

sultare perjuicio manifiesto á la masa común, podrán los demás socios nombrar de entre ellos un co-administrador que intervenga en todas las operaciones, ó promover la rescisión del contrato ante el juez ó tribunal competente, que deberá declararla, si se probare aquel perjuicio. (*Artículos 100 y 101, Cód. alemán.*)

Art. 133. En las compañías colectivas, todos los socios, administren ó no, tendrán derecho á examinar el estado de la administración y de la contabilidad, y hacer, con arreglo á los pactos consignados en la escritura de la sociedad ó las disposiciones generales del derecho, las reclamaciones que creyeren convenientes al interés común. (*Art. 105, Cód. alemán.*)

Como puede revestir tantas y tan variadas formas la fundación de una Sociedad ó compañía colectiva, puede acontecer que sea condición de la escritura inscrita debidamente en el Registro mercantil, que la administración y el uso de la firma social recaigan en determinada persona. Ya sabemos que siendo el derecho común la norma en materia de obligaciones, y el Código mercantil la excepción en cuanto dispone términos opuestos, es ley de los contratos la voluntad de los contrayentes, y los hombres se obligan en la forma que estiman conveniente y en todo en cuanto quisieron obligarse, según disposición expresa y terminante de ambas legislaciones. Siendo así la ley, y determinando el contrato la personalidad directora de la compañía, ésta, por voluntad de los asociados y por ministerio de la ley, tiene perfecto derecho á la gestión, administración y firma social con exclusión de cualesquiera otras personas. Pero como todo cargo tiene anejas obligaciones que exigen diligencia y actividad por parte de quien libre y voluntariamente las contrae, sería contrario á toda equidad y justicia que una condición de la índole de la del artículo á que hacemos referencia fuere causa de la ruina, descrédito y pérdida de una asociación, puesta mediante una cláusula á la merced y al antojo de un individuo. Así, pues, mientras el comportamiento del administrador no ofrezca temores ni desconfianzas, ese cargo es inamovible y su gestión permanente en la forma establecida en la escritura; pero si éste, abusando de sus facultades, por negligencia, por ignorancia ó por mala fe, causare perjuicios manifiestos á la masa común, los socios podrán nombrarle un co-administrador que interviniendo sus gestiones pueda evitar mayores dificultades y peligros, y en último caso queda el recurso de la rescisión como tabla salvadora en el naufragio de la Sociedad.

Así como antes manifestamos ser opuestos á que la gestión pertene-

ciese á toda la colectividad, del mismo modo encontramos peligrosa, y hasta nociva, la designación de una sola persona que asuma poderes y facultades tan amplias y omnímodas como las de un administrador.

Si es una facultad de los socios administradores la de contraer obligaciones nuevas (art. 130), igual facultad es para varios que para uno; y si para varios existe la dificultad de la oposición por parte de uno que engendre la responsabilidad en caso de perjuicios, esta dificultad desaparece cuando es uno sólo el que ejerce la administración, por derecho propio puede decirse, y sin que pueda arrebatársele, contrariarla, entorpecerla (art. 131), ni intervenirla mientras *de su gestión no resultare perjuicio manifiesto á la masa común*. Es manifiesto el peligro que puede ofrecer y los conflictos que puede engendrar un administrador único creado en la escritura social en la forma del art. 132.

Es este uno de los casos en que más satisfaría el derecho excepcional que el común.

Mucho puede y mucho pesa la voluntad libremente manifestada; muy de tenerse en cuenta son todas las condiciones que se habrán considerado antes de tomar una determinación de esta naturaleza; pero siendo el Derecho mercantil una excepción, y debiendo ante todo y sobre todo velar por el crédito y por la seguridad y éxito del comercio, se comprende que no resiste á la crítica el artículo que de tal modo esclaviza á los asociados que en realidad no pueden romper los diques de una mala administración sino cuando ven patente el daño, que tal vez preven con anticipación y pudieran evitar, y no pueden librarse del peligro ni evitar el daño, ni lo que es más, remediarlo, sino acudiendo á los Tribunales de justicia, envolviéndose en el farrago rutinario de un procedimiento siempre largo y difícil, y rescindiendo un acto que tal vez constituye una aspiración legítima. Esta rescisión puede ser beneficiosa para el administrador impuesto, y sólo resultaría perjudicial para los incautos que tocaron el *perjuicio manifiesto de la masa común*.

La facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía no debe nunca conferirse como condición expresa de un contrato social. Cuando se otorgan esos poderes á un mandatario, éste resulta el verdadero dueño de la Sociedad, árbitro y soberano de toda ella, y los asociados pueden ser víctimas de su confianza, perdiendo por ella no sólo lo que aportaron sino también todos sus bienes y acciones.

