

las obligaciones recíprocas asumidas por las partes contratantes; pero como la entrega y las circunstancias bajo las cuales puede la empresa constituirse en mora, sólo pueden efectuarse donde la obra haya de hacerse ó entregarse, es indudable que deberá tenerse en cuenta la ley allí vigente para resolver las cuestiones relativas á estos puntos.

Tratándose de la construcción de un edificio ó de otra obra análoga, conviene referirse á la ley territorial en todo aquello que ésta disponga por razón de policía ó de orden público, como por ejemplo, en lo concerniente á la responsabilidad del arquitecto ó del empresario en caso de ruina ó de arrendamiento del edificio construído (1).

Sostenemos, por último, que puede aplicarse la ley territorial respecto de los derechos relativos á los obreros empleados en la construcción del edificio. Con arreglo al art. 1.645 del Código civil italiano, concordante con el 1.798 del francés (a), los obreros pueden ejercitar su acción contra el comitente de los trabajos por el débito que aquél tenga con el empresario en el momento en que incoen su acción. Parece indudable que dicha disposición puede invocarse útilmente para determinar los derechos de los trabajadores empleados en la construcción de un edificio en Italia ó en Francia, puesto que aquélla regula los derechos correspondientes á los que prestan su trabajo como artesanos en el lugar sometido al imperio de la citada ley.

(1) Confr. art. 1.792 del Código civil francés y el 1.639 del austriaco.

(a) Aunque en distinta forma, contiene la misma disposición en el fondo el art. 1.597 del Código civil español.

## CAPITULO IV

### Del contrato de sociedad.

**1.127.** De las diversas formas de sociedad y de sus relaciones con las leyes.

**1.128.** Objeto del tratado.—**1.129.** Bajo qué respecto debe atribuirse autoridad á la ley del país en que la sociedad esté constituida.—**1.130.**

Decisión del Tribunal de casación francés.—**1.131.** Justas limitaciones de la ley extranjera bajo la cual se concluyó el contrato de sociedad.—

**1.132.** Ley que debe regir las relaciones recíprocas de los asociados y de los accionistas.—**1.133.** Autoridad de la ley del país en donde la sociedad realiza sus operaciones.—**1.134.** Cómo debe determinarse el carácter de una sociedad extranjera y cuándo puede reputarse lícita.—

**1.135.** Determinación de la autoridad de la *lex loci contractus* y de la ley territorial.—**1.136.** De la administración de los asuntos sociales en sus relaciones con la ley.—**1.137.** Los terceros pueden siempre invocar la aplicación de la ley territorial.—**1.138.** Debe decidirse con arreglo á ésta cuando las acciones pueden ser comerciales.—**1.139.** Se consignan los principios relativos á los actos de administración en su relación con la sociedad, y con las obligaciones de los socios, y con los extraños á la sociedad.—**1.140.** Forma del contrato de sociedad.

**1.127.** Contrato de sociedad es aquel mediante el cual dos ó más personas convienen en poner alguna cosa en común, con objeto de repartirse las ganancias que obtengan del negocio.

El efecto inmediato de este contrato es el de dar vida á una entidad jurídica reconocida por la ley como tal, y que se forma por los socios unidos y toma la cualidad de persona, y obrando como tal, contrae obligaciones respecto de terceros y ejercita en nombre propio derechos y acciones que son por sí mismos distintos de los que pertenecen á los individuos que forman esta entidad denominada sociedad.

Teniendo en cuenta la forma de los pactos celebrados para



constituirlas, el objeto de cada una de ellas y la naturaleza de las operaciones para que se han establecido, son diversas las sociedades y están sometidas, como tales, á diferentes normas legislativas que determinan las condiciones de existencia de cada una y regulan sus funciones y todas las relaciones que de ellas puedan derivarse entre los mismos asociados y los terceros. Las formas principales y más importantes de la sociedad son las establecidas para realizar operaciones comerciales y se rigen por las reglas sancionadas en los Códigos de comercio. Por la naturaleza misma de las operaciones comerciales, necesitan funcionar en países diversos y ponerse en relación con las leyes que en cada país imperan, y por consiguiente, ofrecen la más vasta serie de cuestiones desde el punto de vista de la autoridad que puede tener cada ley respecto de las condiciones de existencia de cada sociedad y de las funciones que pueden ejercer en los diversos países en que realizan operaciones y actos de comercio.

**1.128.** No es nuestro propósito ocuparnos en este lugar de todas las formas de sociedad, pues siendo nuestro objeto tratar aparte todo lo concerniente á la autoridad de las leyes mercantiles y los principios para resolver los conflictos entre las mismas, debemos dejar para su lugar oportuno todo lo concerniente á las sociedades comerciales extranjeras, en lo que se refiere á la autoridad de la ley de cada país respecto de éstas. Hemos, pues, de limitarnos aquí á exponer los principios generales relativos á las sociedades constituídas con arreglo á cada Código civil, y á determinar cuál ha de ser la autoridad de la ley á que haya de atribuirse el poder de regular la constitución y las relaciones que pueden surgir entre los interesados y entre éstos y los terceros.

**1.129.** Toda sociedad, sea cualquiera el fin para que se haya constituido, es el resultado de la convención estipulada entre personas puestas de acuerdo para fijar las condiciones de su existencia. Puede suceder que este acuerdo de voluntades se verifique en un país ó en otro, y que los interesados convengan en establecer el centro de los negocios en el mismo lugar en que hagan el contrato ó en otro cualquiera, ó que puedan proponerse realizar operaciones que tiendan á conseguir el fin en países diversos. Deberá, pues, admitirse que, respecto de

este asunto jurídico, pueden hallarse en concurrencia tres leyes diversas: la del lugar en que se ha concluido el correspondiente contrato; la de aquel en que las partes han querido establecer el principal domicilio social, y la del lugar en que la sociedad constituida realice operaciones relativas á sus negocios. Conviene, pues, determinar cómo puede cada una de estas leyes ejercitar su propia autoridad en la regulación de un acto jurídico tan complejo. No puede sostenerse, en efecto, que toda cuestión deba resolverse con arreglo á una ú otra ley exclusivamente, sino que conviene examinar con detenimiento la naturaleza de cada cuestión, fijando la atención en la naturaleza de la relación jurídica de que proceda, para decidir acerca de la ley por que deba ser regida.

