

virtud de ella? La situación es idéntica, la partición se hace antes y después, sin que haya una sociedad; si una es válida también se puede hacer valer á la otra.

Esto se dice; es imposible, puesto que una sociedad ilícita, inexistente como tal, no podría dar lugar á una acción judicial. Contestamos que la acción no se funda en un hecho, la comunidad que ha existido entre los asociados; esta comunidad de hecho debe liquidarse. Si se permite liquidarla en lo que concierne á los fondos sociales ó á los aportes ¿por qué no se permitirá liquidarla en cuanto á las utilidades? La distinción que se hace entre los beneficios y las puestas es más sutil que verdadera; cuando la sociedad es asimilada á la nada no puede haber parte, como no puede haber utilidad; no queda más que un hecho, el de la comunidad; esto da lugar á las acciones. Y es realmente en la comunidad en la que la acción de división se funda, lo mismo que la repetición de los aportes, y no en el contrato de sociedad. Supongamos que el contrato atribuye á uno de los asociados una parte en las utilidades, mayor que la parte viril: ¿Se podría prevalecer de esta cláusula para reclamar la partición desigual? Nó, porque no hay acción en virtud de la sociedad; no puede promover sino en virtud de la comunidad de hecho, y ésta se divide siempre según el principio de igualdad.

Se objeta que es imposible conceder una acción judicial en virtud de un contrato inexistente, sobre todo cuando la causa es ilícita. Nuestra contestación se halla en un texto de ley y en la doctrina que ha interpretado. Cuando el matrimonio es anulado las convenciones matrimoniales lo son también, salvo el caso en que los esposos lo hubieran contratado de buena fe (art. 201). Los esposos se han casado bajo el régimen de la comunidad legal: es una sociedad de bienes universales. Este contrato de sociedad no producirá ningún efecto. Sin embargo, una comunidad de hecho ha

existido; se liquidará á este título; los esposos tendrán acción en virtud de esta comunidad, no solamente por la devolución de sus puestas sino también por la división de las utilidades. Puede haber acción en virtud de la comunidad, aunque la sociedad que las partes han querido sea nula. Esto contesta al reproche de inmoralidad que se pudiera hacer á nuestra doctrina. El orden público y las buenas costumbres se oponen, dicen, á que una sociedad ilícita, tal como una sociedad de contrabando, dé una acción en justicia á aquellos que son culpables de un delito. Preguntamos si la bigamia es un delito más grave que el contrabando; sin embargo, los esposos bigamos tienen una acción para la liquidación de la comunidad de hecho que ha existido entre ellos. Basta formular la acción para convencerse de que no tiene nada de inmoral; no está fundada en el crimen de la bigamia, está fundada en la comunidad que ha existido entre los bigamos. Igualmente la acción de los asociados, en caso de contrabando, no se funda en el contrabando, se funda en la comunidad de interés que se forma entre los contrabandistas; no tendrán acción en virtud del contrato de sociedad, lo mismo que los esposos no lo tienen en virtud de su contrato de matrimonio. Pero ha habido en ambos casos intereses comunes; éstos son un hecho, y es necesario que este hecho sea liquidado.

Se dirá que nuestra comparación es defectuosa; la comunidad de hecho que se forma entre los esposos bigamos es por sí misma muy lícita, y si el contrato de matrimonio es nulificado, es que no debía haber convenciones matrimoniales entre personas que se consideran no haber sido casadas jamás. Pasa de otro modo en una sociedad ilícita: los intereses comunes son, en este caso, ilícitos y hay algo inmoral en dar una acción judicial para regir los intereses ilícitos. Convenimos en que hay una pequeña diferencia entre una sociedad ilícita y un contrato de matrimonio nulo en razón

de la bigamia de los esposos. Pero es verdad decir que en el caso de bigamia la ley anula la sociedad de bienes y da sin embargo, á los esposos culpables una acción para liquidar sus intereses comunes; hay también algo de ilícito en estos intereses, puesto que la comunidad de bienes se ha formado á consecuencia de un crimen. Esto basta para que pueda uno prevalecerse á título de analogía. Añadiremos que en cualquiera hipótesis hay un efecto inmoral: es que una sociedad ilícita ha procurado utilidades que aprovecha uno de los culpables ó todos. Este efecto ofende el sentido moral; pero es menos ofendido cuando uno de los culpables se apodera de todas las utilidades y agrega la injusticia á su falta enriqueciéndose á expensas de sus consocios. El legislador sólo podría poner remedio al mal confiscando, en provecho de los establecimientos de beneficencia, los beneficios colectados por una sociedad ilícita.