Ni en el terreno práctico que presenta estas dificultades, ni en el terreno doctrinal, que no puede nunca imponer la voluntad del hombre hasta los límites del absurdo, cabe sostener el artículo á que nos referimos, que crea un privilegio odioso y hace temibles á esos administradores capaces de aniquilar la asociación de más sólida base.

Los hombres se obligan como quieren y á lo que quieren, pero también es cierto que en toda obligación hay condiciones tácitas que no pueden desconocerse ni olvidarse. Si los asociados se obligaron á dejarse administrar sólo por uno con derecho á usar de la firma de la compañía, también este administrador contrajo los deberes del mandatario y los especialísimos de su difícil cometido. La voluntad recta y justa, la voluntad encaminada á actos lícitos es la que el legislador sostiene como firme y hace efectiva para deberes y derechos engendrados por ella y mediante ella, pero no la voluntad torcida que se encamina por lo inmoral y lo ilícito, porque ésta no es expresión de la justicia ni puede, por tanto, ampararse en el derecho.

La obligación de los asociados es condicional y no puede nunca dejar de serlo en la designación especial de estos administradores.

Sin necesidad de co-administrador, que viene á intervenir cuando ya es manifiesto el perjuicio causado; sin necesidad de rescisión, que viene sólo á hacer prevalecer la mala fe frente á los buenos deseos de los asociados, sin estas dificultades, sin estos daños, debiera el legislador procurar por la fácil intervención de las Sociedades cerca de estos administradores unipersonales que tan graves quebrantos pueden ocasionar al comercio.

El art. 133 da á los socios colectivos un derecho de intervención que es su mejor garantía; pero aun con este derecho, aun con el de reclamación por el interés común, de conformidad con los pactos, ó con las reglas del derecho en su caso estas facultades resultan deficientes cuando la administración social se encuentra constituida en la forma determinada por el artículo anterior.

Esta intervención debe ser libre, y debe tener resonancia, y resultar eficaz, de tal suerte que mediante ella el administrador recto y activo halle estímulo en el crédito que su proceder le proporcione, y el moroso, ó de intenciones torcidas, salga de aquel puesto de combate y de verdadera capacidad especial, para confundirse pesaroso en la masa de los asociados cuyos intereses no atendió con la diligencia que las leyes morales y físicas le imponían.

Tan peligrosa y tan perjudicial es, volvemos á decir nuevamente, la amovilidad arbitraria y caprichosa, como la inamovilidad injustificada de un funcionario que se constituye en un poder permanente, casi en el disfrute de la más original é inverosímil de las inviolabilidades.

Art. 134. Las negociaciones hechas por los socios en nombre propio y con sus fondos particulares, no se comunicarán á la com-

pañía ni la constituirán en responsabilidad alguna, siendo de la clase de aquellas que los socios puedan hacer lícitamente por su cuenta y riesgo.

No puede ni debe olvidarse nunca el carácter personalísimo de estas asociaciones.

No se trata, como hemos visto en todo lo manifestado en la Sección, de compañías que limiten la responsabilidad de los asociados y en las que éstos puedan determinar *a priori* la intensidad de las obligaciones que contrajeron. Por consecuencia, así como el hombre en sus actos personalísimos eslabona y enlaza todas sus relaciones, dirigiendo la acción de su fuerza y de su interés de tal suerte que no sea un acto destructor del otro, ó cuando menos se lo haga contraproducente, el hombre debe obrar dentro de la sociedad colectiva del mismo modo que obra en los actos de su propia y singular individualidad.

Debe á la asociación manifestada en esta forma su capital y sus aptitudes, y sólo cuando uno y otras no sean obstáculos ni merma de lo que al fin social se debe, sólo entonces podrán los socios encaminar su actividad y sus fondos á otra clase de negociaciones. Autorizar otra cosa sería destruir la esencia y la armonía que son el carácter de las asociaciones colectivas: el mismo crédito caería herido por su base, y ante el temor de las especulaciones extrañas á la asociación colectiva, el capital se mostraría retraído, y esta forma de las compañías sería más que deficiente, perjudicial, y fácil al mismo tiempo para realizar por ella el engaño y el descrédito.

