

§ IV.—DE LA PARTICIPACION EN LAS PERDIDAS.

155. El Código no habla de la participación de los socios en las pérdidas. Reprodujo la definición de Pothier; Domat agrega que los socios ponen en común alguna cosa para dividirse cuanto podrán tener de ganancia ó sufrir la pérdida de lo que pusieron en sociedad. Los oradores del Tribunalado dicen que a propósito los autores del Código no han mencionado en su definición la participación en las pérdidas. El Tribunalado creyó, dice Giller, que el proyecto era más exacto cuando consideraba la comunicación de las pérdidas como una simple condición del contrato y no como su objeto. Sin duda, dice Boutteville en su informe al Tribunalado, las partes deben también participar de las pérdidas; pero como seguramente tienen sobre todo intención de repartirse utilidades, fuera difícil no encontrar exacta la definición. (1)

Entre los autores modernos unos critican la definición del Código Civil, mientras otros la aprueban. (2) Esto es un debate de teoría, pues en el fondo los intérpretes del Código están de acuerdo. Si el art. 1832 no habla de la participación en las pérdidas, el art. 1853 habla de ella; decide que la parte de los socios en las utilidades ó en las pérdidas es proporcional á su puesta, y resulta del art. 1855 que esta participación en las pérdidas es de la esencia de la sociedad. En efecto, la ley anula la convención que libertara de toda contribución á las pérdidas las sumas ó efectos puestos en el fondo social por uno ó varios socios. Diremos más adelante que la nulidad de la cláusula relativa á las pérdidas arrastra la nulidad de la sociedad; hasta puede sostenerse que la cláusula y, por tanto, la sociedad es más que

1 Guillet, Discurso núm. 5; Boutteville, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, páginas 247 y 254.

2 Duvergier, p. 23, núm. 13; Aubry y Rau, t. IV, p. 544, pfo. 377. Pont, t. VII, p. 6, núm. 4.

nula, que es inexistente. El Código se apartó en este punto de la doctrina de Pothier, quien enseña que se puede estipular que uno de los socios no participará de las pérdidas. Tal es también la opinión de Doneau; y este es el motivo por el que no comprendía la participación de las pérdidas entre los elementos esenciales del contrato de sociedad. (1) Los autores del Código, habiendo desechado esta opinión, debieron de preferencia haber adoptado la definición de Domat. Se dirá en vano que no se asocia uno para perder y que si los socios pudieran preveer que perderán no formarían un contrato de sociedad. Esto no impide que los socios deben preveer el caso de pérdida, puesto que toda empresa tiene sus malas suertes; siendo siempre posible la pérdida es necesario que la participación en las pérdidas esté fijada, tanto como la participación en las utilidades. Y la igualdad, que es la esencia de la sociedad, quiere que los socios contribuyan á las pérdidas, como toman parte en los beneficios. El art. 1855 ha consagrado este principio; luego la definición del art. 1832 es incompleta.

§ V.—CAUSA LICITA.

156. «Cualquiera sociedad debe tener un objeto lícito.» art. 1833). El art. 1108 coloca entre las condiciones esenciales del contrato un *objeto cierto* y una *causa lícita*. Lo que el art. 1108 llama *causa* el art. 1833 le llama *objeto*. En efecto, en los contratos sinalagmáticos la causa se confunde con el objeto en el sentido de que la causa de la obligación contraída por una de las partes es el objeto del compromiso de la otra parte. Traducimos á lo que ha sido dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de la teoría de la causa. Hemos criticado esta teoría y el art. 1833 viene en apoyo de nuestra crítica; la ley no habla de una *causa lícita* por-

1 Pothier, *De la sociedad*, núms. 19 y 25. Doneau, lib. X, c. XV, pfo. 7 (tomo VIII, p. 61).

que en la sociedad es evidente que la *causa* se confunde con el *objeto*. (1) Es inútil insistir en este punto. En la doctrina que hemos enseñado acerca de la causa y el objeto de las convenciones el objeto lícito ó la causa lícita forman una sola y misma condición, el objeto ilícito tiene la misma consecuencia que la causa ilícita: es que el contrato no puede tener ningún efecto (art. 1131); es inexistente, como se dice en el lenguaje de la escuela. Se tiene, pues, que aplicar á la sociedad cuyo objeto es ilícito los mismos principios que rigen los contratos inexistentes. La distinción entre éstos y los contratos nulos ha sido expuesta en el título *De las Obligaciones*.

