comercio.

También la oferta puede ser tácita, como ocurre con las empresas públicas de transporte o con los choferes de los automóviles de alquiler, que están haciendo una oferta por el sólo hecho de encontrarse en servicio y la oferta puede ser forzosa, como ocurre en el caso de los Notarios y Receptores, que al ofrecer sus servicios saben de antemano que van a recibir la remuneración que le fija el respectivo Arancel, o como ocurre con las empresas públicas de servicios que tienen fijada su tarifa por los reglamentos o los contratos respectivos, en virtud de autorización del Poder Ejecutivo.

La última etapa en esta serie de proposiciones y contraproposiciones del período precontractual, es la aceptación. Producida la aceptación, naturalmente se produce el vínculo jurídico, excepto cuando la aceptación no corresponde con la oferta, o se da en términos distintos de aquéllos en que ha sido planteada la oferta, cuando se ha dado en términos distintos de aquéllos en que ha sido planteada por el oferente, o bien, cuando ha sido dada extemporáneamente. A esta situación se refieren los artículos 101 y 102 del Código de Comercio.

Es interesante observar lo que a este respecto ocurre con el silencio. El silencio genera obligaciones. Entre los tratadistas se confunde un poco el silencio con la no actividad. No siempre el silencio es propiamente tal, pero, en el fondo, la inactividad y el silencio generan obligaciones. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 2125 del Código Civil, que es el de las personas que por su profesión u oficio prestan servicios, desempeñan negocios ajenos, quienes están obligadas a expresar su aceptación o rechazo del negocio que le propone la persona ausente, dentro de un plazo razonable; y el silencio de esta parte dentro de ese plazo, se presume como una aceptación del encargo.

El caso también del asignatario constituído en mora de declarar si acepta o repudia la asignación, porque si nada dice se

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

considera que acepta. El caso tan conocido del marido, cuya autorización se presume en las compra-ventas que la mujer hace al contado, según el inciso primero del artículo 147 del Código Civil y en las compras que hace al fiado la mujer de artículos, ordinariamente destinados al consumo ordinario de la familia, según el inciso segundo de la misma disposición legal.

Hay silencio generador de obligaciones en el caso del albacea, cuyo nombramiento caduca si no comparece a aceptar o rechazar el cargo dentro del plazo razonable que el juez le señala. Hay además silencio generador de obligaciones en el caso del padre ilegítimo que citado por dos veces a la presencia judicial por su hijo no concurre, en cuyo caso se ve obligado a darle alimentos.

Hay igualmente silencio generador de obligaciones en el caso del comodato precario; la mera tenencia por tolerancia del dueño, como la mera tenencia por ignorancia del dueño, determina comodato precario.

En el caso del artículo 160 del Código de Comercio, el comprador que no reclama del contenido de la factura dentro de los ocho días siguientes a la fecha de la presentación de la facura por el vendedor, autoriza para que se estime que la factura ha sido irrevocablemente aceptada.

Y, llegando otra vez a la sociedad, encontramos dos casos de silencio generador de obligaciones. Primeramente, en el caso de la prórroga automática del plazo de duración de la sociedad. El inciso tercero del artículo 350 del Código de Comercio, establece que si las partes nada dicen respecto a la duración del contrato y existe la cláusula de prórroga automática, el contrato se entiende prorrogado por un período igual al que estaba estipulado. Y en el caso del socio que tolera la inserción de su nombre en una razón social extraña, porque entonces debe responder por las obligaciones que ha contraído la sociedad.

Interesante es también el caso del librado, a quien el librador le entrega la letra para su aceptación. Si el librado nada dice dentro del día en que le fue presentada la letra, se entiende que el librado debe pagar el importe de la letra aunque no haya aceptado el título. Esto es lo que reza el artículo 667 del Código de Comercio.

No consideraremos aquí como silencio generador de obliga-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ciones el caso de la tácita reconducción en el contrato de arrendamiento, porque en esta eventualidad se requiere de parte del arrendador un hecho concreto como es la recepción de la renta de parte del arrendatario.

Diremos también del consentimiento que puede prestarse personalmente o por medio de mandatario. Hemos hablado ya de los contratos celebrados por las mujeres divorciadas y las mujeres separadas de bienes, con sus respectivos cónyuges, pero no hemos dicho nada de los contratos que celebran marido y mujer. Yo estimo que no sería posible poner en duda la validez de estos contratos, me refiero específicamente a la validez del contrato de sociedad.

En Francia, no ocurre así y la jurisprudencia uniforme de los tribunales franceses ha establecido que son nulos los contratos de sociedad celebrados entre marido y mujer, cualquiera que sea el régimen de las convenciones matrimoniales y cualquiera que sea el tipo de sociedad que celebren, con una sola excepción: tratándose de sociedades por acciones la jurisprudencia distingue aquellas sociedades que se constituyen teniendo entre sus accionistas al marido o a la mujer, o a ambos como accionistas, son nulas. Cuando marido y mujer adquieren sus acciones con posterioridad al otorgamiento del contrato, estas sociedades son válidas.

Como justificación de las decisiones jurisprudenciales se ha dicho en Francia que, en primer lugar, estas decisiones están ajustadas a derecho porque de lo contrario se atentaría contra el régimen de las convenciones matrimoniales; y en segundo lugar, porque la validez del contrato de sociedad entre cónyuges se prestaría para toda clase de fraudes. Pero estas decisiones jurisprudenciales han sido combatidas duramente por autores tan eminentes como Planiol y Ripert, Lyon, Caen y Renault y como Thaller y Percerou.

En Chile, autores eminentes como Arturo Alessandri Rodríguez y Barros Errázuriz, sostienen la nulidad del contrato de sociedad entre cónyuges. Para ellos este contrato pactado entre cónyuges resulta incompatible con el régimen de las convenciones matrimoniales; resulta atentatorio contra la potestad marital; resulta conculcando todas las disposiciones legales que protegen

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los intereses de la mujer y consideran ellos que las disposiciones legales que rigen la materia no pueden ser destruídas, ni siquiera por las propias partes interesadas. Se ha dicho también, por Toro Manríquez, autor de una obra sobre sociedades civiles y comerciales, que el marido es responsable de los bienes de la mujer y que debe restituirlos como todo administrador de bienes ajenos.

Muy respetables son estas opiniones, pero me parece a mí que no resisten la presencia de una disposición legal expresa de nuestro Código Civil. El inciso primero del artículo 2056 del Código Civil estatuye que se prohibe toda sociedad universal, sea de bienes presentes o de bienes futuros o de unos y otros; y el inciso segundo de esta misma disposición legal dice que se prohibe toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges. Es evidente, a mi juicio, que aquí no cabe discusión, la ley permite expresamente no sólo la sociedad, sino que la sociedad universal y se la permite precisamente a los cónyuges y no distingue entre sociedad civil y comercial, o entre sociedad de ninguna especie.

Recordemos que el artículo 2056 está en el Título 28 del Libro IV del Código Civil, que trata de las sociedades, por consiguiente, el artículo 2056 del Código Civil es una disposición particular que prevalece sobre cualquiera disposición de carácter general en conformidad al artículo 13 del Código Civil.

Todavía podría agregarse que cuando la ley quiere prohibir un contrato entre cónyuges no divorciados ni separados de bienes, lo ha dicho expresamente, como ocurre en el caso del contrato de compra-venta, en el artículo 1796 del Código Civil; y entonces basta decir que puesto que ha permitido este contrato y puesto que no ha prohibido y por el contrario, ha autorizado expresamente la sociedad entre cónyuges, este contrato es perfectamente válido. Como si esto no fuera suficiente la ley contempla el caso de excepción en las sociedades colectivas comerciales en el artículo 349 del Código de Comercio, a que me he referido hace un momento.

De igual manera, aunque con distintas razones, opina el Profesor Raúl Varela. Dice que si bien es cierto que el contrato de sociedad produce algunos efectos o tiene cierta influencia sobre

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la situación de los bienes entre marido y mujer, ésta no es una razón que determine la nulidad del contrato, máxime cuando no existe una ley expresa que establezca la prohibición. Agrega Varela, que cuando marido y mujer celebran un contrato de sociedad no están atentando contra las cláusulas relativas a las convenciones matrimoniales y agrega finalmente, que la sociedad entre marido y mujer no importa un atentado contra la potestad del marido, porque éste sigue siendo, no obstante la sociedad, el jefe de la sociedad conyugal y el administrador de los bienes de la misma.

Los vicios del consentimiento son, como Uds. saben, el error la fuerza y el dolo. Para que el error vicie el consentimiento es necesario, en primer término, o es necesario, entre otras cosas, que recaiga sobre la especie del acto o contrato, como si uno de los socios entiende pactar sociedad y el otro entiende pactar arrendamiento de servicios. Pero es necesario tener presente que si una situación de esta especie se presenta en la realidad la controversia no va a girar alrededor del error, la controversia se va a suscitar sobre la naturaleza del contrato y las partes van a discutir no sobre un vicio del consentimiento, sino sobre los requisitos esenciales de estos dos tipos de contrato en pugna.

Vicia también el consentimiento el error cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si una de las partes entiende o promete aportar una finca y en definitiva resulta que aporta una mesa. No puede decirse propiamente que éste es un vicio de consentimiento en la sociedad porque si lo prometido es una finca y lo aportado realmente es una mesa, lo que ha ocurrido en la realidad es un hecho posterior a la celebración del contrato y no un hecho coetáneo con el contrato y no, por lo tanto, un vicio del consentimiento, y entonces la parte afectada con este tipo de aporte tendrá a su favor la acción ordinaria de resolución del artículo 1489 del Código Civil o la acción meramente indemnizatoria que establecen los artículos 2083 y 2093 del mismo Código Civil.

También habría error como vicio del consentimiento si la cosa específica de que se trata es de tal naturaleza que sin ella las partes no habrían contratado. Por ejemplo, si una de las partes aporta un establecimiento mercantil del cual no es dueño, o

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una patente de invención que no le pertenece. Y también hay vicio del consentimiento por error cuando la sustancia o calidad esencial de la cosa que constituye el objeto del contrato es diversa de aquélla que se tuvo en vista al contratar, como sería, por ejemplo, en una sociedad si ésta tiene por objeto la explotación de una mina de uranio y resulta, en el hecho, que ésta es una mina de carbón o de otra sustancia. O sea, en definitiva y sintetizando, que hay vicio del consentimiento por error cuando éste recae sobre el objeto mismo del contrato.