No se puede, en justicia, considerar como una personalidad muerta á la del socio colectivo, vedándole en absoluto aquellos géneros de especulación y tráfico que no sean un entorpecimiento de la obligación principal y solidaria: de aquí ha surgido en el terreno doctrinal la cuestión de si el socio colectivo ó comanditario por el mero hecho de serlo se incapacitaba para intervenir en operaciones mercantiles que no fuesen las de la sociedad misma. Vidari, planteando la cuestión, pregunta: ¿La condición de socio elimina la condición de persona; los intereses sociales pueden excluir los individuales; pueden libremente co-existir ambas cualidades ó condiciones sin que la una se subordine necesariamente á la otra?

Es, como dice el mismo ilustre catedrático, unánime la opinión de los Códigos en no permitir la ilimitada libertad, la plena libertad de acción, propia de los que no se encuentran asociados, ni comprometidos por consiguiente á un fin concreto para el que libremente se ligaron con vínculos de unión estrecha encaminada á una misma realidad.

Así como es ajeno á todo principio de equidad y de lógica considerar al socio como una personalidad que desaparece y sucumbe ante un hecho social colectivo ó comanditario cualquiera, asimismo sería un absurdo dejar al individuo el derecho de obligarse solidariamente á su arbitrio de tal manera que fuese ilusoria toda responsabilidad solidaria.

Pueden contestarse perfectamente, á nuestro juicio, y resolverse con arreglo á la equidad y á la justicia las cuestiones planteadas.

La cualidad ó condición de socio no es una eliminación del individuo: la sociedad subsiste, el socio la nutre, el individuo vive vida propia, y ejercita su acción y su derecho como individuo, pero sujeto á los vínculos que se creó y á las obligaciones que se impuso.

En tanto en cuanto en la esfera de la actividad humana realice el hombre el derecho, en otro tanto será libérrimamente capaz y dueño de ejercitarlo: pero no se entiende, ni puede seguramente interpretarse, esa libertad, por la elección de motivos que impidan, retarden, aminoren ó anulen los primeros que le condujeron al compromiso social colectivo ó comanditario.

La propia naturaleza del contrato de sociedad le impide realizar actos que le sean contrarios, y en tal sentido, cuando los que realiza son de la clase de los que libremente puede practicar por su cuenta y riesgo entonces el individuo vive en propio ser, su individualidad singular, independiente de la solidaria que le retiene y le obliga con la asociación.

Tal es nuestro sentir en esta cuestión, y así también se expresa el Código en los artículos siguientes, que con éste se relacionan, y á los que nos referimos para complementar lo expuesto en este punto.

La segunda cuestión es: ¿Pueden los intereses sociales suprimir los individuales?

Desde el momento en que el signo característico de las asociaciones colectivas es la solidaridad, no hay cuestión posible.

Si el socio colectivo queda solidariamente responsable no ya con lo que aportó ó prometió aportar, sino con su peculio propio y extraño á la sociedad, si cabe lo de extraño en la fortuna de los socios colectivos, claro y evidente es que toda obligación distinta de la primera que pueda comprometer su fortuna es una merma, y puede ser una defraudación del deber solidario.

El crédito del socio colectivo es la solidaridad, y en el mero hecho de que sus intereses individuales puedan ponerse en frente de los sociales, la solidaridad no existe, y el crédito es una ficción más ó menos jurídica. No implica lo dicho el que el socio colectivo anule todas sus iniciativas y mate todas sus actividades; no queremos decir que vinculemos absolutamente su fortuna al hecho social existente con anteriori-

dad: pero si debemos significar que, con arreglo á nuestra conciencia, y meditando en el modo de ser de las asociaciones colectivas el interés social es absorbente y el individual debe subordinarse á él.

Dada la solidaridad existe la subordinación de lo individual á lo social: pero no la subordinación ciega y absoluta, sino la equitativa que manteniendo la base del crédito en su justo medio, deje al individuo en otras esferas distintas los medios de acción proporcionados á los medios de responsabilidad.

En este sentido es como el socio colectivo y comanditario puede pertenecer á distintas asociaciones mercantiles, y realizar por su cuenta y riesgo operaciones comerciales que no sean de la especie de aquellas á que primeramente se sometió.

Art. 135. No podrán los socios aplicar los fondos de la compañía ni usar de la firma social para negocios por cuenta propia; y en el caso de hacerlo, perderán en beneficio de la compañía la parte de ganancias que, en la operación ú operaciones hechas de este modo, les pueda corresponder, y podrá haber lugar á la rescisión del contrato social en cuanto á ellos, sin perjuicio del reintegro de los fondos de que hubieren hecho uso, y de indemnizar además á la sociedad de todos los daños y perjuicios que se le hubieren seguido. (*Artículos 96 y 97, Cód. alemán; 110 y 112, italiano.*)

La misma idea de la personalidad jurídica, del ser moral de la asociación, implica lo absorbente de ésta. En ella se funden las voluntades; á ella van los capitales; ella tiene en sí la capacidad, la iniciativa y la fuerza de los asociados. La consecución de un lucro, la realización de una idea práctica, es el fin de la sociedad y á ella se encaminan la suma de todos sus elementos.