157. ¿Cuándo es lícito el objeto de la sociedad? El objeto se confunde con la causa; debe aplicarse al objeto lo que el art. 1133 dice de la causa: el objeto es ilícito cuando está prohibido por la ley, cuando es contrario á las buenas costumbres ó al orden público. Hemos explicado esta disposición en el título *De las Obligaciones* al aplicarla á las sociedades ilícitas; fáltanos completar la exposición de la jurisprudencia (t. XVI, núms. 124-156).

Un decreto de 15 de Enero de 1808 establece en San Esteban una dirección bajo el nombre de *condición* para la desecación de las sedas; según el decreto el Director está nombrado por el Ministro del Interior y presentado en terna. Dos candidatos hacen una convención por la que estipulan que uno de ellos se desiste de su candidatura á condición de que si el otro queda nombrado será su socio en pie, de perfecta igualdad en los emolumentos. El trato después de ejecutado por algún tiempo fué atacado por el Director titular como ilícito, contrario al orden público y á las buenas costumbres. Se objetó que el empleo de que se trataba no tenía los caracteres de una función pública. La Corte de Lyon anuló la convención; basta que el empleo esté á dis-

1 Pont, t. VII, p. 30, núm. 40.

posición del Gobierno para que no se permita traficar con él: los oficios, cualesquiera que sean, están fuera del comercio, no pueden ser objeto de un contrato de sociedad como de ningún otro contrato. (1)

158. Hemos dicho en otro lugar que el espíritu de tráfico había invadido en Francia las oficinas ministeriales y las funciones públicas desde que una ley permitió á los titulares presentar un sucesor al gobierno, lo que establece de hecho la venalidad. Hé aquí un nuevo ejemplo. Dos personas adjudicatarias mediante la suma 15,000 francos de crédito por valor nominal de 700,000 francos en una quiebra forman con el escribano de diligencias una sociedad en participación. El escribano se encargaba de hacer, en interés de la sociedad, todas las actas de su ministerio que pudieran necesitarse, y debía recibir á título de remuneración, además del costo de las actas de procedimiento, la tercera parte de las utilidades que se realizaran. En la demanda de nulidad de esta convención formada contra el escribano, la Corte de Riom decidió que dicha sociedad era nula como contraria á las leyes y al orden público. Es contraria á las leyes: primero, porque el Código de Procedimientos (art. 66), al prohibir al escribano diligenciarario prestar su ministerio á sus parientes y allegados en línea recta, le prohíbe con más razón obrar por interés personal; después, la tarifa de 1807 prohíbe á los diligenciararios exigir otros derechos que los que legalmente le son fijados. La Corte agrega que tal asociación está llena de peligros para el público por ser necesariamente para el oficial ministerial una tentación incesante de faltar á los deberes más esenciales de su profesión. En el recurso la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada después de deliberación en Cámara de Consejo. La Suprema Corte no reproduce el motivo moral invocado por la sentencia atacada;

1. Lyon, 12 de Enero de 1822 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 159).

se limita á decir, en términos vagos, que el orden público quiere que el oficial ministerial se encierre en los límites de su ministerio. ¿Por qué no condenar directamente una convención que pone en participación el cumplimiento de los deberes y de los atributos ligados á una función pública? Los tribunales deben mantener el orden moral cuando se liga á las leyes, tanto como al orden público; el artículo 6 del Código Civil les hace de ello una obligación, puesto que prohíbe á los particulares derogar por sus convenciones particulares las leyes que interesan el orden público y á las buenas costumbres; con más razón el Código reprueba como ilícito el tráfico de una oficina que se liga á la administración de justicia. Suponemos que tal fué la mente de la Corte, puesto que declaró la sociedad *inexistente*; lo que implica que se fundaba en una *causa ilícita*. (1)

159. Fué sentenciado que el acta de sociedad intervenida entre un agregado al Tribunal de Comercio y un abogado del Tribunal Civil, teniendo por objeto perseguir toda clase de negocios que se les encomendara y partirse los emolumentos que les proporcionaran, no tenía nada de ilícito. (2) Esto es verdad en el sentido de que los hechos no constituirían un delito de postulación, y era con este título como se atacaba la convención. Pero quedaba el orden público: ¿puede permitirse á oficiales ministeriales considerar el ejercicio de sus funciones como un tráfico? Nada más legítimo para un comerciante que extender el número de sus negocios; el Estado está interesado en el aumento de la riqueza individual, tanto como los particulares, y la utilidad es el alma del comercio. ¿Quién pretendiera decir otro tanto de los pleitos? Y si se admite que se puede legalmente considerar á los procesos como un elemento de tráfico del que las partes se reparten los emolumentos como si se tra-

