

**Nº 204**  
**AÑO LXVI**  
**JULIO-DICIEMBRE 1998**  
**Fundada en 1933**



# REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

tra. La sentencia actual, que no fue recurrida por la demandada ante la Corte Suprema, contribuye entonces a fijar lo que ya es la doctrina cierta entre nosotros, a propósito de la responsabilidad precontractual, siguiendo por lo demás a la que es común en el derecho comparado desde hace tiempo; pero que aquí sólo en los últimos años se ha recogido.

**4. ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION. IMPOSIBILIDAD DE ALTERAR EN LA REPLICA LA ACCION DE DEDUCIDA. LA ASOCIACION REQUIERE ELEMENTOS PROPIOS DE UNA SOCIEDAD Y NO ES TITULO TRASLATIVO. NO SON ADMISIBLES FUNDAMENTOS CONTRADICTORIOS PARA UNA MISMA PRETENSION**

DOCTRINA: Es legalmente inadmisibles alterar en la réplica la acción deducida, cambiando el objeto para el cual se dice celebrado un contrato de asociación o cuentas en participación. La asociación es una forma particular de sociedad que carece de personalidad jurídica y patrimonio colectivo, administrada por uno de los socios bajo su nombre y responsabilidad. No tiene tal carácter un simple acuerdo para adquirir un inmueble en común y la posible plusvalía del mismo no es la utilidad a que se refiere una asociación pues ésta dice relación con la división de los beneficios de un negocio. Si se alega la existencia de una asociación como pacto mercantil, no puede luego pretenderse que tenga un objeto civil. Si bien procesalmente puede admitirse que se sostenga la proposición conjunta de un mandato y de una asociación o cuenta en participación para un mismo objeto, desde el punto de vista del fondo de la acción ello no es admisible porque implica proponer dos causas de pedir para un mismo objeto, dejando la elección al juez, el que está inhabilitado para hacerlo. El juez no puede tomar en un proceso civil un rol inquisitivo ordenando medidas para mejor resolver inconsultas y para medios de prueba no admitidos por la ley civil.

Corte de Concepción, autos rol civil 196-99 Quezada con Tapia.

COMENTARIO: He aquí una cuestión poco común que comprende problemas procesales y de fondo respecto de un contrato infrecuente como es el de asociación o cuentas en participación.

Un comerciante demanda pidiendo al tribunal que ordene a la demandada a transferirle el cincuenta por ciento de un inmueble bajo la base que celebró con ella un contrato de asociación o cuentas en participación para la compra de ese bien. Agrega que de los hechos que relata resulta que se celebró un mandato para comprar el inmueble obrando la demandada a nombre propio. Como la demandada, junto con negar la existencia de tal asociación, sostiene que ésta no puede tener jurídicamente tal objeto, en la réplica sostiene que la asociación se celebró para contratar un mutuo que permitiese esa adquisición.

El tribunal de primera instancia, por su parte, en una actuación desusada, ante la falta de pruebas de la demandante, como medida para mejor resol-

ver ordenó se agregara a los autos una cinta magnetofónica con conversaciones entre las partes y una pericia para determinar la fidelidad de esa cinta. Termina por acoger la demanda.

Tal sentencia es la que la Corte de Concepción revoca.

Es con razón que la Corte censura la actitud del juez de primera instancia al ordenar pruebas que la ley civil no admite y bajo pretexto de medidas para mejor resolver. Estas no permiten al juez de la causa sustituirse a las partes, para indagar hechos que ellas no han propuesto en sus propias pruebas y todavía con medios de que no solamente no están permitidos por la ley civil, sino, además, incluso censuradas por la norma penal. En efecto, el art. 161 A introducido al Código Penal por la ley 19.423 sanciona como delito el hecho de grabar conversaciones sin autorización de los afectados. En el caso el juez de la causa admitía por la vía de medidas para mejor resolver, como medio de prueba de la existencia de la asociación o cuentas en participación, aquella cinta magnetofónica acompañada por la demandante y luego la hacía examinar por un perito. Pero además, como la demandante no logró llevar adelante la prueba confesional de la demandada, el juez por la vía de esas medidas para mejor resolver, ordenó él la diligencia, olvidando que el art. 159 del Cód. de Proc. Civil la permite, siempre que sea "sobre hechos que no resulten probados", de lo que habría debido deducirse que, al ordenarla, el juez entendía que las demás probanzas rendidas no habían acreditado los hechos constitutivos de la asociación. Y, como la absolución no surtió efecto probatorio en la materia, no habría podido acoger la demanda. La Corte le recuerda a ese juez que si bien tiene jurisdicción mixta, civil y penal, cuando conoce de juicios civiles ha de regirse por los principios de la pasividad y no puede tomar una actitud indagatoria propia del juicio penal. Ya con anterioridad se había resuelto que las medidas para mejor resolver no pueden ordenarse de modo que rompan el principio de igualdad de los litigantes y hagan revivir para una el período de prueba (C. Pedro Aguirre Cerda, 22 marzo 1984, *Rev. de Der.* t. 81, sec. 3ª, pp. 33).

