

Núm. 3. Del derecho del socio de asociarse á un tercero.

329. El art. 1861 dice: «Cada socio puede, sin el consentimiento de sus consocios, asociarse á una tercera persona relativamente á la parte que tiene en la sociedad; no puede, sin su consentimiento, asociarlo á la sociedad aun cuando tuviera la administración.» Se lee en la Exposición de los Motivos que la confianza es la base del contrato de sociedad; (1) es, pues, personal por naturaleza; hé aquí por qué la sociedad acaba con la muerte de uno de los socios (art. 1865, 3.º); y por la misma razón uno de los socios no puede asociar á un tercero á la sociedad. Hay, además, un motivo de derecho que se opone á asociar á un tercero; es modificar el contrato social; y las modificaciones no pueden hacerse sino con el concurso de todos los que han formado la convención primitiva (núm. 320). Esto no impide que cada socio se asocie á un tercero relativamente á la parte que tiene en la sociedad. Pero esta sociedad no existe más que entre el socio y el tercero, no existe para con la sociedad, puesto que ésta es extraña. De aquí el adagio: *Socius mei socii non est meus socius*. El art. 1861 consagra, pues, dos principios; los examinaremos separadamente.

I. De la prohibición de asociar á un tercero á la sociedad.

330. La ley prohíbe en términos absolutos al socio asociar á un tercero á la sociedad sin el consentimiento de los consocios, aunque tuviera la administración. Pothier, de quien se tomó esta última disposición, la explica en términos dudosos: «Es una cosa que no parece pasarse de los límites de una simple administración de los bienes de la sociedad, el dar á sus socios un asociado que ellos mismos no han escogido.» (2) Si el gran jurisconsulto se expresa con es-

1 Treillard, Exposición de los motivos, núm. 20 (Loaré, t. VII, p. 244).

2 Pothier, *De la Sociedad*, núm. 95.

ta reserva es que no tiene costumbre de zanjar las cuestiones diciendo que la opinión que se propone es evidente; esta pretendida evidencia, después de todo, no es más que una afirmación, y afirmar no es probar. En la especie Pothier habría podido decir que la cosa es evidente. En efecto, agregar un nuevo socio á la sociedad es modificar el pacto social, y el administrador no tiene otra misión que asegurar la ejecución.

331. Se admite una excepción á la prohibición pronunciada por el art. 1861 para las sociedades por acciones. El socio que vende sus acciones es substituido por un nuevo socio que lo reemplaza enteramente, á condición de que las partes se conformen con los estatutos de la sociedad. Hay motivo para dudar: ¿no se puede decir que la defensa esté concebida en términos absolutos y que no pertenece al intérprete hacer una restricción? Hemos dicho muchas veces que hacer una excepción es hacer la ley. Sin embargo, creemos que esta regla no es aplicable á la cuestión que examinamos. Si el intérprete no puede hacer la ley tiene el derecho de explicarla, con el fin de que no se haga una mala ó falsa aplicación de ella. ¿Por qué prohíbe el legislador á los socios asociar á un tercero á la sociedad? Es porque las sociedades civiles son personales y la confianza personal es su base, como lo dijo el orador del Gobierno (número 329). Y las sociedades por acciones no son de personas, es una reunión de capitales; todos los que invierten la suma determinada por los estatutos se hacen accionistas y socios; no se tiene en cuenta la persona del accionista, los accionistas no se conocen ni se pueden conocer. Desde luego el texto y el espíritu de la ley no son aplicables á las sociedades por acciones; el texto del art. 1861 habla de la asociación de una tercera persona, y en la sociedad por acciones es menos la persona que está asociada que el capital. El espíritu de la



ley no deja ninguna duda. Cuando la constitución de la sociedad no se tienen en cuenta las cualidades de la persona, no se menciona más que el capital; ¿por qué había de ser diferente durante el curso de la sociedad? No escoge uno socios al tomar una acción; ¿por qué se había de escoger cuando la sociedad está constituida y uno de los accionistas vende sus acciones? Es un desconocido el que reemplaza á otro desconocido; no hay nunca lugar de escoger. En definitiva la excepción se funda en el texto y en el espíritu de la ley; si el Código no la ha formulado es porque no trata más que de sociedades civiles y en éstas la distribución del capital por acciones es poco usada.