167. Nuestra opinión está aislada; debemos insistir, menos para defenderla que para mostrar que hay incertidumbre é inconsecuencia en la opinión general. Se invoca la tradición romana; nosotros la separamos del debate porque, desechando las distinciones que se hacían en derecho romano, debemos también rechazar la aplicación que se hace en la sociedad ilícita. No es exacto decir que la opinión contraria á la nuestra se sigue generalmente. Aquellos mismos que la profesan en teoría la abandonan ó le hacen excepciones cuando se trata de aplicarla. Así Duvergier enseña que si en el momento en el cual la sociedad es anulada queda una cosa común retenida por uno de los asociados, éste puede ser desposeído por demanda de los demás para que la partición sea hecha entre todos como si una comunidad de hecho hubiera existido entre ellos. Se ha dicho con razón que esto es ilógico. (1) La inconsecuencia es evidente, pues-

1 Duvergier, p. 42, núm. 32. En sentido contrario, Delangle, núm. 102, y Pont, núm. 55.

to que Duvergier admite el principio en el cual se funda la opinión general. ¿Pero cuál es la razón de esta inconsecuencia? Es el sentido moral que se revela contra la consecuencia á la cual se dirige la opinión generalmente seguida. El asociado que detiene la cosa común la posee en virtud de la convención ilícita y pretende apropiársela en perjuicio de los demás asociados, á la vez que es tan culpable como ellos. En el punto de vista moral Duvergier tiene razón, pero hace mal en aceptar el principio jurídico que conduce á una consecuencia que el sentido moral reprueba.

Toullier hace otra distinción. Hay cosas ilícitas por su naturaleza; el derecho natural las prohíbe; tales son los delitos ordinarios; una sociedad formada para el robo y el pillaje jamás puede dar lugar á una acción en justicia. Otras cosas están prohibidas sólo por el derecho civil; es decir, por un derecho arbitrario y sujeto al cambio: tal es el contrabando; el contrato, una vez satisfecha la ley penal, debería ser considerado como válido. Es verdad que las leyes prohibitivas son variables, pero en tanto que subsisten deben ser obedecidas, y si se contrarían las convenciones son ilícitas en el sentido de los arts. 6, 1131 y 1133. Esto no es dudoso. En realidad la distinción de Toullier conduce á dar una acción en virtud de una convención ilícita; en efecto, no hay asociación para el asesinato y para el adulterio, estos son los ejemplos dados por Toullier, y si hay asociaciones que tienen por objeto el robo y el pillaje jamás se han visto aparecer en la justicia civil; los asociados no figuran sino en el banquillo de los criminales. (1)

168. La jurisprudencia no tiene principio cierto, se decide según el favor ó disfavor de las asociaciones consideradas como ilícitas. Ante la ley francesa de 2 de Julio de

1 Toullier, t. III, 2, p. 75, núms. 125-127. En sentido contrario Troplong, núm. 102 y todos los autores (Pont, núm. 56).

1862 las sociedades formadas para la explotación de los cargos de agentes de cambio eran reputadas ilícitas; sin embargo, la jurisprudencia, nulificándolas en lo futuro, les da efecto en cuanto al pasado. Las cortes aplicaron la misma doctrina; para decir mejor, mostraron la misma indulgencia con las sociedades que tienen por objeto un oficio; van más lejos que nosotros; en nuestra opinión jamás hay acción sino en virtud de la comunidad de hecho que ha existido entre los asociados; mientras que la jurisprudencia procede á la partición del activo y del pasivo conforme á las bases establecidas por las convenciones sociales. Sin embargo, no es esto una doctrina; hay sentencias más severas que declaran nula la sociedad formada para la explotación de un oficio, prohibiendo á las partes toda acción en revisión de las cuentas y aun en repetición de las cantidades percibidas. ¿Cuáles son los motivos de este favor y desfavor? En vano se buscaría un principio en estas decisiones; siempre retrocede la jurisprudencia ante la aplicación del principio establecido por la doctrina: es el sentido moral el que decide, y en este punto de vista los jueces siempre admitirán con dificultad que una de las partes contratantes retenga, en perjuicio de las demás, el beneficio hecho en común. (1).

169. ¿Cuál es el efecto de la sociedad ilícita para con los terceros? Se trata de saber si los socios pueden prevalecerse de la nulidad contra los terceros y si éstos pueden prevalecerse de ella con los asociados. La cuestión está controvertida. Si se admite, como acabamos de decirlo, que la sociedad ilícita es un contrato inexistente hay que aplicar

1 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. VII, p. 44. Añádase París, 17 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 105). Esta sentencia se acerca á nuestra opinión. A la vez que declararon nula, de nulidad radical, á una asociación en nombre colectivo, entre un farmacéutico y dos médicos, la Corte agrega que formó entre las partes una *comunidad de interés*, la que, según el estado de los hechos de la causa, debe regirse por los términos de la convención que la constituyó.

los principios que rigen estos contratos; y lo que los caracteriza es que no reconociendo la ley su existencia, por motivos de orden público, cualquiera persona interesada puede invocar su nulidad ó, mejor dicho, su inexistencia. (1) Aunque no se admitiera la distinción entre los contratos inexistentes y los contratos sencillamente nulos ó nulificables se llegaría á la misma conclusión cuando la causa del contrato es ilícita; en efecto, la nulidad es, este caso, de orden público, y cuando el orden público exige la anulación la ley da acción á cualquiera parte interesada. Luego no hay para qué distinguir entre los socios y los terceros; hay que atenerse á los términos absolutos del art. 1131; las convenciones con causa ilícita no pueden tener ningún efecto.