En suma, bien podía aplicarse a la causa el consejo de don Quijote a Sancho de que a veces "más vale una cuarta de juez que una vara de justicia".

Pero además de esa curiosidad, la sentencia aborda el examen de los requisitos del contrato de asociación o cuenta en participación.

Este contrato está reglamentado en el párrafo 8 del título VII del Libro II, arts. 507 y siguientes del Cód. de Comercio, es decir, a propósito de las normas del contrato de sociedad. A pesar que en doctrina se ha discutido sobre su naturaleza jurídica, entre nosotros y siguiendo en ello a la legislación española, se trata de una forma de sociedad, que por lo mismo debe reunir todos los elementos esenciales de ésta: aportaciones de los contratantes, objeto común y reparto; pero que carece de personalidad jurídica. Es pues una sociedad interna entre los partícipes; pero que no produce efectos para terceros los que sólo se relacionan con el gestor (Así, Solá de Cañizares, *El Contrato de Participación en el Derecho Español y Comparado*, pp. 15 y sgts., Madrid, 1954; J. Garrigués, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 4, 7ª. Edic., Bogotá,

1987, pp. 56 y sgts.; A. Puelma A., *Sociedades*, t. 1º. N° 97 y sgts., esp. N° 98, Santiago, 1996). El art. 44 inc. 1º de la ley francesa de 24 de junio de 1921, la define diciendo que "las asociaciones en participación son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros".

De este modo, la finalidad del contrato es la realización de operaciones mercantiles para repartir entre los partícipes los beneficios y soportar las pérdidas si llegaren a producirse (art. 507 C. de Comercio). Es verdad que los autores están de acuerdo en que, si bien se reglamenta en el Código de Comercio, nada impide formarla para objetos civiles; pero de todas formas, su finalidad es la participación en las utilidades o beneficios.

Es pues con razón que la Corte entiende que la demanda, tal cual fue propuesta, no podía acoger la existencia, en el caso, de una asociación o cuentas en participación, porque para ello existían impedimentos procesales y substantivos.

En cuanto a estos últimos, se pretendía, por una parte, que los contratantes habían convenido la compra de un inmueble en común y que éste era el objeto del contrato de asociación, de modo que la demandada tenía ahora la obligación de repartir las utilidades que, en el caso, debían consistir en entregar en propiedad al demandante la mitad de los derechos de dominio. Y el juez de la causa había admitido esa argumentación, sosteniendo, frente a la alegación de la demandada, que no había allí división de beneficios, sino la pretensión de hacer de la asociación un título traslativo de dominio, que éstos estaban constituidos por la posible plusvalía del inmueble.

Confundía así la sentencia la utilidad que siempre tiene la adquisición de un inmueble, con el elemento esencial de la sociedad que es la división de los beneficios. "Beneficios distribuibles -dice una obra-: en una sociedad, beneficio neto del ejercicio (disminuido con las pérdidas anteriores y los retiros previos afectados a la constitución de la reserva legal y aumentado por los reintegros beneficiarios de los ejercicios anteriores)" (*Vocabulaire Juridique*. Association Henri Capitant, 6ª. Edic., París, 1996). Se trata siempre del resultado de un ejercicio o diferencia positiva entre el monto de las entradas producidas por las actividades de la sociedad (en el mismo sentido, A. Puelma A., ob. cit. t. 1 N° 283).

De este modo, lo que en una sociedad adquiere el socio o accionista es un crédito en contra de ella para pagarse en dinero y como producto del balance del ejercicio respectivo; pero también ha de existir la posibilidad de tener que soportar las pérdidas. Cuando no hay riesgo de pérdidas, sino el ejercicio de un hecho o la creación de un título que origine la obligación de transferir el dominio, no puede existir asociación, ya que no existe el elemento esencial de la participación referida.