Finalmente, el error vicia el consentimiento cuando recae sobre la persona con quien se contrata y cuando esta consideración de la persona es la causa principal del contrato. Y aquí llegamos naturalmente a la importancia de este vicio del consentimiento en las sociedades que se pactan por consideración a la persona. Esto es, como dicen los autores, intuitus persone.

Es de fundamental importancia especialmente en las sociedades colectivas, porque aquí todos los socios administran por sí o por mandatario designado por todos ellos y porque en este tipo de contratos cuando las facultades administrativas le han sido conferidas a los socios en el contrato social, estas facultades forman parte esencial del contrato de acuerdo con el artículo 2071, inciso segundo del Código Civil.

Recordemos, de paso, que la consideración de la persona tiene importancia fundamental en diversos actos jurídicos, como por ejemplo, en el matrimonio, en el mandato, en los contratos de arrendamiento de servicios, en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano y, también, en el contrato de transacción, en que la ley habla, especialmente de la consideración de la persona.

Cabe preguntarse, naturalmente, si cuando la ley se refiere a la consideración de la persona quiere decir que mira a la identidad de la persona.

Don Luis Claro Solar, que ha estudiado muy bien esta materia, dice que la ley no se refiere únicamente a la identidad de la persona física; que el error puede afectar al nombre, puede afectar a las cualidades de la persona, pero que lo que es interesante observar es que este error se refiera a lo que es fundamen-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tal a lo que es esencial en la persona misma con quien se va a contratar. Por ejemplo, en un contrato de sociedad: un socio capitalista celebra un contrato de sociedad con Juan Pérez González, técnico en televisión y el objeto de la sociedad es la explotación de un negocio de artículos para televisión y se encuentra, en definitiva, que ha contratado con Juan Pérez González, que no es técnico en televisión. La identidad del nombre es perfecta, la identidad de la persona afecta a una cualidad esencial que fue la que se tuvo en vista al contratar.

También puede estimarse que hay error en cuanto a la persona misma en los casos de error común. Habría error común en materia de sociedades si la escritura constitutiva de una sociedad se otorgara ante un Notario que hubiera sido designado como tal sin cumplirse con los requisitos que la ley establece, hubiera sido mal nombrado, hubiera sido designado por autoridad que no tenía las facultades competentes para hacer tal designación, pero, naturalmente, siempre que este Notario hubiera actuado públicamente como tal.

La Corte Suprema ha declarado que el error común constituye derecho, reconociendo así el principio que los tratadistas, con una frase latina llaman "error común Facit jus", el error común hace derecho. Pero ha declarado la Corte Suprema que este principio está reconocido en nuestra legislación positiva, por ejemplo, en el caso del matrimonio putativo, por ejemplo, en el caso del heredero aparente, en el del testigo testamentario aparentemente capaz, y ha estimado que no puede desconocerse la validez de un contrato celebrado en estas condiciones porque el funcionario correspondiente actúa a la faz del poder público y frente al común de los mortales provisto de un título colorado, así lo denomina el más alto Tribunal de la República. Este título colorado es la circunstancia de actuar con los atributos del Notario en virtud de un nombramiento que no ha sido bien hecho y entonces la Corte Suprema ha razonado así: no podemos poner en duda la validez de un contrato celebrado en estas condiciones porque de lo contrario llegaríamos al absurdo de tener que investigar no solamente si el Notario estaba bien designado, sino también si aquellos que lo designaron a su vez fueron bien nombrados, de lo que está fuera del alcance del común de la gente.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estos principios son aplicables a los socios gestores en las sociedades encomanditas y son aplicables siempre en las sociedades de responsabilidad limitada que, como Uds. saben, se rigen en lo que no se hubiere estipulado, por las disposiciones pertinentes de la sociedad colectiva.

El otro vicio del consentimiento, el segundo de los que hemos nombrado, es la fuerza, que vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio atendida su edad, sexo y condición.

La ley no ha definido lo que debe entenderse por impresión fuerte, de manera que este concepto queda entregado al criterio del juez. Y el concepto de sano juicio lo encontramos únicamente en el artículo 1005 del Código Civil, que dispone que no son hábiles para testar las personas que no se encuentran en su sano juicio. Bueno, pero ¿qué es sano juicio, quiénes están en su sano juicio? Yo preguntaría también quiénes son dementes en el concepto del Código Civil, porque el Código Civil no define ni quienes son dementes, ni quienes están en su sano juicio. Pero armonizando los artículos 456, 465 y 468 del Código Civil, podemos decir que están en su sano juicio las personas que pueden administrar los bienes por sí mismas, las personas que tienen discernimiento, que pueden asumir la responsabilidad de los actos que ejecutan y la responsabilidad de los contratos que celebran.

Naturalmente, la fuerza debe ser grave. Un ex Profesor de esta Universidad, Avelino León, dice en uno de sus libros, que no es lo mismo, el efecto que le produce una amenaza a una persona fuerte y valerosa, que la amenaza que se le hace a una persona débil y pusilánime. Por eso se ha fallado acertadamente que si el ejecutado fue obligado a firmar un documento una vez en Lisboa y otra vez en Buenos Aires mediante la amenaza de no visarle sus pasaportes o retirarle sus documentos, viéndose por lo tanto esta persona dispuesta al mal irreparable y grave de quedar en un país extranjero privado de recursos, el fallo que considera que aquí ha habido un vicio del consentimiento por fuerza, está ajustado a la ley.

En Francia, donde tanto la violencia física, como la presión moral, constituyen el vicio de fuerza en el consentimiento, se ha resuelto que son nulos los contratos de sociedad celebrados por

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los israelitas durante el régimen nazi, bajo la presión de disposiciones legales de excepción que se dictaron contra ellos.

No conocemos ninguna sentencia de nuestros Tribunales de Justicia en la cual se haya anulado un contrato de sociedad por fuerza en el consentimiento.

Veamos ahora lo que ocurre con el dolo. El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y cuando, además, aparece claramente que sin él las partes no hubieran contratado. Así lo dice el artículo 1458 del Código Civil.

El dolo puede ser obra de mandatario o representantes legales y entonces se considera que el dolo ha sido cometido por el representado, pero el dolo cometido en esta forma, esto es, por un mandatario o representantes legales, sólo concede acción rescisoria y no concede acción de indemnización de perjuicios.

Se ha dicho, con razón, que el dolo debe ser determinante, porque es condición necesaria e indispensable para su existencia, que la persona a quien se atribuye se valga de la astucia, se valga de la malicia para obtener de la otra parte el consentimiento que de otra manera no habría obtenido.

Me he referido al dolo porque este vicio del consentimiento reviste especial gravedad en las sociedades, especialmente en las sociedades por acciones y particularísimamente en las sociedades por acciones que se constituyen mediante llamados al público por medio de la publicidad financiera. Y a eso se debe que por lo que a este tipo de sociedades se refiere, se hayan dictado en Europa medidas rigurosas encaminadas a proteger al público contra las maniobras dolosas de los organizadores de sociedades, interesados en obtener rápidamente la suscripción del mayor número de acciones. Felizmente en esta materia estamos a la altura de otros países más adelantados que el nuestro en otras materias y el Decreto con Fuerza de Ley Nº 251, de 20 de Mayo de 1931, contiene disposiciones tan rigurosas como las que se han dictado en el extranjero. Así, por ej., el Art. 86 de este cuerpo de leyes, prescribe que las sociedades anónimas deben ser precedidas en su formación por un prospecto o folleto o circular que debe ser firmado por sus organizadores y que debe entregarse en las oficinas de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, donde le extienden al que lo presenta un certificado y en el cual se hace cons-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tar la presentación del folleto, prospecto o circular. Como Uds. saben este certificado de los organizadores debe ser insertado en la escritura constitutiva de la sociedad y los Notarios deben velar por el cumplimiento de esta disposición.

Cuando transcurrido el plazo de dos años desde la fecha de la presentación del certificado, no se iniciaren las gestiones para obtener la autorización de existencia de la sociedad, el contrato y el certificado quedan nulos. El artículo 87 del Decreto con Fuerza de Ley 251 señala taxativamente y en forma circunstanciada, todas las exigencias que debe contener el folleto y entre éstas se encuentra la necesidad de acompañar a la Superintendencia los informes técnicos y periciales que permiten al público apreciar la bondad de la negociación proyectada. Estos informes técnicos y periciales deben acompañarse a la Superintendencia originales y quedar depositados ahí y los organizadores deben hacerse responsables, de la misma manera que los técnicos, de las apreciaciones que se hacen en el informe respectivo. Como si esto no fuera suficiente, se exige también, en el artículo 89 de este Decreto con Fuerza de Ley, se acredite por medio de un certificado bancario que se ha enterado en la Caja de la Sociedad la cuota de capital necesaria para declararla legalmente instalada.

Y, finalmente, prescribe el artículo 90 que los gastos de formación de una sociedad, incluyéndose en ellos los que ocasione la colocación de acciones en el público, son de cuenta y riesgo de los organizadores.

La jurisprudencia francesa ha estimado que hay dolo cuando se induce al público a adquirir acciones mediante la presentación de Balances falsos, o mediante la publicación de informaciones engañosas sobre los resultados de una empresa, o mediante la ocultación de circunstancias desfavorables y, según los Tribunales franceses, el dolo debe ser obra no de los socios, sino de la sociedad.