Por estas razones el individuo no puede ni debe contrariar directa ni indirectamente el fin de la asociación; por esta causa no debe ni puede usar para su provecho de fondos que no son suyos, ni de firma que tampoco le pertenece.

Los fondos de la sociedad constituyen la vida colectiva, y el medio de realizar el ideal común; y la firma es el crédito y el nombre de toda la colectividad, siendo ambas cosas propiedad exclusiva de ese ser *sui generis* condensador de todos los seres individuales que lo componen.

Las asociaciones no se forman con el objeto de lucrar á un individuo, ni los que arriesgan su fortuna y su nombre, se lanzan á empresas tan

mezquinas como la satisfacción de los apetitos de una persona. Entra, desde luego, el interés personal; pero es el de todos los asociados y siempre, sobre ese interés, queda la obra realizada, el bien conseguido, la manifestación del derecho desenvolviéndose en riqueza y en producción.

La firma y el nombre no son otra cosa que la unidad de todos los asociados, y sólo por todos y para todos pueden emplearse legítimamente. Así, la ganancia realizada por el uso indebido de la *razón social* queda en beneficio de la compañía, además de la que pudiera corresponder al autor del hecho, y sin perjuicio de la rescisión del contrato, del reintegro de los fondos y de la indemnización que procedan como consecuencias del abuso de confianza.

Si la responsabilidad es solidaria, también, y en justa reciprocidad, es solidario el beneficio.

Art. 136. En las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia sin que preceda consentimiento de la sociedad, la cual no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto.

Los socios que contravengan á esta disposición, aportarán al acervo común el beneficio que les resulte de estas operaciones, y sufrirán individualmente las pérdidas si las hubiere. (*Art. 96, Código alemán; 110, italiano.*)

Art. 137. Si la compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse, los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca á la especie de negocios á que se dedique la compañía de que fueren socios, á no existir pacto especial en contrario.

Cuanto acerca de lo más esencial pudiéramos ahora decir se halla consignado al pie de los artículos anteriores; por consiguiente y concretando lo legislado encontraremos definido claramente su concepto.

Hay que distinguir sólo la determinación ó indeterminación que existe en la escritura social del género de comercio de la compañía. Cuando no se haya determinado el género, el socio que quiera gestionar por cuenta propia, podrá hacerlo obteniendo el consentimiento de los demás aso-

ciados, los cuales habrán de justificar su negativa. De este modo, no se esteriliza la acción individual, ni la subordinación de la persona á la colectividad reviste el carácter de una anulación completa.

Ahora bien, cuando la sociedad ha determinado el género de comercio á que ha de consagrarse, los socios conociendo la esfera de su subordinación al primer pensamiento, pueden libremente desenvolver su actividad mercantil en otras empresas que, no siendo del mismo género, les permitan realizar los fines comerciales. Esto se entiende, como expresa el art. 137 salvo pacto en contrario, en cuyo caso éste es una condición de ineludible cumplimiento.

De esta suerte queda de un lado asegurada la individualidad en sus compromisos solidarios, y la asociación disfruta de la unidad y armonía que deben ser y son la base de todas sus operaciones, y de otra parte el individuo puede emprender distintos negocios sin detrimento de los fundamentales, y realizando su provecho independientemente del colectivo, al que, repetimos, se encuentra subordinado.

Se hace preciso, pues, conforme á lo determinado por el art. 136, el consentimiento de la Sociedad para emprender negociaciones mercantiles; pero como el consentimiento puede traducirse por los actos que se ejecutan lo mismo que por la voluntad manifiesta de los socios, de aquí que ocurra la duda de si esta expresión social ha de ser expresa ó tácita, si ha de provenir de escritura pública ó privada, ó si puede originarse de un acto íntimo que no se encuentre sancionado en ninguna clase de documentos.

El profesor Vidari (1) opina que debe ser expreso cuando se trate de obtenerlo en tiempo posterior al ingreso del socio en la Sociedad, y que si bien es demasiado rigoroso el precepto de algunas legislaciones (Códigos de Buenos Aires y del Uruguay) que no admiten más consentimiento que el dado expresamente, es sin embargo el procedimiento y la disciplina más segura.

Por la misma letra de nuestro Código no puede presumirse el consentimiento presunto, y deduciendo las disposiciones del art. 136 y las del 138 se ve claro el deseo del legislador de que la voluntad de la asociación se manifieste expresamente.