En el caso, la parte demandante pretendía que el negocio jurídico celebrado al que daba la naturaleza de una asociación o cuentas en participación, generaba para la demandada la obligación de transferirle los derechos cuotativos sobre un inmueble adquirido por ésta, obligación que provenía del derecho que para aquélla surgía de participación en las utilidades. Era evidente, en-



tonces, que no podía existir asociación, porque de darse lugar a la pretensión de la demandante, se transformaría el contrato en un título traslativo de dominio que generaría la obligación de hacer la tradición. Se sabe que las partes no pueden generar a su amano títulos traslativos, porque el art. 703 inc. 3° del C. Civil ordena que sean tales aquellos que "por su naturaleza" sirvan para transferir el dominio. Con ello se está indicando que el título traslativo depende de que el contrato que precede a la tradición y la justifica, tenga una finalidad económica o social que sólo pueda obtenerse mediante la transferencia de una cosa en dominio. Pero no ocurre así con la asociación en la que surge un mero derecho a una participación de un resultado económico que puede ser positivo, como puede ser generador de pérdidas. No es entonces posible entender que el negocio asociativo ha tenido como finalidad única adquirir en común un inmueble y la argumentación del juez de primera instancia que la Corte censura específicamente en ello, de acuerdo a la cual la utilidad estaría comprendida por la plusvalía de toda adquisición de un inmueble resultaba absurda, pues determinaba entonces que toda adquisición de un inmueble en común sea un caso de participación. En una compraventa no hay riesgo de ganancia o pérdida, como no sea en la hipótesis aleatoria del art. 1813 del Cód. Civil. Lo que puede existir es una compraventa más o menos conveniente para una de las partes o aún una de tal modo desequilibrada en sus prestaciones, que genere una nulidad por lesión; pero ello no significa que haya allí participación en utilidades o pérdidas. No ocurre así en la participación pues, como dice Ripert, refiriéndose al socio -y lo mismo vale para el partícipe-, "el derecho del asociado está colocado en la categoría de los derechos de crédito... El asociado tiene un derecho sobre el patrimonio social; pero como ese derecho no es uno de propiedad, se le llama entonces de crédito, desde que la división de los derechos en el código es bipartita" (*Droit Commercial*, t. 1 N° 685, 6ª. Edic. por R. Roblot).

Por otra parte, la obligación que surge de una asociación o cuentas en participación de pagar la parte de utilidades a los partícipes será siempre una de dar; pero jamás de hacer, como era la que pretendía la parte demandante en la forma en que planteó su pretensión y que consistía en que del contrato surgía la obligación de otorgarle una escritura pública de transferencia de un derecho de dominio y ésta, como se ha resuelto, es siempre una obligación de hacer (C. de Valparaíso, 16 de septiembre 1966, *Rev. de Der.* 63, sec. 2ª. p. 67; C. Suprema, 14 junio 1961, *Rev. de Der.* t. 58, sec. 1ª. p. 179).

Pero, además, la cuestión planteaba el problema de la admisibilidad de la testimonial para probar el contrato. Si se admite generalmente que el contrato de asociación o cuentas en participación, a pesar de la letra del art. 507 del C. de Comercio que sólo lo concibe para operaciones comerciales y entre comerciantes, puede no obstante celebrarse para objetos civiles, se presenta entonces el problema de la admisibilidad de la testimonial. El art. 509 del C. de Comercio señala que este contrato es consensual, lo que determina que pueda probarse, en materia mercantil, por todos los medios de prueba y que no rija allí las limitaciones a la testimonial.

nial del Código Civil (art. 128 Cód. de Comercio). Pero si se admite que pueda celebrarse para objetos civiles, habrá de seguirse la consecuencia que en tal caso, tratándose de una verdadera sociedad, aunque sin personalidad jurídica, su naturaleza civil está determinada por lo que manda el art. 2059 del C. Civil. Algunos han postulado que aún si se forma para objetos civiles sigue regida por el C. de Comercio (Así, A. Puelma A., ob. cit. t. 1 N° 100); pero parece más lógica la doctrina que entiende que, convenida para negocios civiles, queda sometida a las normas civiles de la prueba, ya que la libertad probatoria establecida en el código mercantil está dada con respecto al contrato precisamente definido en él y no para uno de objeto civil (Así, G. Ripert, ob. cit. N° 869, p. 421; F. Solá de Cañizares, ob. cit. p. 120). El art. 128 del Cód. de Comercio admite libremente la testimonial "en negocios mercantiles" y un contrato de asociación para un objeto civil no queda entonces comprendido en esa regla.

El tribunal de segunda instancia prefirió no internarse en resolver esa cuestión, porque le pareció más simple analizar la testimonial rendida, para concluir que ninguna de las declaraciones acreditaba los elementos de una asociación; pero nos parece evidente que, en los supuestos del caso, tal prueba era impertinente, visto lo que se previene en el art. 1709 del Cód. Civil.