El dolo puede viciar el consentimiento aún cuando no sea obra de una de las partes. Los autores lo denominan, entonces, dolo inductivo, pero en estos casos sólo autorizan para entablar una demanda de indemnización de perjuicios contra las personas que han fraguado el dolo o las personas que se han aprovechado de él. Contra los primeros, hasta la total indemnización de los per-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

juicios; contra los segundos, hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

Esta situación se presentó en Chile precisamente en materia de sociedades. En el siglo pasado se constituyó una sociedad cuyo atractivo principal era la explotación de un invento, que consistía en la extracción del oro de otros metales. En aquella época la química y la física no habían llegado al alto grado de perfeccionamiento a que se ha llegado en la actualidad y la disociación de los metales para convertirlos en oro era completamente imposible, pero el hecho es que se formó una sociedad en base a este invento y los accionistas cayeron profusamente. Ocurrió entonces que dos accionistas que habían adquirido sus acciones de otros accionistas entablaron demandas contra sus vendedores o contra sus cedentes, para obtener la indemnización de los perjuicios respectivos. La Corte de Apelaciones falló, en un caso, que no había lugar a la demanda porque el dolo debió existir en el contrato de sociedad y no era el caso, ya que el dolo había sido obra de un accionista de esa misma sociedad y, por lo tanto, dijo la Corte de Apelaciones, no ha lugar a la demanda. Pero posteriormente se resolvió lo contrario. Esta vez, a mi juicio, se resolvió acertadamente el problema, consignando la buena doctrina, porque en el primer caso los demandantes no habían invocado el dolo de la sociedad, habían invocado el dolo inductivo, el dolo que, del cual se habían aprovechado las personas que lo habían fraguado y que, incuestionablemente, da lugar a la acción de perjuicios. Los Tribunales chilenos, en el segundo caso, procedieron bien, sancionaron el dolo, impidieron que el fraude cometido por accionistas que se habían aprovechado del dolo, y que debía dar lugar a la acción de perjuicios, no desde luego a la acción rescisoria, pero sí a la acción de perjuicios.

Llegamos así al tercer requisito de los que contempla el artículo 1445 del Código Civil, el objeto lícito. Toda declaración de voluntad debe tener un objeto y este objeto consiste en dar, hacer o no hacer algo. Nuevamente nos encontramos con que la ley no define un concepto, la ley no dice lo que es el objeto y entonces tenemos que interpretar para comprender su significación, tenemos que interpretar el artículo 1461 del Código Civil, según el cual pueden ser objeto de una declaración de voluntad no sólo

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las cosas que existen, sino también las que se esperan que existan con tal que sean comerciables y estén determinadas por lo menos en cuanto a su género.

El objeto, dice un autor, es crear derechos y crear obligaciones; también puede modificar derechos, extinguir obligaciones y el objeto de estas obligaciones son siempre las cosas, son siempre los bienes jurídicos, los hechos y las abstenciones a que las mismas obligaciones se refieren.

Por su parte, el artículo 2055 del Código Civil, dice que no hay sociedad si cada una de las partes no aporta alguna cosa, no aporta alguna cosa en común, ya consista en dinero o en valores, en una industria o trabajo apreciable en dinero.

El artículo 2055 del Código Civil se refiere al objeto de la sociedad para los socios, no al objeto de la sociedad para la sociedad, porque para la sociedad el objeto es la actividad económica que habrá de desarrollar después de su constitución.

En el momento de celebrarse el contrato los socios se comprometen a hacer un aporte; el conjunto de estos aportes constituye el fondo común, el patrimonio colectivo, el capital social. Por su parte, la sociedad se compromete a ejecutar una serie de actos civiles o mercantiles, según sea la naturaleza de la sociedad.

Ya hemos visto que pueden ser materia de aporte todas las cosas que existan o se espera que existan, siempre que sean comerciables, pero la ley no indica tampoco qué cosas son comerciables, la ley dice que cosas no son comerciables, entonces tenemos que llegar a la conclusión de que son comerciales aquellas cosas que la ley no declara incomerciables. ¿Y cuáles son las cosas incomerciables? Mencionaremos algunas.

Son incomerciables las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, pero sí son comerciables el uso y goce de estas mismas cosas, según el artículo 585 del Código Civil.

Son incomerciables los bienes nacionales de uso público, según el artículo 589 del Código Civil; son incomerciables también las cosas consagradas al culto divino porque se rigen por el Derecho Canónico, según el artículo 586 del Código Civil. El derecho de suceder por causa de muerte entre vivos no es susceptible de ser comerciado, lo dice el artículo 1463 del Código Civil; los derechos de uso y habitación, según el artículo 819, porque no pue-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

den transmitirse por causa muerte ni venderse o cederse a ningún título, ni prestarse o arrendarse; el derecho de pedir alimentos porque tampoco puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse a ningún título, ni siquiera renunciarse, según el artículo 334 del Código Civil; los derechos personalísimos, como el usufructo del padre sobre los bienes del hijo y el derecho del marido como administrador de los bienes de la sociedad conyugal; la facultad de testar, porque es indelegable, lo dice el artículo 1004 del Código Civil; la totalidad de los bienes presentes y futuros de una persona o de unos y otros según el artículo 1811 del Código Civil; los documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades, de los establecimientos públicos, de las sociedades anónimas, de los Bancos de emisión legalmente autorizados, según los artículos 172 a 179 del Código Penal y siempre que hubieren sido falsificados.

Son incomerciables los sellos, los punzones, las matrices, las marcas, los timbres, estampillas y el papel sellado y los demás bienes a que se refieren los artículos 180 a 190 del Código Penal; las armas absolutamente prohibidas por la ley o por los reglamentos generales que dicte el Presidente de la República; los productos nocivos a la salud; los boletos de Lotería, cuyo expendio no haya sido autorizado por una ley especial según el artículo 2º de una ley del año 1890. Son incomerciables los sueldos, las pensiones ,las gratificaciones, me refiero a las pensiones de gracia, de jubilación, de retiro y montepío, por expresa disposición del artículo 445 Nº 1º del Código de Procedimiento Civil, con la salvedad del inciso 2º de la misma disposición legal; los productos de la caza y de la pesca, cuando han sido obtenidos con infracción de los reglamentos respectivos, de acuerdo con el artículo 496, numerando 36 del Código Penal; son incomerciables las rentas, los sueldos y las indemnizaciones que a favor de los accidentados contempla el artículo 300 del Código del Trabajo; y en materia de sociedades son incomerciables los oficios de corredor, de Agentes de Cambio y otros que requieran nombramiento del Presidente de la República, pero solamente en cuanto estos oficios no puedan ser materia de un aporte a una sociedad, según así lo prescribe el artículo 377 del Código de Comercio.

Finalmente, los autores consideran que no son comerciables

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los empleos o funciones públicas, porque son delegaciones del poder público.

El último de los requisitos esenciales a todos los actos o declaración de voluntad es la causa. Todo acto o contrato debe tener una causa y ésta debe ser real y lícita. Se considera que la mera liberalidad es causa suficiente y declara la ley que la causa no es necesario expresarla. La ley dice que la causa es el motivo del acto o contrato, pero no sabemos, por qué dice qué es el motivo. Don Luis Claro Solar, señala que motivo son todas las razones que determinan la voluntad del agente y lo inducen a contratar, que son las razones contingentes subjetivas y, por lo tanto, variables con cada individuo. Observen Uds. que ya en este concepto se habla de la voluntad; más adelante el autor vuelve a hablar de la voluntad y vuelve a hablar del consentimiento en relación con la causa y más adelante en la misma obra "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado", confunde la causa con el consentimiento. No nos extrañemos de que esto ocurra porque la causa, como lo vamos a ver en seguida, es un concepto metafísico e induce a toda clase de confusiones. Sintetizando su pensamiento, don Luis Claro Solar define la causa diciendo que es el fin o propósito que persiguen las partes al contratar. Y para Pescio la causa es el fin inmediato y, por consiguiente, esencial, en cuya virtud se contrata. Es, dice Pescio, la razón de ser del contrato, es el por qué del contrato.

Otros autores, como Barros Errázuriz, dice que la ley, al hablar de la causa y al hablar del motivo, no se refiere a una razón psicológica; nosotros no entendemos este punto de vista porque no podemos comprender cómo el motivo de un acto no sea un acto de carácter psicológico que entra precisamente en el terreno de lo inmaterial, de lo psicológico.

Avelino León, no define la causa y dice que en Chile la doctrina de la causa no es unitaria sino dual. Alessandri Rodríguez, siguiendo en esto al pie de la letra a un eminente tratadista belga, Jean Dabin, dice que la teoría de la causa es falsa y es inútil, porque no corresponde a ninguna verdad científica y porque ha sido fundamentada en una falsa interpretación de los textos legales romanos.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha contemplado el concepto de causa desde diversos ángulos. Así, por ejemplo, ha dicho que la causa es la razón determinante para obligarse; ha dicho también que es la razón inmediata de la convención y que es el interés jurídico que induce a las partes a contratar.

Si en Chile las opiniones están divididas, en Francia este problema ha ocasionado controversias apasionadas, a tal extremo que los autores se han dividido en causalistas y anticausalistas. Entre estos últimos podemos nombrar a Baudry y Lacantinerie, a Laurent, a Huc, a Planiol y Ripert y al belga Dabin. Capitant también parece opinar contra la teoría de la causa.

Otro profesor belga, de la Universidad de Lieja, Ernst, pidió que se suprimiera la teoría de la causa en el Código Civil belga, porque dice que no corresponde a algo real y que se presta a toda suerte de errores y confusiones.

Laurent argumenta que la teoría de la causa no es jurídica y que se confunde con el objeto y, por consiguiente, estima que para configurar la existencia de un acto jurídico basta con la capacidad, el consentimiento y el objeto.

Josserand observa que la teoría de la causa tiene una bien ganada reputación de abstracción y de oscuridad y culpa de ello al legislador que, según él, solamente le ha dedicado tres lacónicas disposiciones en el Código Civil francés.

Los propios causalistas se ven obligados para defender la teoría de la causa a dividir los actos y contratos en tres clases: en sinalagmáticas, reales y de mera liberalidad; y a cada uno de estos tipos de obligaciones se atribuyen un tipo distinto de causas.

Capitant dice por eso y con razón a mi juicio, que las definiciones propuestas varían y casi siempre carecen de precisión, que en general los comentaristas reducen la causa a algo inconsistente, artificial, que no se distingue bien netamente según las diversas clases de contrato.

Un autor italiano, Bonfante, expresa que la teoría de la causa constituye el problema más oscuro e indescifrable en la doctrina moderna del derecho y agrega que es el campo preferido en las elucubraciones metafísicas y de la psicología.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por su parte Dabin, que ha dedicado a esta materia una obra interesantísima, muy profunda, titulada "Teoría de la Causa", ha demostrado fehacientemente que los textos legales romanos en que se apoyan los tratadistas partidarios de la causa, han sido mal interpretados, porque dice Dabin, que los contratos se especifican como tales, ya sea a título oneroso o gratuito, ya sea a título conmutativo o aleatorio, en virtud de la voluntad misma que los ha creado y que los desea con los requisitos con que fueron creados. Sostiene Dabin que lejos de que la causa especifique el contrato, es el contrato el que especifica la causa y que si las partes han querido que un contrato sea sinalagmático, esto es, creador de derechos y de obligaciones recíprocas, estas obligaciones se condicionan las unas a las otras, las unas son la causa de las otras y el contrato no puede considerarse como tal sin considerar la totalidad de estas obligaciones recíprocas.