1 Denegada, 10 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 290).

2 Denegada, 13 de Enero de 1835 (Dalloz, en la palabra *Abogado*, núm. 207).

tara de café ó de algodón, ¿quién no ve que la pasión de lucro se excitará, que los traficantes de pleitos harán nacer contestaciones y traerán á los tribunales las causas peores siempre que produzcan emolumentos? Apartemos de los ministerios que se ligan á la administración de justicia toda idea de comercio; autorizar las especulaciones de procesos sería viciar la justicia en su fuente al alterar el sentido moral de los que concurren en ella.

160. Un abogado se compromete á partir las utilidades de su bufete con su pasante. Fué sentenciado que esta convención es válida porque la participación en las utilidades sólo es un modo de fijar los emolumentos á que tiene derecho su colaborador. Se dice que esto es incontestable y que ni siquiera tiene duda. (1) Nos queda, sin embargo, un escrúpulo, y la sentencia de la Corte lo confirma. Se lee en ella que la posibilidad de que semejante convención arrastrara abusos no sería una razón para anularla; que se necesitaría además que estos abusos estuvieran probados. Así la Corte reconoce que hay que temer abusos; esto basta para que la convención sea ilícita. En efecto, es precisamente por razón de abusos casi inevitables á que dan lugar esas asociaciones, por lo cual son contrarias al orden público; introducen el espíritu de tráfico, de especulación, digamos la palabra, de codicia, en el ejercicio de un ministerio que sólo debe tener por objeto el estricto cumplimiento de las funciones que ilustran á la justicia y que, por consiguiente, no deben tener otro móvil que el sentimiento del deber. Si se arguyera como lo hace la Corte de Riom, ninguna sociedad sería ilícita, los abusos siempre son la excepción; habría, pues, que esperar que estos abusos se produjeran para poder promover la nulidad. Tal no es el espíritu de la ley; reprueba de antemano toda sociedad que por su objeto deja temer

1 Riom, 22 de Julio de 1842 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 168, 1.º) Pont, núm. 45.

estos abusos. Debe mantenerse esta severidad de la ley: el orden moral, sin el cual no hay orden social, está intesado en ello.

161. La ley castiga como delitos las convenciones que tienen por objeto impedir que las adjudicaciones públicas lleguen á su verdadero valor. Fué sentenciado que debe considerarse como ilícita una asociación en participación formada entre dos individuos en vista de obtener una adjudicación, bajo la condición de que uno de ellos retrocederá la mitad al otro, y que, si conserva la explotación para él solo, pagará cierta suma á título de cláusula penal. La Corte de Casación dice que deben considerarse como contrarias al orden público las asociaciones que por el nombre, las cualidades y maniobras de los asociados apartan á los postores. (1) Bajo el punto de vista penal esto puede ser cierto; pero el art. 1133 reputa ilícitas no sólo las causas prohibidas por la ley sino también las que son contrarias al orden público ó á las buenas costumbres. Y la sociedad, en el caso, sino tenía por objeto apartar á los postores, tendría cuando menos á impedir la competencia entre ambos socios; mientras que es de la esencia de la adjudicación provocar una competencia ilimitada. Nos parece que hay flojedad en la jurisprudencia, cuando menos una tendencia á legitimar convenciones que conducen necesariamente á los abusos. La severidad en esta materia está en el espíritu de la ley.

162. La Corte de París ha declarado ilícita una sociedad en nombre colectivo formada entre un farmacéutico y dos médicos para la explotación en común de un establecimiento de farmacia. Según la declaración de 25 de Abril 1777, los dueños de boticas podían sólo tener oficina y laboratorio abierto, no podían tener estas oficinas más que cuando