Pero además, la sentencia recuerda la regla que está contenida en el art. 312 del Cód. de Proc. Civil: en la réplica no es posible alterar la acción o acciones que sean objeto principal del pleito. Y se altera una acción desde el momento mismo en que se cambia su fundamentación. Si en la demanda se sostiene la existencia de un contrato de asociación con objeto civil, no es posible que, ante la contestación de ella por el demandado, en la réplica se sostenga que él se convino para un objeto diverso, ahora mercantil. Ello implica alterar la causa de pedir, pues si formalmente sigue siendo un contrato de asociación, en el fondo, entre una y otra alegación hay un contrato diverso, porque se ha cambiado el objeto o contenido de él. La limitación que la ley procesal pone a la réplica es conocida; pero no por ello menos vulnerada en la práctica y los tribunales han debido recordarla a los litigantes constantemente (Sobre ello, R. Domínguez Benavente, "La réplica no es defensa", esta revista N° 173, 1983, pp. 39 y sgts.).

Por último, la sentencia contiene el recuerdo para la demandante, que es la parte que debe colocar al juez en la posibilidad de elegir entre dos peticiones contradictorias, según cuál entienda ser procedente en el caso. Pero para ello, ha de deducir acciones inconciliables o contradictorias en forma subsidiaria, como lo manda el art. 17 inc. 2° del Cód. de Proc. Civil. Mas si para una misma cosa pedida se contienen en la demanda dos fundamentos inconciliables, la acción es inadmisble porque el juez no está habilitado para escoger uno y no el otro, ya que no puede sustituirse a la parte, que no recurrió a lo que le permite aquella disposición. No hay aquí un mero capricho procesal, sino la simple aplicación del más elemental principio lógico que, según el conocido *dictum* de Parménides se traduce en la frase "el ser es, el no ser no es". El principio o *arké* de las cosas determina que algo pueda ser y no ser a la vez.

En el caso, la demandante, para pedir que se condenara a la demandada a suscribir una escritura pública de transferencia de la mitad del derecho de dominio sobre un predio, sostenía la existencia de una asociación o cuentas en participación; pero también la de un mandato conferido a la demandada para actuar por cuenta propia. Es verdad que el art. 2151 del Código Civil permite al mandante ordenar al mandatario que ejecute el encargo contratando a nombre propio, es decir, sin aducir, frente a terceros, la existencia del mandato, sin *contemplatio domini*. Pero en todo caso, la existencia de un mandato, aún en tal supuesto, es inconciliable con la asociación o cuenta en participación. Si bien externamente hay semejanzas entre ambos, desde que frente a terceros no aparece en un caso el mandato y en el otro la sociedad, porque actúa en aquel el mandatario sin revelar su calidad y en ésta el gestor (art. 510 Cód. de Comercio), en el fondo son contratos muy diversos, que incluso hacen contradictoria la fundamentación dada por la demandante a su pretensión. En efecto, el mandato es por esencia un encargo dado al mandatario; pero para actuar "por cuenta y riesgo" del mandante y ése es un elemento esencial de ese contrato, sea que el encargo se ejecute con representación del mandante o sin ella (Stitchkin D. *El mandato civil*, N° 32, p. 53, 3ª. edic., Santiago 1975). En el mandato es el mandante el que corre el riesgo del encargo y no el mandatario y ello aunque la remuneración del mandatario quede sujeta a un porcentaje de lo que se obtenga. Pero en el contrato de asociación el gestor actúa *en interés de la sociedad* y corriendo todos los asociados el riesgo de la misma. Como dice un autor: "En razón del necesario aporte que deben realizar todos los socios y que cada uno de ellos debe participar de las utilidades y soportar las pérdidas, se diferencia del mandato sin representación o a nombre propio y del mutuo..." (A. Puelma A., obra citada, t. 1 N° 100, p. 156. En el mismo sentido, D. Stitchkin, ob. cit. N° 62). Falta en el mandato la *affectio societatis* y el aporte.

Sostener entonces que la obligación demandada tenía como fuente a la vez un contrato de asociación y uno de mandato era dejar, en el fondo, sin base la acción deducida por infracción de aquel mínimo principio lógico. Y cabe recordar que éste tiene múltiples aplicaciones, tanto procesales como sustantivas. Entre aquéllas no sólo la del art. 17 del Cód. de Proc. Civil, sino también la que resulta de la constante jurisprudencia sobre la falta de consideraciones en aquella sentencia que las contenga de hecho; pero contradictorias o inconciliables y entre éstas, las que fundamentan la revocación tácita de un testamento por uno posterior o incluso la de la ley por un texto posterior.

La sentencia que se comenta, si bien en forma breve y más bien sugerente, abarca pues importantes aspectos de fondo y procesales que se unen e influyen. Sirve pues de modelo para demostrar que las compuertas que la teoría jurídica pone entre las diversas partes en que divide el derecho -en el caso procesal y civil- en la práctica son difusas, porque las reglas de unas influyen las de otra.