A nosotros nos parece evidente que en los contratos bilaterales las obligaciones que las partes contraen deben considerarse en su totalidad. Así, por ejemplo, si yo me propongo comprar un automóvil, tengo en vista un automóvil de una marca determinada, tengo en consideración el precio que puedo pagar, analizo las facilidades que me va a dar el vendedor, pienso en las condiciones de velocidad, de economía de este vehículo y, por su parte, el vendedor toma en cuenta en el precio que va a obtener, piensa en las facilidades que va a otorgar de acuerdo con la persona del que le va a comprar y todas estas consideraciones, que son las que determinan la totalidad del contrato, no pueden considerarse aisladamente.

Por eso, agudamente observa Dabin que voluntad de adquirir que constituiría la causa del contrato, se confunde también con el deseo de que el otro contratante quede también obligado. Observa Dabin que en un contrato bilateral, en síntesis, no es posible fraccionar la operación.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La teoría de la causa, hablando en términos generales, parece desmoronarse de día en día frente a los embates de los grandes tratadistas del Derecho Civil y del Derecho Comercial. Digamos también que esta teoría resulta absurda, simplemente absurda, cuando se trata de aplicarla a los contratos abstractos y, de especial manera, cuando se trata de aplicarlas al contrato de sociedad.

En el contrato abstracto la persona que contrae la obligación, la contrae respecto de la persona desconocida de antemano que llegará a ser el portador del título en el momento del vencimiento y si es así, es evidente que el obligado a pagar se encuentra frente a un acreedor con quien no le une, en apariencia, en derecho y de acuerdo con las teorías clásicas, ningún vínculo jurídico. Por consiguiente, como podría oponer el aceptante de una letra de cambio al portador de este documento la excepción de nulidad de la obligación por falta de causa. La falta de causa podría referirse a la obligación que generó la letra, a la obligación en virtud de la cual se creó el título abstracto, pero de ninguna manera puede referirse a la obligación actual, cuyo pago persigue el portador del título.

De acuerdo con esta doctrina se suprimió el número quinto del artículo 633 del Código de Comercio.

Tratándose del contrato de sociedad nos encontramos también con una situación especialísima frente a los conceptos clásicos de la teoría de la causa. Según los autores la causa para uno de los contratantes es el objeto para la otra y vice-versa, pero en el contrato de sociedad la causa para uno de los socios es también la causa para el otro y el objeto para uno de los socios es también el objeto para el otro. La teoría de la causa no opera frente a los socios, ni opera tampoco frente a la sociedad.

Pero, avancemos ahora un concepto nuevo. El de sociedad es un contrato que podríamos llamar de organización, porque la prestación a que se obliga uno de los contratantes no recibe una contraprestación del otro contratante. La obligación de aportar de uno de los socios, no encuentra otra contraprestación semejante, o parecida, o diversa de parte de otro de los socios que también contrae la obligación de aportar. En otros términos, la prestación de uno de los socios no corresponde a una contraprestación

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los otros. La prestación de un socio recibe la contraprestación de la persona jurídica denominada sociedad y esta contraprestación es el beneficio que la sociedad, no los otros socios, deben darle en el momento de la repartición de los dividendos.

Por otra parte, la sociedad es también un contrato plurilateral porque, por regla general, lo constituyen más de dos personas, de tal manera que cada uno de los contratantes se encuentra frente a sí, simultáneamente, con tantas personas como personas intervienen en el contrato, menos él, y de esta manera la sociedad sin alterar su esencia, permite la incorporación, la adhesión de nuevos socios y el retiro de los socios ya existentes. En esta situación, se comprende fácilmente que la teoría de la causa no opera en la sociedad.

Digamos ahora algunas palabras sobre la licitud de la causa. La causa, según el artículo 1467 del Código Civil, debe ser lícita y se entiende que la causa no es lícita cuando es contraria a la moral o a las buenas costumbres. El artículo 2057 del Código Civil en su inciso segundo, declara que son nulas las sociedades que son ilícitas por la causa. De una manera rápida indicaremos algunos casos en que hay ilicitud de la causa, por ejemplo, en la trata de blancas, en el tráfico de negros, en la explotación del contrabando y aquí un dato curioso: en Francia los autores discrepan acerca de si es lícito o es ilícito el contrabando que se efectúe en el extranjero; el contrabando que se hace en Francia ese sí que es ilícito. Habría causa ilícita en la venta de influencias ante las autoridades públicas, o en la obtención de contratos relativos a funciones públicas. En Francia se considera que hay causa ilícita en el empleo de la claque, esto es de lo que los autores llaman alabarderos, o sea, la manera de obtener éxito, por lo menos aparente, en las representaciones teatrales. Obviamente, en Chile no se divisa ninguna razón para que podamos decir que hay una causa ilícita, máxime cuando los medios extraordinarios de publicidad de los tiempos contemporáneos permiten la forma inimaginable de la propaganda.

Hay ilicitud de la causa en la práctica del corretaje matrimonial y se han formado incluso sociedades para practicar esto que algunos autores llaman el proxenetismo matrimonial. En Francia, durante muchos años, la jurisprudencia de los Tribuna-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

les declaró que estos contratos eran nulos por ilicitud de la causa, pero a partir del año 1900 la jurisprudencia varió porque se observó que a pesar de la declaración de nulidad de los contratos de corretaje matrimonial éstos seguían subsistiendo y eran cada vez más numerosos y por tal motivo pensaron los tribunales que no había por qué prohibir este tipo de contratos, se dieron cuenta que, por el contrario, se facilitaban los matrimonios y, por lo tanto, se conseguía llegar a una mejor organización de la familia. Pero tomaron sus precauciones, declararon que el corretaje matrimonial era válido siempre que, en primer lugar, el corredor se limitara a poner en contacto a las partes y no interviniera haciendo ver las cualidades o méritos de los contrayentes, con lo cual se evitaban las maniobras dolosas que podían influir sobre el consentimiento de las partes; y en segundo lugar, se exigió que la comisión de los corredores no tuviera influencia alguna en la determinación de los honorarios del corredor.

Se ha discutido mucho en Francia sobre la licitud o ilicitud de los contratos de sociedad entre profesionales. Se estima, por ejemplo, que son nulos los contratos de sociedad entre un médico y un capitalista con el objeto de instalar clínicas o casas de salud o establecimientos semejantes. Nosotros estimamos que en Chile esta doctrina es totalmente inaplicable y que, por el contrario, la formación de sociedades entre un médico y un capitalista que aporta una gruesa suma de dinero para la construcción de clínicas o establecimientos semejantes, permite la formación de grandes empresas, de grandes clínicas, facilita el trabajo en equipo, la adquisición de los más modernos implementos científicos y, por consiguiente, nada hay de reprochable en este tipo de sociedades. Por lo demás, no existe ninguna disposición legal que prohiba la constitución de estas compañías.

Con referencia a los abogados: se considera en Francia que las sociedades de abogados serían nulas. Planiol y Ripert, por ejemplo, equipara a los abogados a los oficiales ministeriales, pero este modo de apreciar las cosas no puede aplicarse en nuestro país; desde luego, los abogados no son funcionarios ministeriales, no son funcionarios pertenecientes a la Administración de Justicia. Es cierto que el Código Orgánico habla de los abogados en el título XV, pero en ninguna parte los considera ni como

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miembros del Poder Judicial, ni como auxiliares de la Administración de Justicia y en el artículo 525 dice, que la profesión de abogado está reglamentada por la Ley que creó el Colegio de Abogados.

El artículo 46 del Código de Etica Profesional permite, por el contrario, la formación de asociaciones de abogados. Es cierto que el Código de Etica Profesional emplea la palabra "asociaciones", a mi juicio esto no impide de que en este concepto se considere a las sociedades de abogados, simplemente se ha querido que puedan reunirse para trabajar en común los abogados, no solamente en forma de sociedades, sino en cualquiera otra forma de trabajo y por eso se ha empleado la palabra "asociaciones". Lo que sí exige el artículo 13 del Código de Etica Profesional, es que las asociaciones de abogados no tengan por objeto fundamentarse en la propaganda, en los medios de publicidad; obviamente se considera que esto es indecoroso. Las sociedades de abogados deben ser conocidas por el nombre de uno o más de ellos y se prohibe cualquiera otra designación. Esto también tiende a evitar el abuso de la publicidad.

El mismo artículo 46 del Código de Etica Profesional no permite que los abogados se asocien con otras personas y es lógico que así sea, porque lo que ocurre en la práctica, lo que se ha visto recientemente, es que cuando un abogado se asocia con uno que no lo es, este último asume un papel preponderante, se presenta como abogado ante la clientela y el abogado pasa a desempeñar un papel secundario y, hasta cierto punto, humillante. Por eso, recientemente, el año 1960, el Colegio de Abogados condenó a un profesional que había celebrado una asociación de esta especie y le aplicó una sanción bastante severa.

Digamos también que serían ilícitas las sociedades que se formaran con el objeto de obtener utilidades, impidiendo la libre competencia, porque este tipo de sociedades está sancionado severamente por el artículo 173 de la Ley 13.305 y, por último, habría ilicitud de la causa en sociedades que se constituyeran con el objeto de obtener de uno o más edificios, rentas, precios o derechos de llaves superiores a los máximos permitidos por la ley. Es lo que enseña el artículo 9º de la Ley 11.622.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hasta aquí lo que se refiere a los requisitos esenciales a todo contrato, aplicables a la materia de las sociedades.

Por lo que atañe a los requisitos esenciales de todas las sociedades, los autores, comentadores, glosadores, catedráticos de nuestro país, consideran que son requisitos esenciales de la sociedad los aportes, la participación en las utilidades, la concurrencia en las pérdidas y la afectio societatis. Yo estoy de acuerdo en que son requisitos esenciales los aportes, la participación en las utilidades y la concurrencia en las pérdidas. Creo que a estos requisitos deben agregarse otros dos: primero, el capital, segundo, la personalidad jurídica de la sociedad; y estimo que la afectio societatis no es requisito esencial del contrato, como lo demostraré seguramente en la próxima charla.