Los autores están divididos. Los hay que distinguen: los socios no pueden invocar la nulidad contra los terceros, mientras que los terceros pueden prevalecerse de ella contra los asociados. Se funda esta distinción en el art. 42 del Código de Comercio (art. 11 de la ley de 18 de Mayo de 1873), que se refiere á la nulidad resultante de la falta de publicidad de las sociedades comerciales. (2) En nuestro concepto ninguna analogía hay entre una nulidad establecida únicamente por interés de los terceros que contratan con la sociedad y una nulidad de orden público, nulidad que quita todo efecto al contrato y lo hace inexistente para la ley. Pont propone otra distinción. Cuando los terceros conocen ó pudieran conocer el carácter ilícito de la convención, las partes pueden oponerles la nulidad para apartar el efecto del acta. Pero cuando los terceros ignoraban la naturaleza de la sociedad, las partes no pueden prevalecerse contra ellos de la nulidad. El art. 1131 rechaza esta distinción tanto como la primera, y en la teoría de la existencia de las convenciones ilícitas

1 Véase el t. I de estos Principios, p. 106, núms. 71 y 72.

2 Talón, *Estudio acerca del contrato de sociedad*, ps. 89 y siguientes. En sentido contrario, Pont, t. VII, p. 39, núm. 50.

no se concibe siquiera que se distinga. ¿Puede la nada ser válida y producir efectos porque los terceros ignoran la causa que hace inexistente el contrato? Su buena fe no puede dar á la sociedad una existencia legal que no tiene.

La jurisprudencia tiene poca autoridad en esta materia, porque no tiene un principio seguro. A la vez que admitiendo que la convención para la explotación de un oficio tiene una nulidad radical, concede efecto á la sociedad entre los socios cuando se trata de cargo de agente de cambio. Para con terceros la Corte de Lyon ha decidido que no tenían la acción solidaria que les pertenecía si la sociedad fuese lícita; sin embargo, les reconoció una acción contra cada uno de los asociados individualmente en la proporción de su interés en la sociedad ilícita. Estas diversas decisiones son enteramente arbitrarias, apenas si están motivadas; las Cortes sentencian de hecho y hacen ellas mismas la ley que aplican. Otras cortes deciden que las sociedades ilícitas para la explotación de un oficio no pueden ser invocadas por los terceros, sin motivar indecisiones, sino acerca del carácter ilícito de la convención que no permite darle un efecto para con los terceros. Estas decisiones contradictorias prueban la ausencia de todo principio. (1)

§—VI. DE LA FORMA.

170. El art. 1834 dice: "Todas las sociedades deben ser redactadas por escrito cuando su objeto es de un valor de más de 150 francos. La prueba testimonial no se admite contra y además de lo contenido en el acta social, ni por lo que se alegara haber sido dicho antes, cuando ó después de esta acta, aunque se trate de un valor menor de 150 francos." Esta disposición es la reproducción literal del ar-

1 Denegada, 15 de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1852, 1, 71); Lyon, 28 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 207); Rennes, 9 de Abril de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 208).

título 1341, que sólo aplica al contrato de sociedad. La ley entiende, pues, mantener, en lo que se refiere á la sociedad, las reglas que establece en el título *De las Obligaciones acerca de la prueba testimonial*. Esto es evidente para los principios formulados por el art. 1341, puesto que el 1834 los reproduce textualmente. Lo mismo pasa con las excepciones que la ley hace á estas reglas, y en términos más generales debe decirse que la sociedad permanece bajo el imperio del derecho común en cuanto á la prueba. Las disposiciones que contiene el Código acerca de las pruebas de las obligaciones son esenciales por su naturaleza, reciben su aplicación á todos los contratos, á no ser que el Código no las derogue. Y en el título *De la Sociedad* no se encuentra ninguna derogación del derecho común; lo que es decisivo.

Se pudiera objetar que el art. 1834, al reproducir una disposición del espíritu de las pruebas, excluye por esto mismo á las otras, cuando menos las que se refieren á la prueba testimonial. Esto es un argumento sacado del silencio de la ley; mala argumentación cuando tiende á derogar los principios generales de derecho. En el caso deben ser desechados sin titubear; no se puede prevalecer del artículo 1834 para inducir que la intención de los autores del Código ha sido derogar el derecho común que rige las pruebas, pues ellos mismos han tenido cuidado de decirnos el motivo por el que han reproducido, en el título *De la Sociedad*, la disposición del art. 1341. Había en el derecho antiguo sociedades tácitas conocidas bajo el nombre de *compañías*; eran sociedades universales que se formaban, entre parientes ó amigos, por el solo hecho de habitación y vida común durante año y día, con comunicación de ganancias y pérdidas. Se podían probar por testigos. Ya cuando la redacción del Código Civil no existían en la mayor parte de nuestras provincias; el objeto del art. 1834 fué el de abrogarlas en este sentido: que se está ya admitido á pro-