Queda por saber cómo se pueden distinguir las sociedades por acciones. Los estatutos contestan generalmente á la cuestión; de modo que la diferencia entre *interés* y acción, tan difícil de establecer en teoría, no da lugar á dificultades en la práctica. Se puede responder á nuestro asunto que la sociedad es por acciones cuando cada socio puede ceder su derecho de manera que el cesionario tome su lugar; entendemos por *derecho* la cualidad de asociarse. No hay más que las sociedades importantes que distribuyen su capital por acciones, á fin de sacar por esta división los capitales considerables de que tienen necesidad; y estas sociedades tienen igualmente estatutos que se hacen públicos para juntar el capital; de ordinario los estatutos deciden á primera vista si el derecho de los socios se puede ceder y si, por consiguiente, el art. 1861 es ó no aplicable. (1)

332. El art. 1861 permite al socio que no tiene derecho de ceder á asociar un tercero á la sociedad con el consentimiento de sus consocios. Esto es una modificación del pacto social; es, pues, necesario el consentimiento de los socios, como se hubiera necesitado para la formación de una sociedad; la mayoría no tiene poder para cambiar las conven-

1 Pont, p. 504, núms. 598 y 599 y los autores que cita.

ciones sociales (núm. 320); luego la mayoría no tiene el derecho de consentir que un nuevo socio tome el lugar de aquel que quisiera ceder su interés. La Corte de Besançon lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

333. ¿Cómo debe darse el consentimiento? La ley no lo dice; se permanece, pues, bajo el imperio del derecho común: De esto se sigue, pues, que el consentimiento puede ser expreso ó tácito. El consentimiento expreso puede darse por el acta de sociedad; aunque la sociedad no fuera por acciones el contrato puede permitir á los socios ceder su interés con este efecto: que el cesionario se volviera socio; el pacto social puede también, cuando la sociedad es por acciones, determinar las condiciones bajo las que los terceros cesionarios adquieren la calidad (2) y los derechos de socios.

El consentimiento puede ser verbal ó por escrito. Cuando es verbal ó tácito puede haber dificultades para la prueba; como se trata de sociedades civiles se deben aplicar las reglas que rigen la prueba testimonial. Fué sentenciado que un tercero que pretendía haber sido asociado no podía probar por testigos los hechos que alegaba; acerca de este punto no hay duda. La Corte de Casación añade que tampoco podía admitírsele á pedir la producción de los registros de la sociedad porque nadie está obligado á ministrar títulos contra sí mismo. (3) Esta decisión nos deja alguna duda. El demandante pretendía que los registros probaban que después de hecha la cesión había figurado como cesionario en las deliberaciones de la sociedad; este hecho sólo podía probarse por los registros en que se encontraban las actas de las deliberaciones. No conocemos ley que prohíba al juez ilustrarse por la producción de escritos, en los que el demandante pretende haber sido parte.

1 Besançon, 23 de Abril de 1845 (Daloz, 1847, 2, 15).

2 Casación, 1.º Ventoso, año X (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 584).

3 Denegada, 7 de Febrero de 1826 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, número 232, 3.º)



334. En los casos en que está permitido al socio ceder su derecho, es decir, su calidad de socio, sucede amenudo que el pacto social estipula la facultad de retiro en favor de la sociedad; mejor dicho, el derecho de preferencia. El socio que quiere ceder su derecho debe notificar su intención á los administradores de la sociedad, y ésta puede reclamar la preferencia en el plazo y bajo las condiciones determinadas por los estatutos. Se llama á este derecho *retiro social*. La expresión está mal escogida. El retiro *sucesorio* es una expropiación del comprador que la ley admite en interés de los coherederos del vendedor, mientras que el retiro social no expropia al comprador; todavía no hay venta en el momento en que el socio da á conocer á la sociedad su intención de vender, simplemente da la preferencia á la sociedad. Esta estipulación no tiene nada de anormal, mientras que el retiro sucesoral es una expropiación por causa de interés privado, lo que es una verdadera anomalía. (1)

¿En qué forma se debe hacer la notificación? Es necesario ante todo consultar los estatutos que de ordinario se explican acerca de este punto. Las convenciones son ley para el juez y debe asegurar su ejecución. ¿Há lugar al recurso de casación cuando el juez no ha aplicado la cláusula del contrato relativa á las modificaciones? Se ha juzgado que la interpretación de los contratos entra en las atribuciones exclusivas de las cortes de apelación. (2) Nos trasladamos á lo dicho acerca de este punto en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núm. 180).

Si los estatutos no determinan la forma en la que se deba hacer la notificación el socio es libre de escoger la forma que quiera, salvo la dificultad de prueba. No es necesario que emplee el ministerio de un escribano. La Corte de Douai ha juzgado que la notificación por carta era válida.

1 Compárese Pont, p. 410, núms. 610 y 611.

2 Denegada, 17 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 584).

El objeto de la cláusula está alcanzado desde que la intención de vender se haga del conocimiento de la sociedad y que ésta también pueda ejercer su derecho de preferencia. (1)