Hablemos, entonces, en primer término de los aportes de los socios.

El artículo 2053 del Código Civil al definir la sociedad, prescribe que ésta es un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común, con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan; y el artículo 2055 del mismo Código dispone que no hay sociedad si los socios no ponen alguna cosa en común. La terminología de nuestra ley es clara, precisa, categórica, no hay sociedad si los socios no ponen algo en común.

Sin duda les llamará a Uds. la atención que esta locución "no hay sociedad" es totalmente distinta de la que emplea nuestra ley sustantiva en todos los demás actos o declaraciones de voluntad en todos los demás contratos. Los contratos serán nulos cuando les falta algún requisito esencial, pero en ninguna parte dice la ley no hay compraventa, o no hay arrendamiento o no hay mandato. Solamente recuerdo un caso de una expresión tan contundente como la que emplea el artículo 2055; es el caso del inciso final del artículo 522 del Código de Comercio, cuando dice la ley que el seguro de cosas que no cumple con todos los requisitos que se exigen en el inciso primero del mismo precepto legal, es nulo "de pleno derecho". También estos términos son aislados, no han sido empleados en otra oportunidad por el legislador.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El término "aporte" es estrictamente jurídico; el Diccionario de la Lengua dice que en su acepción forense "aporte" es lo que cada socio lleva o se compromete a llevar a la sociedad y el artículo 52 del Código de Comercio en su numerando 4º dice que el aporte es el capital que cada uno de los socios introduce en la sociedad.

Bravard-Veyrieres, un tratadista de Derecho Comercial antiguo, decía ya en el siglo pasado, que cada uno de los socios debe efectuar un aporte, porque si no lo hace, el contrato se transforma en una donación, porque el socio va a recibir de la sociedad las utilidades sin dar nada en cambio. Y en el mismo sentido, esto es, el considerar la falta de aporte como una donación, se pronunciaba también Pardessus.

Pero, ¿qué es el aporte? Para Thaller y Percerau, es una masa colectiva que es el capital destinado a la explotación común; para Escarrá, Escarrá y Rault, son los bienes y valores que los socios introducen en la sociedad con el objeto de que ésta pueda cumplir su objetivo; son el instrumento de realización de la finalidad social.

Para César Vivante, aporte equivale a toda prestación, es decir, cualquier bien que se introduzca a la sociedad, sea en propiedad, sea en usufructo, sea al formarse la sociedad, sea durante la vigencia de la misma; sea de una sola vez, sea continuadamente a medida que los socios administradores lo vayan exigiendo.

Ascarelli en apretada síntesis, decía que la obligación que constantemente deriva de un contrato de sociedad, es la de aportar. Y De Gregorio puntualiza que se entiende por aportación la contribución de cada uno de los socios para la formación de la sociedad. Según este autor italiano, la aportación es lo que permite a la sociedad la realización de su finalidad y es en fuerza de la autonomía de estos aportes que la sociedad puede cumplir esa finalidad.

Nuestro Código Civil no puede ser más lacónico, no puede ser más conciso. Según el artículo 2053 del Código Civil el aporte es "algo", y según el artículo 2055 el aporte es "alguna cosa".

Don Gabriel Palma decía que el aporte es lo que cada socio lleva o se compromete a llevar a la sociedad. Raúl Varela da una

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

definición semejante. Y la ley apunta que si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su obligación de aportar, la sociedad podrá considerarse disuelta, esto lo expresa el artículo 2101 del Código Civil. Ya lo había declarado así; hace un siglo, la Corte de Casación francesa.

El aporte debe ser útil, debe ser apreciable en dinero y debe hacerse en común, esto es, la conjunción de los aportes deben formar el patrimonio social o capital de la sociedad. Puede ocurrir que varias sociedades estipulen poner en común sus respectivas utilidades para dividirlas de acuerdo con un determinado porcentaje.

Puede acontecer, asimismo, que una o más empresas se obliguen a no vender sino en determinadas circunstancias, o a no vender sino determinados productos, o a no vender sino en determinadas zonas. Estos contratos no son de sociedad. Ascarelli los llama contratos normativos porque tienen como fin establecer la marcha futura de las distintas empresas que han celebrado el contrato y no son sociedades porque no hay aportes a un fondo común, porque no existe un organismo único que persiga una finalidad única y porque, por otra parte los prohibe, también, como monopolio el artículo 173 de la Ley 13305.

Dijimos que el aporte debe ser útil, no hay sociedad si cada uno de los socios no contribuye con algo útil a la sociedad; quien no contribuyera con algo útil no podría ser considerado como socio y no tendría derecho a la participación en los beneficios. Así lo ha establecido Pont y así también fluye de nuestros preceptos legales. Por eso, el artículo 2052 del Código Civil establece que todo aporte debe ser apreciable en dinero y el artículo 376 del Código de Comercio estatuye también que todo aporte debe prestar alguna utilidad.

En la clase anterior recordábamos que en materia de aportes hay una excepción porque los aportes de corredor, de Agente de Cambio y de cualquiera otra función que requiera nombramiento del Presidente de la República, no pueden hacerse a una sociedad.

En cuanto a los Corredores vale la pena recordar que el artículo 48 del Código de Comercio dice que los Corredores son funcionarios públicos; el artículo 50 exige que sean nombrados por

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el Presidente de la República, pero más adelante el artículo 80 establece que cualquiera persona hábil para ejercer el comercio puede desempeñar la correduría. Por consiguiente, cualquiera persona hábil para ejercer el comercio puede celebrar un contrato de sociedad como Corredor.

Por lo que se refiere a los Martilleros Públicos éstos deben ser nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Dirección General de Crédito Prendario y Casas de Martillo y pueden organizarse sociedades con un martillero siempre que la sociedad lleve el nombre de este Martillero solo o seguido de las palabras "y Compañía".

Los aportes deben ser reales, es decir, no pueden ser simulados ni ficticios y se considera que son ficticios cuando son irrisorios. En Italia la jurisprudencia ha declarado la nulidad de un contrato de sociedad en que el capital estaba formado por una lira y había sido aportado por catorce socios. Y en Francia los tribunales han declarado la nulidad de una sociedad en comandita en que los socios gestores no habían aportado nada y los socios comanditarios solamente garantizaban hasta cierto límite el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad.

De Gregorio opina que los aportes no deben ser irrisorios por lo menos conjuntamente, porque el patrimonio de la sociedad que debe existir en el momento mismo de su celebración, debe responder al cumplimiento de las obligaciones sociales y éstos no se conseguirían si los aportes fueran irrisorios en el momento mismo de celebrarse el contrato de sociedad. En cambio, agrega De Gregorio, el aporte puede ser irrisorio cuando es singular, es decir, cuando lo hace un socio y dice que en Italia se permite la constitución de sociedades anónimas con acciones de cinco liras; nosotros podríamos agregar que en nuestra legislación de sociedades anónimas nada impide la formación de este tipo de sociedades con un valor insignificante para la acción y nada impide tampoco que un socio, un accionista adquiera una acción. De manera que el concepto de lo irrisorio se refiere al conjunto de los aportes.

Como una norma de excepción el artículo 478 del Código de Comercio previene que el socio comanditario no puede aportar a la sociedad su capacidad, su crédito o su industria personal, pero

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en cambio su aporte puede consistir en la comunicación de un secreto, de una ciencia o arte, con tal de que no lo aplique personalmente o no contribuya diariamente a su aplicación.

También se ha dado el caso de que uno de los socios aporte a la sociedad su nombre y la opinión de los autores franceses se ha dividido acerca de la validez de una sociedad organizada en esta forma. Mientras algunos civilistas, como Aubry y Rau, se pronuncian en contra de la validez de estos contratos, los comercialistas en general están por la negativa.

La ley chilena prescribe que los socios deben poner algo en común; la reunión de estos algos constituirá el fondo común, patrimonio colectivo o capital social. Y entonces aquí podríamos preguntar nosotros ¿cómo podría formarse este patrimonio colectivo si los socios aportan solamente su nombre? La sociedad nacería sin capital, sin fondo común, sin patrimonio colectivo; la sociedad, que está contratando constante y permanentemente con terceros no tendría en el momento de nacer a la vida del derecho, con que responder a las deudas sociales y si llegara el caso de la división de la sociedad, ésta no tendría cómo hacerlo porque no existiría el haber social.

Entonces, en resumen, el aporte debe ser apreciable en dinero, debe ser útil y no puede ser irrisorio.

Por la misma razón, no podría considerarse como aporte la declaración de uno o más de los socios de que se obliga a responder hasta una determinada cantidad por las obligaciones de la sociedad.

Un problema que se suscita a menudo en la práctica, es de si puede validarse "a posteriori" la falta de aporte. Si se pacta una sociedad en que ninguno de los socios efectúa un aporte real y efectivo en que los socios aportan únicamente sus nombres o sus responsabilidades, estipulándose que el capital se integrará con los beneficios que se obtengan y transcurrido un tiempo se producen las utilidades, ¿hay o no hay sociedad? Vivante opina que la sociedad puede subsanar el vicio originario, siempre y cuando los beneficios que se obtengan equivalgan a otros tantos desembolsos efectuados por los socios. De Gregorio piensa lo mismo, a condición de que alguno de los socios haya hecho un aporte verdadero. Nosotros no compartimos el criterio de los

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

juristas italianos porque estimamos que una sociedad así constituida adolecería de nulidad absoluta porque habría nacido sin aportes y esta nulidad absoluta no puede ratificarse "a posteriori".

Digamos, rápidamente de los aportes que pueden clasificarse según su objeto y según la naturaleza de los derechos que confieren. La clasificación objetiva comprende los aportes en dinero los aportes en efectos, los aportes de industria, los aportes de servicios y los aportes de trabajo. Los aportes, como Uds. saben, pueden hacerse en propiedad y en usufructo y esta materia está debidamente reglamentada y no presenta problemas de doctrinas.

El incumplimiento de la obligación de aportar faculta a los contratantes para ejercitar diversos derechos. Los faculta, en primer término, para excluir de la sociedad al socio moroso; los autoriza, asimismo, para compeler ejecutivamente al socio al cumplimiento de la obligación y los faculta también para dar la sociedad por disuelta.