1 Denegada, 23 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 531, 2.º)

poseían y ejercían personalmente su cargo; todo arrendamiento ó cesión de privilegio les era prohibido. La ley de 17 de Abril de 1791 mantuvo estas disposiciones. Fué con el mismo espíritu que la ley de 25 Germinal, año XI, dispuso que nadie puede tener una oficina de farmacia sin el título legal autorizando la patente de farmacéutico. Estas disposiciones implican prohibición de cualquiera sociedad en la que el farmacéutico renuncia á permanecer único dueño de la dirección y explotación de su establecimiento, enajenando su libertad de acción y de responsabilidad personal que la ley le exige por interés de la salud pública. La Corte establece que la sociedad litigiosa confería á cada socio, luego á aquellos que no tenían calidad de farmacéuticos, la dirección á título igual en el establecimiento; lo que constituía una violación de las reglas que rigen el ejercicio de la farmacia. (1) Esta decisión está perfectamente motivada bajo el punto de vista de las leyes. ¿Pero no era ilícita la convención por otros puntos? ¿Dar á unos médicos un interés en un establecimiento de farmacia no es colocar á éstos entre su deber y su interés? Supongamos que estén convencidos de que la medicina homeopática es preferible á la antigua medicina: ¿seguirán su convicción á expensas de sus intereses? Y si sólo consultan sus intereses ¿no prescribirán drogas que aumenten sus dividendos en lugar de consultar sólo el interés del enfermo? Insistimos en estas consideraciones morales porque las cortes las descuidan y, sin embargo, son esenciales.

163. ¿Cuál es el efecto de la sociedad ilícita? El artículo 1131 contesta que una obligación por causa ilícita no puede tener ningún efecto. Esto es la aplicación del principio que rige los contratos inexistentes: un contrato inexistente, tal como una convención ilícita, no existe para la ley; el le-

1 París, 27 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 105).

gislador no puede, pues, concederle ningún efecto. ¿Y cuál es el efecto de los contratos? El de dar una acción al acreedor contra el deudor, conforme á las convenciones fijadas por las partes contratantes. Cuando la sociedad es ilícita no hay sociedad, luego no hay socios; por consiguiente, no puede haber acción de uno contra otro.

164. Acerca del principio todos están acordes, es la aplicación del art. 1131 á la sociedad. Pero acerca de las consecuencias del principio las opiniones están muy divididas y no faltan las dudas. Suponemos desde luego que el debate sucede entre socios. Si la sociedad no recibió ninguna ejecución la solución es sencilla: no hay sociedad, luego no hay acción de un socio contra el otro. El tiempo no puede borrar el vicio que tiene la sociedad ilícita; no hay confirmación posible; en cualquiera época que se intente una acción el demandado contestará al demandante que no puede promover en virtud de un contrato de sociedad que no existe. Sólo aplicamos á la sociedad ilícita los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones* acerca de los contratos inexistentes y, especialmente, acerca de las causas ilícitas. (1)

165. Las dificultades comienzan cuando los socios han entregado sus puestas. ¿Pueden ejercer la devolución? Hemos enseñado en el título *De las Obligaciones* que lo que ha sido pagado en virtud de una obligación con causa ilícita puede repetirse (t. XVI, núm. 164). Si se admite el principio hay que decidir que los asociados tienen acción para repetir su puesta. Esta es la opinión generalmente seguida; sin embargo, hay una objeción seria. Uno de los socios es detentor de las puestas sociales; si los demás socios promueven contra él los rechazará diciendo que no hay acción en virtud de un contrato inexistente, y como es en virtud de

1 Véase el t. XVI de estos *Principios*, núms. 157 y 160. En el mismo sentido, Pont, p. 41, núm. 52.

un contrato de sociedad como los socios reclaman, puesto que reclaman sus puestas, ¿puede tratarse de puestas cuando no hay sociedad? La objeción le pareció á Troplong sin réplica. (1) Oigamos la contestación que se da. Aquel que detiene las puestas las recibió no como propietario sino como depositario, en vista de un empleo convenido entre socios; es detentor sin causa; los que promueven la repetición contra él no fundan su demanda en la sociedad, invocan, al contrario, la no validez de ésta. (2) Esta doctrina prevaleció en la jurisprudencia. (3) Hé aquí los motivos que el Tribunal de Nantes ha dado en apoyo de su decisión. En el caso una asociación había sido formada para la explotación de un estudio de notario, con cláusula de partición de utilidades entre el notario y su socio, el cual debía sucederle; pero su presentación sólo debía tener lugar el octavo año. El cesionario pagó 100,000 francos. Fué la repetición de esta suma lo que era el objeto del debate. El Tribunal admitió la repetición desde luego por un motivo de justicia. Es seguro que si los 100,000 francos no hubieran sido pagados el cedente no hubiera tenido ninguna acción para exigir su pago; sería injusto que pudiera retener lo que no hubiera tenido derecho de reclamar. El art. 1131 dice que el contrato con causa ilícita no tiene ningún efecto; no puede tener más efecto para lo pasado que para lo venidero. Puesto que la convención debe ser apartada queda un pago hecho sin causa, el cual está sujeto á repetición. El Tribunal desecha las distinciones que se hacían en derecho romano y que hemos igualmente apartado (t. XVI, núm. 164); reemplaza el derecho romano por un principio mucho más justo,