335. Se puede que el socio notifique su intención de vender cuando ya ha cedido su derecho. En este caso la cesión que ha consentido es condicional, no se hará definitiva sino cuando la sociedad no use su derecho de preferencia. ¿Se debe concluir que la cesión está considerada como si no existiera con relación á la sociedad en tanto que el plazo durante el cual puede ejercer el requerido no ha vencido? La Corte de Bruselas lo juzgó así (2) La decisión nos parece demasiado absoluta. Si la cesión se hace bajo condición resolutoria existe realmente y produce todos sus efectos, salvo á ser resuelta si la condición se realiza; en este caso habrá cesión en provecho de la sociedad á partir de la aceptación de la oferta porque la notificación es una oferta de venta; y siendo la primera cesión considerada como no habiendo tenido lugar es verdad decir que el que cede permanece socio hasta el momento en que la cesión se verifica en provecho de la sociedad. De ordinario la cesión se hace bajo condición suspensiva; si la sociedad no usa de su derecho de preferencia la venta será perfecta desde el principio y, por consiguiente, el que cede habrá cesado de ser socio desde el momento en que el contrato ha tenido lugar; solamente en el caso en que la sociedad ejerza su derecho de preferencia es cuando la primera venta no tendrá lugar y cuando el que cede queda asociado hasta el momento en que interviene la aceptación de la sociedad.

336. El derecho de preferencia supone que el socio cede su derecho; cuando no ha hecho cesión la sociedad no puede reclamar la preferencia contra un cesionario que no existe. Un socio da su derecho en pago á su acreedor sub-

1 Douai, 10 de Enero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 458).

2 Bruselas, 25 de Abril de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 425).



rogándole todos sus derechos: ¿podrá la sociedad usar de su derecho de preferencia? Nó, porque el pago, aunque acompañado de subrogación, no es una venta y el acreedor no es un socio; el socio deudor es el que queda asociado porque el deudor que da una cosa en prenda conserva la propiedad con todos los derechos que le pertenecen. (1)

De la misma manera no há lugar al derecho de preferencia cuando el socio se asocia solamente á un tercero á título de cesionario. Este no es asociado; no puede, pues, tratarse de excluirlo. Esta especie de cesión puede hacerse sin el consentimiento de la sociedad, puesto que ella no tiene ningún interés en impedirlo. Por esto mismo no puede ejercer su derecho de preferencia tomando el lugar del cesionario. Suponemos que el socio ha obrado de buena fe asociándose á un tercero; se puede que para impedir la sociedad usar de su derecho las partes califiquen al cesionario de socio del asociado; queda por dicho que el socio del asociado es un verdadero cesionario; esta prueba puede hacerse contra el socio del asociado, como por su parte éste se admitirá á la prueba, pues siempre es permitido establecer el carácter de una convención. (2)

## II. Del derecho del socio para asociarse á un tercero.

337. El socio se puede asociar á un tercero, relativamente á la parte que tiene en la sociedad; no necesita del consentimiento de sus consocios porque la convención que interviene entre él y el tercero es extraña á la sociedad; quedando el tercer asociado á un socio fuera de la sociedad ésta no tiene derecho ni interés en intervenir en la convención que se efectúa entre el socio y este tercero. Este socio de otro sin serlo de la sociedad tiene en el lenguaje tradi-

1 Rouen, 2 de Enero de 1847 (Daloz, 1851, 2, 232).  
2 Danegada, 24 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 429).

cional el nombre de *croupier* (1) porque, se dice, cabalga con el socio que lo toma en ancas.

Suponemos que el *croupier* es el socio del socio; el artículo 1861 lo dice al reproducir la doctrina de Pothier. «Si, dice éste, después de haber contratado con usted una sociedad juzgo conveniente *asociarme á un tercero* este tercero será mi socio en la parte que tengo en la sociedad que hemos formado juntos.» (2) Sin embargo, los autores no están acordes en el punto de saber cuál es la naturaleza de la convención entre el socio y el tercero: ¿es una cesión ó una sociedad? ¿es esto una verdadera sociedad ó una comunidad? Hacemos á un lado esta última controversia suscitada por Duvergier; este autor cree que la convención produce una comunidad más bien que una verdadera sociedad entre el socio y el tercero. Su opinión quedó aislada y no tiene interés práctico. (3) Lo mismo pasa con todas las cuestiones que discuten los autores; no preocuparon mucho á la jurisprudencia porque la misma convención en cuyo objeto se suscitan es bastante rara. En nuestro concepto no se puede deducir *a priori* si hay venta ó sociedad; todo cuanto se puede decir es que la convención, tal como la fórmula Pothier, tal cual la consagra el Código, es una sociedad. Pero la intención de las partes puede también ser la de hacer una cesión; el socio cede una fracción de su derecho á un tercero sin entender asociarse con él; en este caso el cesionario no será un *croupier*, tampoco será un socio de la sociedad, será el comprador de una fracción de interés en una sociedad, las relaciones entre el cesionario y el cedente serán las que nacen de la venta y no las que nacen de la sociedad; esta cuestión tiene un interés práctico, puesto que la sociedad

1 La palabra *croupier* no tiene equivalente en Castellano y la conservaremos en la inteligencia de que su significado es el de socio de un socio; castizamente debiera traducirse por *enancado*.—N. del T.

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 92.

3 Duvergier, p. 434, núm. 375. Delangle, núm. 193.