Finalmente, el socio que ha retardado, aún por culpa leve la entrega de su aporte, debe resarcir los perjuicios que su retardo haya ocasionado a la sociedad.

Con relación a los aportes en propiedad, disipemos un error frecuente: el aporte en propiedad no constituye una compraventa, sino una transferencia, una enajenación, una traslación del dominio. El socio se desprende del dominio de lo que aporta y este dominio pasa a la sociedad.

Se ha discutido también si los aportes pueden presumirse hechos en propiedad. Estimamos que sí porque el artículo 381 del Código de Comercio impide a los socios exigir la restitución de los aportes antes de concluirse la sociedad.

En Italia la ley presume expresamente que los aportes se hacen en propiedad.

Por último, los aportes son inembargables. Los acreedores personales de un socio no pueden embargar los aportes de los socios y deben limitarse a pedir la retención de la parte de interés que le corresponda al socio en la sociedad, para pedirlo en la liquidación de la misma.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hablemos ahora del capital. Ya dijimos que el capital no ha sido considerado entre nosotros como requisito esencial de la sociedad. A mí me parece que es condición "sine qua non" para la existencia de una sociedad la existencia del capital. Así lo exige, en primer término, el artículo 2053 del Código Civil, al decir que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común. Lo confirma la locución final de este mismo precepto legal al expresar que los socios van a obtener los beneficios provenientes de ese fondo común. Los contratantes hacen sus aportaciones en común; este fondo común constituye el patrimonio colectivo, el capital social que le va a permitir a la sociedad desarrollar sus actividades como tales. Si no se reune ese patrimonio común no hay sociedad, de acuerdo con el artículo 2055 del Código Civil. Los aportes de los socios se convierten, así, en un fondo social, ésta es la expresión que emplea el artículo 2061, inciso primero del Código Civil y la emplea también el artículo 365 del Código de Comercio. Este fondo social es también el capital de la sociedad, el patrimonio de la persona jurídica denominada sociedad y el que le va a permitir desplegar la actividad económica que constituye el objeto de la sociedad.

Por eso es que lo que se pone en sociedad le pertenece a ésta y por eso también, si cuando uno de los socios retarda por su hecho o culpa la entrega de la de su aporte, los otros socios tendrán el derecho de dar la sociedad por disuelta. Los autores extranjeros sientan esta misma doctrina. César de Vivante, con su característica penetración, dice que la intención de los contratantes debe hallarse encaminada a constituir un fondo social, que la existencia del mismo, sea al principio como por toda la existencia de la sociedad, es el presupuesto de todo su ordenamiento jurídico y agrega que cada vez que el Código de Comercio o el Código Civil hablan de capital social, se refieren a aquellos bienes que constituyen el patrimonio particular de la sociedad y no a las garantías que los socios subsidiariamente prestan a la misma, de manera, añade finalmente, que si no existe este fondo autónomo, no existe tampoco la sociedad. Y como ejemplo cita el caso de varios comerciantes que convinieron en repartirse las utilidades de sus respectivos negocios pero explotándolos

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

separadamente. Aquí no había capital social y, por lo tantó, no había sociedad.

Messineo expresa que en el concepto de sociedad aparece en primer término la formación de una masa colectiva, que se convierte en el patrimonio social. Escarra, Escarra y Rault, afirman que la sociedad debe perseguir su objetivo por medio de su capital y agregan que el capital de la sociedad constituye lo que ellos llaman, un "patrimonio de afectación", vale decir, los bienes que se aportan a la sociedad están afectos al pago de las deudas sociales. Y ésta es, en general, la doctrina de todos los autores extranjeros.

Sin embargo, en Chile, no lo han estimado así ni Gabriel Palma, ni Raúl Varela, ni Rafael Eyzaguirre, ni Julio Olavarría, ni Toro Manríquez.

Pensamos por un momento en la existencia de una sociedad que no tuviera capital. Resulta simplemente inconcebible; ¿cómo podría realizar la sociedad su fin, cómo podía cumplir su objetivo sin un patrimonio colectivo?; ¿cómo podría existir la persona jurídica denominada sociedad sin tener un fondo común, sin tener un haber social con el cual realizar cumplidamente la misión que se ha propuesto? ¿Y cómo podría, si no existiera un capital social, procederse a la participación de las utilidades que por definición de la ley deben provenir del fondo común? ¿Cómo dar correcta aplicación al artículo 2055 del Código Civil, según el cual no hay sociedad si no existe un fondo común?

Por la misma razón, los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés social, pertenecen a la sociedad y por la misma razón el artículo 375 del Código de Comercio previene que los aportes de los socios deben hacerse al fondo social. La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha hecho cumplido honor a esta doctrina. En un caso dijo que son condiciones esenciales en toda sociedad que se constituya un fondo común con lo que aporte a la sociedad cada uno de los contratantes. No hay sociedad, agregó el más alto Tribunal de la República, si de las estipulaciones respectivas no aparece que la persona que recibía los servicios hubiera tenido el propósito de celebrar sociedad, ni de aportar bien alguno destinado a formar un fondo común. Es e-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sencial, declaró en otra oportunidad, para que exista sociedad, que dos o más personas estipulen poner algo en común y expresó también que no hay sociedad si cada uno de los socios no pone algo en común apreciable en dinero que forme parte del haber de la sociedad.

Finalmente, en otro caso estableció el Tribunal de Casación, que es esencial para la existencia del contrato de sociedad la estipulación entre los asociados de poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ellos provengan y agregó: los aportes sociales o los en que se estipulan poner en común es lo que forma el capital social, patrimonio de la sociedad diverso del patrimonio particular de los asociados y en el caso de que se trata no se constituyó ese capital social.

Me correspondería conversar con Uds. de la participación en las utilidades y de la concurrencia en las pérdidas. Desgraciadamente el tiempo no me alcanza y estas materias no tienen el interés doctrinario de las que analizaré a continuación.

Primeramente hablaré de la personalidad jurídica. Esta materia ha suscitado, especialmente en Francia, encendidas controversias y las opiniones se han dividido especialmente en lo que se refiere a la personalidad jurídica de las sociedades civiles. Esto no es de extrañar, porque en ésta como en otras materias la legislación francesa es incompleta y entonces, naturalmente, los autores tienen que idear doctrinas para completarla. Durante mucho tiempo se estimó en Francia que la personalidad jurídica sólo era atributo de las sociedades mercantiles, pero desde hace cincuenta años la Corte de Casación francesa ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la personalidad jurídica es también atributo de las sociedades civiles.

Y en Chile se ha enseñado que la personalidad jurídica no es requisito esencial de la sociedad, sino consecuencia de la misma. A mí me parece que esto es un error y que es el fruto de la

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lectura de los tratadistas franceses de otras épocas. Desde luego, no hay ninguna similitud entre el ordenamiento jurídico chileno y el de Francia. Así, por ejemplo, el Código Civil francés no contiene un título ni un párrafo relativo a las personas jurídicas. El Código Civil francés, mucho menos contiene una disposición semejante al inciso segundo del artículo 2053 de nuestro Código Civil, que terminantemente establece que la sociedad es una persona jurídica diversa de los socios individualmente considerados. Y tampoco existe nada sobre el particular en el Código de Comercio francés; por el contrario, el artículo 18 de este cuerpo de leyes se remite al Código Civil.

Los textos legales que sirven de fundamento a los autores franceses para sentar la doctrina de la personalidad jurídica de las sociedades son, especialmente, el artículo 437 del Código de Comercio, que permite la declaratoria de quiebra de las sociedades y el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, según el cual debe notificarse a la sociedad en su domicilio. Entonces los autores dicen que si la sociedad tiene un domicilio que es distinto del domicilio de los socios, naturalmente es porque constituye una persona jurídica.

En Chile, me parece a mí, que no puede ponerse en duda que la personalidad jurídica es condición fundamental del contrato y esto por razones perfectamente claras. En primer lugar, el artículo 2053, en su inciso primero, define la sociedad y el inciso segundo complementa esta disposición estableciendo que la sociedad es una persona jurídica diversa de los socios que la integran. Por eso es también que el artículo 2064 del Código Civil, advierte que en las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría y como Uds. saben, éste es el principio rector de las deliberaciones en las personas jurídicas, como lo indica el artículo 550 del Código Civil; y el artículo 547 de este mismo Código establece que las sociedades industriales son personas jurídicas que se rigen, según su naturaleza, por las disposiciones pertinentes del Código Civil o del Código de Comercio.

Por otra parte, la ley exige en el artículo 2062 del Código Civil y en el artículo 352 del Código de Comercio, que la sociedad tenga una firma o razón social. Esta firma o razón social no se puede constituir "a posteriori", debe existir en el momento de

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nacer la sociedad. Y diversas otras disposiciones llevan a la misma conclusión.

Dos excepciones confirman la regla: en primer lugar, las sociedades de hecho, que imponen responsabilidad solidaria a quienes las constituyen, que son nulas entre los socios y que autorizan a éstos para pedir la liquidación de la sociedad en conformidad a la regla del cuasi contrato de comunidad. Y, en segundo lugar, las asociaciones o cuentas en participación. Este contrato, por expreso mandato del artículo 509 del Código de Comercio, no requiere instrumento público y no constituye persona jurídica, carece de patrimonio colectivo, carece de domicilio y, como digo, estas dos excepciones confirman la tesis de que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y que esto es elemento esencial del contrato de sociedad.

Fluye de lo expuesto que los socios no tienen un derecho de copropiedad o de condominio sobre los bienes sociales y, por lo tanto, no pueden celebrar actos o contratos de disposición o que graven ni la cuota de ellos ni su participación en los beneficios. Y a la misma conclusión se llega si recordamos lo que dispone el artículo octavo del Código de Procedimiento Civil, según el cual los Gerentes de las sociedades civiles y comerciales y los Presidentes de Corporaciones o Fundaciones, se entienden autorizados para litigar, con las facultades que les otorga el inciso primero del artículo séptimo del mismo Código y cualesquiera sean las estipulaciones que se contengan en el acto constitutivo de la sociedad. Y una disposición semejante se encuentra en el artículo 124 del Código de Tribunales.