1 Delamarre y Poitvin, *Tratado de derecho comercial*, t. I, núm. 51. Troplong, núm. 105.

2 Pont, t. VII, p. 41, núm. 53 y los autores que cita.

3 Corte de la Reunión, 18 de Enero de 1850 (Dalloz, 1855, 1, 5, sin motivos). Sentencia del Tribunal de Nantes, de 23 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 377).

en nuestro concepto; cuando ambos contratantes tienen igual culpa por haber contravenido á la ley fuera injusto que uno sufriera una pérdida y que el otro obtuviera una utilidad; la razón y la justicia quieren que la culpa no sea una fuente de provecho para nadie y que las partes estén devueltas en la situación en que se hallaban antes del tratado ilícito.

166. Aceptamos esta argumentación; no sólo nos parece más moral sino también más jurídica que la opinión que niega toda acción de repetición. Una sociedad ilícita no existe y nunca existió, es la nada; se la reprueba desde el momento en que se forma, luego los efectos que produjo deben ser anotados, si no no fuera verdad decir que el contrato debe asimilarse á la nada. El principio nos parece incontestable, pero en la aplicación tropieza con una dificultad muy grave. La sociedad ilícita funcionó, realizó utilidades, luego se la declara inexistente. ¿Qué sucede con las utilidades? ¿El socio que las retiene puede ser demandado en partición? En la opinión tradicional admitida por la mayoría de los autores se contesta que los socios no tienen acción de partición, porque no puede haber reparto de utilidad más que en virtud de un contrato de sociedad, y no hay contrato. Se concluye que hay que atenerse á los hechos cumplidos tales como existen cuando el contrato se anula. (1)

Este resultado lastima el sentido moral. Generalmente las partes tienen igualmente la culpa; sin embargo, aquella que la casualidad ó una previsión culpable la ha hecho depositaria de los beneficios, los retiene, gana más en una sociedad lícita que lo que hubiera ganado en una sociedad ilícita; hace un beneficio de su falta. Esto es inmoral y está en oposición con el espíritu de la ley. El art. 1131 dice que el contrato ilícito no puede tener ningún efecto; y hé aquí

1 Véanse las citas en Pont, t. VII, p. 42, núm. 54.

que este contrato que se asimila á la nada produce nada menos que un efecto muy importante, asegurando todos los beneficios á uno de los culpables. ¿Es verdad que la consecuencia es lógica y necesaria? Creemos que hay medios para conciliar el derecho con el sentimiento moral. Desde luego se puede invocar el texto del art. 1131. El Tribunal de Nantes dice muy bien que la ley rehusa todo efecto á la sociedad ilícita, las partes deben ser reemplazadas al estado que tenían antes de haber contratado. ¿Cómo aplicar este principio cuando el contrato produce sus efectos? Los hechos cumplidos no pueden ser nulificados, la naturaleza de las cosas se opone. Si los beneficios habían sido divididos, esta división sería mantenida; es imposible anular la distribución que ha sido hecha, sería preciso para esto nulificar todas las operaciones consumadas; es decir, dar á los terceros que han tratado con los asociados el derecho de atacar las convenciones libremente consentidas; dudamos de que el principio de la inexistencia de la sociedad ilícita pueda ser llevado á esta consecuencia; en todo caso jamás se la ha propuesto. Más adelante diremos cuál es el efecto de la sociedad ilícita con relación á los terceros; por el momento se trata de zanjar una dificultad entre asociados; un beneficio se ha realizado y dividido; es un hecho verificado que no se puede anular. ¿Si el beneficio no ha sido dividido no se puede decidir que el beneficio será distribuido entre los asociados? Si la división consumada es válida apesar de la inexistencia de la sociedad ilícita ¿por qué no podría haber partición á pesar de la anulación de la sociedad? En vano se dice que la partición nulificada no puede producir efecto; en realidad la división no es anulada, y no lo puede ser, puesto que no se anula la nada. Después de la sentencia, como antes de ella, la sociedad es inexistente; si la partición hecha antes de la sentencia es válida ¿por qué no mantener la partición hecha después de la sentencia ó en