Este medio es, con efecto, el más seguro y el que ofrece mayores ventajas para las terceras personas que contratan y se obligan con los socios.

Art. 138. El socio industrial no podrá ocuparse en negociacio-

(1) *Corso di diritto commerciale*, vol. 2, tit. II, cap. II, sez. I, art. II, § I, Doveri dei socii, pag. 241.

nes de especie alguna, salvo si la compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, ó aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo á esta disposición.

Sagradas son las obligaciones contraídas entre los socios, pero de mayor importancia aún aquéllas que se engendran y nacen entre el que aporte su inteligencia, como elemento de riqueza, y el que entrega su capital como palanca para remover y vencer toda clase de obstáculos.

Así como el socio capitalista se obliga con sus bienes, cuyos productos han de ser repartidos en día más ó menos próximo, y tiene el deber ineludible de entregar el capital por que se comprometió, del mismo modo y en la misma forma queda obligado el socio industrial con toda su actividad y con toda la inteligencia.

No bastaría para evitar abusos el uso discrecional del nombre y firma de la Sociedad; no sería fianza de moralidad el impedir gestiones de la misma índole á los asociados, cuando se hallan bajo el vínculo de la asociación, si á todas estas seguridades no se uniese la de que, los socios industriales deben toda su industria á los que fian en ella sus capitales y las esperanzas del éxito.

Sólo expresamente autorizados pueden estos socios dejar de prestar á asociación toda su actividad en gestiones mercantiles, y cuando sin dicho consentimiento y poniendo en olvido deberes que no sólo se amparan en la ley positiva, sino en los más altos preceptos de la moral, los socios industriales verificasen operaciones de cualquiera especie, los demás asociados, previa apreciación de los hechos y de sus consecuencias, podrán optar entre la exclusión del socio, ó, continuando el monopolio de su industria, el aprovechamiento de lo que hubiere realizado el mismo al infringir los preceptos legales.

Hay que considerar que muchísimas veces son los socios industriales los autores del pensamiento que dió vida á la empresa, y que por consiguiente deben mayor celo y mayor actividad á la misma, en justa compensación del capital que se les brinda y de la confianza decidida que se les otorga. Seguir otro procedimiento equivaldría á facilitar el fraude y á hacer recelosos á los capitalistas alejándolos de las especulaciones mercantiles.

Los mismos deberes del capital tiene la industria, y en tal concepto son, doctrinalmente, idénticos para los derechos y las consideraciones sociales.

Art. 139. En las compañías colectivas ó en comandita ningún socio podrá separar ó distraer del acervo común más cantidad que la designada á cada uno para sus gastos particulares; y si lo hiciere, podrá ser compelido á su reintegro como si no hubiese completado la porción del capital que se obligó á poner en la sociedad. (*Art. 95, Cód. alemán; 111, italiano.*)

Ya hemos manifestado anteriormente al ocuparnos punto por punto de los requisitos de la escritura pública de constitución de las Sociedades mercantiles la razón y el por qué de la inscripción de las cantidades asignadas á los socios para estos gastos, que son, en todo caso, una merma del capital y una obligación personalísima del ser moral Sociedad para con determinados funcionarios suyos.

En tal sentido, claro está que si una vez consignada la cuantía y totalidad de lo que representan estos gastos que merman el capital, esta cuantía pudiera elevarse á voluntad de algunos socios, y sin más formalidad que la expresión libre de sus deseos, no sólo sería ineficaz sino completamente inútil la cláusula de inscripción en el Registro.

Se debe solamente la cantidad designada, y todo exceso de ella, considerado como falta de la porción correspondiente al socio, entra en la categoría de cantidad reintegrable por procedimiento mercantil. (Artículo 470.)

Art. 140. No habiéndose determinado en el contrato de compañía la parte correspondiente á cada socio en las ganancias, se dividirán éstas á prorrata de la porción de interés que cada cual tuviere en la compañía, figurando en la distribución los socios industriales, si los hubiere, en la clase del socio capitalista de menor participación. (*Artículos 107 y 109, Cód. alemán.*)

Art. 141. Las pérdidas se imputarán en la misma proporción entre los socios capitalistas, sin comprender á los industriales, á menos que por pacto expreso se hubieren éstos constituido partícipes en ellas.

Existe perfecta armonía entre ambos artículos.

El 140 establece el prorrateo para la distribución de las ganancias cuando la forma no se haya establecido previamente.

Tal es el espíritu recto y desapasionado; pero, en el resto del artículo,