Como consecuencia también de la personalidad jurídica, las sociedades tienen un nombre y un domicilio y podríamos agregar que las sociedades tienen también una nacionalidad.

Se ha dicho asimismo durante más de medio siglo en nuestro país, que uno de los requisitos esenciales del contrato de sociedad es la "afectio societatis". Según la mayor parte de los autores la afectio societatis tendría su origen remoto en una opinión de Ulpiano. Un autor contemporáneo dice que la "afectio societatis" tiene su origen en un texto de Justiniano, según el cual la "afectio societatis" sería la intención de formar sociedad.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Guillovard, un autor francés, estima que en Francia la doctrina de la "afectio societatis" tiene su fundamento en un comentario de Rau sobre una sentencia de la Corte de Casación de Francia, que estableció que la "afectio societatis" era la intención de los contratantes de formar precisamente un contrato de sociedad.

Los tratadistas franceses han debatido largamente este punto, tampoco es de extrañar, porque la ley francesa es incompleta. La ley francesa prácticamente no contiene otra disposición que permita analizar, debidamente, el contrato de sociedad que el artículo 1832 del Código Civil, según el cual la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común con el propósito de repartir los beneficios provenientes de ello. Una disposición parecida a la que contiene el inciso primero del artículo 2053 del Código Civil chileno.

De las doctrinas relativas a la "afectio societatis" podemos decir que han ido evolucionando lentamente con el correr de los años y como Uds. lo van a ver representan un esfuerzo de los autores franceses para establecer un cuerpo coherente de doctrina, que no encuentra fundamento en la ley civil ni en la ley mercantil. Primeramente, recordemos que según Pont dice que la "afectio societatis" radica en la voluntad de unirse con la intención de obtener una ganancia. Ya aquí podemos observar, desde luego, un vicio fundamental en esta doctrina, que es el de situar el problema de la afectio societatis en el ámbito intencional, lo cual significa en último término confundir la afectio societatis con el consentimiento.

Según Hamel, tratadista muy en boga entre nosotros, "la afectio societatis" es la intención de unirse con la voluntad de aprovechar las ventajas que se derivan de la unión de los esfuerzos y de los capitales, corriendo los mismos riesgos. También aquí se habla de la voluntad que como Uds. saben, no es otra cosa que la intención y, en el fondo, no es otra cosa que el consentimiento. Correr los mismos riesgos, no tiene significación alguna, no tiene ninguna relevancia, porque en todos los contratos en que existe el ánimo de lucro, esto es prácticamente en todos los contratos de la vida contemporánea, se corren ciertos riesgos.

Otro autor, Beaudant, dice que la "afectio societatis" es la

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

voluntad de colaborar en un cierto pie de igualdad. Esto del espíritu de colaboración y esto de la situación de igualdad se ha repetido a través de la opinión de diversos autores y las analizaremos un poco más tarde.

Otros autores, mercantilistas en especial, no se ocupan, lisa y llanamente, de la "afectio societatis". Alauzet, no la menciona, ni siquiera para hacer la diferencia entre la sociedad y los tipos de contratos que se le asemejan. Pardessus habla de la intención de constituir sociedad, pero no menciona la "afectio societatis". Thaller y Percerou, autores modernos, después de reproducir el texto del artículo 1832 del Código Civil, expresan que de esta disposición legal la doctrina ha desprendido los tres conceptos fundamentales de la afectio societis, que son: la existencia de un capital integrado por los aportes; la participación simultánea de los socios en las utilidades y en las pérdidas y un vínculo de colaboración activa entre todos los socios.

Ya vemos aquí cómo el concepto de "afectio societatis" se va trasformando poco a poco.

Y refiriéndose a la voluntad de colaboración activa, dicen Thaller y Percerou que se trata de una colaboración más bien económica que jurídica y que esta voluntad de colaboración activa un agente creador de riquezas, pero llevados por su entusiasmo, llegan a afirmar lo que yo estimo, con el debido respeto por estos tratadistas, como un verdadero disparate en el terreno económico, porque afirman ellos que esta unión de los esfuerzos y de los capitales va a significar, en último término, que la riqueza de los socios se va a acrecentar no en forma simple o aritmética, sino en forma geométrica.

Lyon-Caen y Renault están de acuerdo en que el artículo 1832 no proporciona los elementos suficientes para diferenciar la sociedad de otros contratos porque, según ellos, le falta la concurrencia en las pérdidas y le falta, igualmente, la intención precisa de formar una sociedad; y agregan que esa intención consiste en situarse los socios en un pie de igualdad entre ellos y en en el querer desempeñar una función activa en la empresa.

Paul Pic de quien podemos decir que es quien más ha influido en los tratadistas posteriores, argumenta que la "afectio societatis" es la colaboración activa, consciente e igualitaria entre to-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dos los socios, para la realización de la finalidad de la sociedad que consiste en obtener utilidades.

Constaría la "afectio societatis", según Paul Pic, de tres elementos: una colaboración activa y consciente, que consiste en la voluntad de los socios de colaborar en la obra social, aunque reconoce este glosador que esta voluntad difiere en los distintos tipos de sociedad; luego después, la voluntad de colaborar en un pie de igualdad, pero con una ingerencia mínima en la administración de la empresa; y por último, esta voluntad o esta colaboración debe ser interesada porque debe estar encaminada a la obtención de beneficios.

Lacour y Bouterón afirman que la colaboración debe consistir en la intención de trabajar conjuntamente y en un pie de igualdad por el éxito de la empresa social.

Un punto de vista, un punto de vista hasta cierto punto distinto del de los demás, expresan los tratadistas contemporáneos Bonen Carrere y Laborde-Lacosta, quienes dicen que la colaboración consiste en abstenerse de todo acto que pueda importar un perjuicio a la sociedad. Este punto de vista encontraría entre nosotros un apoyo en la disposición del numerando cuarto del artículo 404 del Código de Comercio, que se refiere a la prohibición de que los socios ejecuten actos contrarios a los intereses de la sociedad.

Otros autores como Escarra, Escarra y Rault, repiten la idea de la colaboración activa, consciente e igualitaria entre todos los socios. Estos tratadistas reconocen que la colaboración es un elemento del orden psicológico, pero tratan de explicarlo diciendo que la finalidad que se persigue es económica, es del orden lucrativo.

Muy diversa es la doctrina de los autores italianos. Entre ellos puede decirse que la unanimidad de los glosadores son categóricamente contrarios a la doctrina de la "afectio societatis". Vivante no menciona la "afectio societatis" entre los elementos constitutivos esenciales del contrato de sociedad; Salvadori estima que la "afectio societatis" emana de fragmentos de Ulpiano que han sido mal interpretados y conducen a la conclusión de que la "afectio societatis" equivale lisa y llanamente al consentimiento que se requiere para la existencia de todo contrato.

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ascarelli es todavía más terminante. Lacónicamente opina que la "afectio societatis" es un duplicado del consentimiento". De Gregorio, por su parte, en términos bastante enérgicos dice que la afectio societatis es una especie de síntesis terminológica; y Messineo lo considera como un elemento superfluo para la apreciación de lo que debe entenderse por sociedad.

En España vale la pena citar la opinión de Garrigué, quien señala que la doctrina de la "afectio societatis" no pasa de ser mera tautología, es decir, una simple confusión y repetición de conceptos; y agrega, yo diría que con mucha gracia, que naturalmente, cuando se trata de formar una sociedad, los socios deben tener la intención de formarla.

En la Argentina, la casi totalidad de los comentadores siguen la corriente clásica, pero recientemente un autor, Horacio Fargosi, en un breve volumen que se llama "La Afectio Societatis", sienta una teoría interesante. Sostiene que por el sólo hecho de su incorporación a la sociedad, los socios contraen una determinada condición, que consiste en una obligación de hacer o de no hacer y, en especial, la de posponer sus intereses personales a los intereses de la sociedad, a adoptar una conducta tendiente en todo momento a permitir la cumplida realización del objetivo societario. En buenos términos, considera Fargosi que el socio debe observar una determinada conducta, consistente en el ejercicio correcto y normal de sus obligaciones y en el respeto de sus derechos y de sus obligaciones. O, sintetizando, la afectio societatis vendría a ser la obligación que tiene cada uno de los socios de adecuar su conducta a los intereses superiores de la sociedad.

Veamos, someramente, cuáles son los inconvenientes, los errores de esta doctrina. Desde luego, todas las teorías giran alrededor de un elemento psicológico, los autores no pueden evitar hablar de voluntad, hablar de intención, hablar de colaboración. La intención de formar una sociedad situándose los socios en un pie de igualdad, no resiste el análisis porque no podemos ver que exista igualdad en los distintos tipos de sociedades; no hay igualdad ni siquiera en las sociedades colectivas, porque la situación es muy diferente entre el socio que administra y el socio que no administra; no la hay, desde luego, en las sociedades comandita-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rias, donde la situación de los socios gestores es totalmente diversa de la situación de los comanditarios; y mucho menos la hay en las sociedades anónimas, donde la dirección de la empresa está entregada a un Directorio compuesto de unas pocas personas y donde la inmensa mayoría de los accionistas se desentienden por completo de la dirección de la empresa.

La igualdad en la colaboración económica, doctrina en síntesis de Paul Pic, nos lleva a las mismas observaciones, no hay igualdad económica, no la puede haber en los distintos tipos de sociedades, salvo en aquellos contratos que se pactan en consideración a la persona.

La doctrina de la colaboración activa, consciente e igualitaria sugiere un comentario parecido, el socio comanditario no colabora de ninguna manera a la gestión de la sociedad; los accionistas de las sociedades anónimas no colaboran en forma alguna, se limitan a recibir los dividendos. La voluntad de unión, acompañada del deseo de correr ciertos riesgos, doctrina de Hamel. Ya hemos visto que los riesgos se corren en todos los contratos que persiguen un propósito de lucro, y el mismo Hamel lo reconoce y dice que le corresponderá al juez determinar si hay o no hay sociedad y que, en muchos casos, el juez podrá encontrar la intención de formar sociedad en uno de los contratantes y podrá no encontrarla en el otro.

Las mismas observaciones rigen cuando se considera a la sociedad como instrumento de ejecución del contrato social.

La teoría de Fargosi también sitúa el problema en el ámbito intencional y por otra parte, la necesidad de que los socios adopten una determinada línea de conducta la podemos encontrar en otros tipos de sociedades, por ejemplo, en el contrato de mandato, en el contrato de prestación de servicios y en cualquier tipo de arrendamiento. El arrendatario está obligado a ejercer sus derechos con ciertas limitaciones; el arrendatario, como el arrendatario de servicios, como el mandatario, tiene que cumplir determinadas exigencias de la ley para desempeñar cumplidamente sus funciones.

En Chile se viene enseñando que la "afectio societatis" es requisito esencial del contrato, que yo sepa, desde hace más de medio siglo. Don Gabriel Palma decía en su cátedra de Derecho

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Comercial, en la Universidad de Chile, que la "afectio societatis" es la intención precisa de formar, precisamente, una sociedad. Es obvio que estos conceptos no pueden servir de base a una doctrina, la intención, el consentimiento, la voluntad, como lo hemos dicho, forman una sola cosa.

Raúl Varela, en su cátedra de Derecho Comercial, expresa que la "afectio societatis" no resiste el análisis cuando se la considera como un elemento psicológico, pero que puede fundamentarse como elemento objetivo y dice entonces que es la colaboración activa en un pie de igualdad con la mira de repartir los beneficios que en la sociedad obtenga como consecuencia de esa actividad. Esto es una fusión de las ideas de Hamel y de Paul Pic. No me parece a mi que pueda verse en la colaboración activa un elemento objetivo. El propósito de colaborar es un elemento psicológico y la colaboración no es un elemento que exclusivamente pueda afectar a la sociedad.

Julio Olavarría se pronuncia contra la "afectio societatis" y considera que se trata de una redundancia relativa al consentimiento.

Arturo Alessandri expresa que la "afectio societatis" es la intención de formar una persona distinta de los socios. Yo repito aquí lo que he leído en los apuntes que se han tomado en sus clases, porque salta a la vista que la intención de formar una persona distinta de los socios es algo que se refiere a la personalidad jurídica de las sociedades.

En nuestra jurisprudencia quiero recordar un caso un tanto remoto. El año 1911 se falló una causa que defendió, precisamente, don Gabriel Palma, quien sostuvo que un determinado contrato no era sociedad, sino que era un préstamo con garantía hipotecaria.

Parece extraño que se haya podido sostener que un préstamo con garantía hipotecaria era un contrato de sociedad, pues se sostuvo ante los Tribunales y don Gabriel Palma hizo la defensa sobre la base de una abundante cita de los autores franceses partidarios de la afectio societatis. Lo curioso es, no que ganara su pleito, sino que la sentencia de la Corte Suprema que acogió la defensa, los puntos de vista que en el fondo sustentaba Gabriel Palma, la sentencia no dice una palabra sobre la "afectio so-

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cietatis"; declara sí, analizando el contrato, que en él no hay ni participación en las pérdidas, ni concurrencia en las ganancias, ni capital formado por los aportes de los socios.

Posteriormente, se ha fallado en forma uniforme que la "afectio societatis" es un requisito esencial del contrato. Yo estimo que esto es la consecuencia, seguramente, de una biblioteca incompleta, o el fruto del estudio de los autores franceses que sostenían, con el objeto de fundamentar una doctrina que permitiera en Francia diferenciar la sociedad de otros contratos que se le asemejan, sostenían esta doctrina de la "afectio societatis".

Nosotros pensamos que la afectio societatis es requisito esencial del contrato, en primer término, porque no hay ninguna disposición legal que establezca que la afectio societatis es condición fundamental de la sociedad. En segundo lugar, porque la historia fidedigna del establecimiento de la ley permite llegar a la misma conclusión.

En el proyecto de 1941 se definía a la sociedad y se indicaban como condiciones esenciales del mismo el capital formado por los aportes de los socios, la participación en las utilidades y la concurrencia en las pérdidas. En los proyectos del año 1846 y del año 1853, no se dijo absolutamente nada a este respecto. En el Proyecto Inédito desapareció el concepto de la participación en las pérdidas y se definió a la sociedad exactamente en los mismos términos en que lo hace el artículo 2053 del Código Civil. Por consiguiente, la historia fidedigna del establecimiento de la ley no proporciona ningún antecedente para decir que la "afectio societatis" constituya un elemento esencial del contrato.

La situación de nuestra legislación; el ordenamiento jurídico chileno es, como lo explicaba al principio, completamente diverso del que existe en Francia. Allá no existe el título que trata de las personas jurídicas; allá no existe una disposición que se refiera a la afectio societatis; allá no existe sino la definición incompleta y vaga del artículo 1832 y esto es lo que ha determinado a los autores a elaborar un cuerpo de doctrina que permita diferenciar la sociedad de los demás contratos.

Nosotros no tenemos necesidad de recurrir a la afectio societatis para hacer esta diferenciación. Así, por ejemplo, la sociedad se diferencia del mandato en que hay remuneración con

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

participación en los beneficios, porque en éste no existen los aportes, no existe el capital, no existe la concurrencia en las pérdidas, no existe la persona jurídica. Se diferencia de la asociación o cuentas en participación por las razones que ya hemos visto y que se contienen en el artículo 509 del Código de Comercio; se diferencia de la prestación de servicios, especialmente de la prestación de servicios entre empleador y empleado, o entre patrón y obrero, en que en estos casos la ley exige un vínculo de subordinación o dependencia, para no hablar de los demás elementos. Se diferencia del arrendamiento simple en que aquí no hay capital, no hay aportes y no hay persona jurídica; y se diferencia de la comunidad, en que no hay un fondo común constituido por los aportes de los socios y en que no hay tampoco personalidad jurídica.

Y por último, estimamos nosotros que los artículos 1560 hasta 1566 del Código Civil, que contiene las reglas de hermenéutica sobre interpretación de los contratos, le bastan y sobran al juez para distinguir cuándo hay y cuándo no hay sociedad.

Digamos ahora, ya que el tiempo apremia, dos palabras sobre los requisitos de forma. Se ha dicho en la cátedra que las sociedades civiles son consensuales, reconociéndose que las sociedades mercantiles son siempre solemnes. Nosotros no estamos de acuerdo con este punto de vista, nosotros creemos que hay razones de texto suficientemente graves como para sostener que la sociedad es un contrato formal, es un contrato que requiere un acto escrito.

El artículo 2072 del Código Civil, dispone que el socio a quien se ha confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad no puede renunciar a su cargo, a menos que lo haga por una causa prevista en el acto constitutivo o en un acto posterior. ¿Qué ha querido decir la ley con esto del "acto constitutivo"? y no se crea que lo dice únicamente en el artículo 2072, donde repite el concepto; lo dice también en el artículo 2073, al expresar que en el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, podrá continuar la sociedad con tales y cuales requisitos; y en el inciso segundo de este mismo precepto legal se vuelve a hablar del acto constitutivo. Pero no es esto sólo: en el artículo 2071 del mismo

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Código se anota que la administración de la sociedad podrá ser conferida a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por convención posterior. Aquí encontramos una nueva terminología, aquí se nos habla de la "convención posterior" al contrato de sociedad; y de convención posterior habla también el artículo 2074, que se refiere a la administración conferida a los socios por convención posterior; y habla también el artículo 2075; y habla igualmente el artículo 2076. Entonces, cuando la ley emplea estos términos de "acto constitutivo" y de "convención posterior" ¿no ha querido decir nada? Si la ley entendiera que la sociedad se puede constituir por el simple consentimiento de los socios, sin formalidad de ninguna especie ¿estaría empleando esta terminología? En ningún Código, en ninguna ley, al referirse a otros contratos, se emplean las expresiones "acto constitutivo" y "convención posterior".

Pero, hay más. Dice el inciso segundo del artículo 2071 que cuando la administración de la sociedad colectiva se confía a uno o más de los socios por el contrato de sociedad, las facultades administrativas del socio forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos, agrega, de expresarse otra cosa en el mismo contrato; si el contrato de sociedad fuera meramente consensual, ¿cómo podría saberse a quién se encomienda la administración?

Esto no es todo. El artículo 2077 señala que el socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato y cuesta formarse el concepto de que los términos del mandato de un socio administrador puedan ser términos de palabra y no términos escritos. El artículo 2079, por su parte, indica que en todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, el socio obligará a la sociedad. Este poder especial del socio administrador ¿podemos concebirlo como otorgado de palabra? Y el artículo 2076 expresa que si la administración es conferida en el contrato de sociedad o por convención posterior a dos o más de los socios, cada uno de los administradores podrá ejecutar por sí solo cualquier acto administrativo, salvo que se haya ordenado otra cosa en el título de su mandato; cuando la ley habla de título, ¿se está refiriendo a un título verbal?

Luego después, el artículo 2065 nos dice que no expresándose

Artículo: La sociedad y sus elementos esenciales
Revista: Nº117, año XXIX (Jul-Sep, 1961)
Autor: Arturo Davis Calderón

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

plazo o condición para que tenga principio la sociedad se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato; ¿podemos suponer un contrato verbal con fecha? A mí me parece evidente que no. Y el artículo 2068 preceptúa que a falta de estipulación expresa se entenderá que la división de los beneficios y pérdidas debe hacerse a prorrata de los valores que se han aportado a la sociedad. Esta estipulación expresa ¿podemos concebirla como un estipulación verbal?

Otras disposiciones confirman nuestro punto de vista. Según el artículo 2078: corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad. ¿Cómo podemos saber cuál es el capital fijo de la sociedad, si este capital no está señalado por escrito?

Recordemos que todas estas estipulaciones, como la generalidad de las que se contienen en el contrato de sociedad, tienen interés para los terceros y los terceros no pueden conocer ni el acto constitutivo, ni la convención posterior, ni el título del mandato del socio administrador, ni las estipulaciones expresas, ni el capital fijo, si todas estas cosas no constan por escrito.

Finalmente, el inciso 2º del artículo 2098 permite prorrogar el plazo de duración de la sociedad, siempre que ello se haga **con las mismas formalidades** que para la constitución primitiva. Y siendo así ¿puede concebirse que no sea solemne una sociedad que no puede constituirse sin el cumplimiento de ciertas "formalidades"?

Veo que ha llegado la hora y pongo término a estas brevísimas charlas.

Les agradezco sinceramente la atención con que me han escuchado y les ruego que me crean si les digo que esto habrá de constituir para mí una profunda y perdurable satisfacción espiritual.