También debemos hacer resaltar en esta comparación los principios generales del derecho y distinguir: todo lo que se refiere á las relaciones contractuales establecidas entre las partes mediante el contrato concluido entre ellas, la naturaleza de estos pactos y las condiciones de validez del contrato mismo; todo lo que se refiera á la ejecución y desarrollo del contrato y el desenvolvimiento de las funciones de la sociedad; y finalmente, todo lo que respecta á las operaciones hechas en los diversos países con terceros que hayan entrado allí en relaciones con la misma.

Por regla general, debe entenderse que los contratantes (dejando aparte la cuestión de su capacidad y de la validez del consentimiento), dentro de los límites en que puede desarrollarse su autonomía, pueden pactar lo que mejor les parezca en lo que se refiere al contrato de sociedad, por ejemplo, respecto del día en que deba comenzar ó concluir; de lo que cada parte debe suministrar para formar el fondo social; del reparto de las utilidades y de las pérdidas, de la naturaleza de las operaciones, etcétera. También deberá admitirse que, cuando las partes contratantes, que sean ciudadanos de diversos países, no hayan declarado expresamente su voluntad, habrá de recurrirse á las presunciones para determinar la ley á que aquéllos han querido someterse.

Acerca de estas presunciones hay escritores que opinan que,



aun en los casos en que la sociedad no pueda reputarse como una persona jurídica, así como debe admitirse que tiene un centro de acción que está representado por el domicilio del principal establecimiento, así también deberá presumirse que los asociados han querido someterse á la ley del lugar que deba ser el centro de sus comunes intereses para todas las relaciones que se derivan del acto ó del contrato entre ellos celebrado en lo que se refiera á las condiciones necesarias para la validez del mismo.

Esta opinión parece bien fundada en la naturaleza de las cosas, pero no puede imponerse como la única sostenible en todos los casos. Parece, por el contrario, que debe ser decisiva la ley del lugar en donde el contrato de sociedad se haya estipulado, y tener su importancia, no solamente para lo que concierne á la forma exterior del contrato, sino también para determinar la naturaleza de las obligaciones contraídas por aquellos que constituyeron la sociedad y que con tal objeto estipularon el contrato. Admitimos, pues, que los asociados han debido querer someterse á la ley del lugar en que la sociedad por ellos constituida debía establecer el centro de sus operaciones para todo aquello que pueda referirse al desarrollo de las funciones sociales y al modo de obrar para conseguir el fin propuesto; pero respecto de la naturaleza y extensión de la obligación contraída por cada cual, salvo que las circunstancias hagan presumir otra cosa, debe entenderse que se han referido á la ley del lugar en que la sociedad se haya establecido.

Supongamos, para aclarar nuestro pensamiento, que el contrato de sociedad se haya estipulado en Italia entre italianos y extranjeros de distintos países, y que el fin de aquélla sea una operación ó empresa que ha de realizarse en América ó en otro punto. Demos por supuesto que surgiera una cuestión respecto de la naturaleza de dicho contrato y que se discutiese si las partes constituyeron una sociedad propiamente dicha ó una comunidad ó asociación; si quisieron formar una sociedad universal de bienes ó sólo una sociedad universal de ganancias. O supongamos, por último, que la cuestión surgiese respecto de la naturaleza y de la extensión de las obligaciones asumidas por cada socio, y que se tratase de determinar lo que cada parte se obligó á

aportar para constituir el fondo social, y de establecer los derechos de la sociedad para obligarle á efectuar la entrega en caso de que no la hubiese hecho. Parece evidente que, en estos y otros casos análogos, no debería aplicarse la ley americana, sino la italiana, porque la presunción más racional sería la de que las partes se habían referido á esta ley cuando contrataron y se obligaron estipulando el contrato en Italia.

También debería admitirse en tales casos que las partes se habían sometido á la ley americana, pero no en lo que respecta á la naturaleza y extensión de la obligación contraída por cada cual al estipular el contrato, sino en lo concerniente á las funciones de la sociedad y á las reglas del desarrollo de las mismas; porque la presunción más racional es que aquéllas hayan querido referirse á la ley del lugar designado como domicilio principal de la sociedad y someterse á ella en lo que respecta á las operaciones que la sociedad debía realizar para conseguir el fin de su institución. Admitimos, pues, que la ley del lugar destinado á domicilio principal de la sociedad debe presumirse aceptado por las partes para todo aquello que pueda ocurrir para el desarrollo y desenvolvimiento regular de la empresa. Así, por ejemplo, si en la hipótesis propuesta la sociedad constituida en virtud del contrato estipulado en Italia hubiese emprendido sus operaciones en América y surgiese cualquier cuestión acerca de si el socio encargado de la administración podía ó no hacer una cosa, respecto á su responsabilidad para con los asociados ó respecto de lo concerniente al modo de administrar el fondo común, dado que varios socios se hubiesen encargado de la administración, etc., tales cuestiones deberían decidirse aplicando la ley del lugar del domicilio principal de la sociedad, más bien que la del lugar del contrato, porque la presunción más racional sería siempre la de que, para todo aquello que los socios no hayan pactado expresamente respecto al desarrollo de la empresa, quieran referirse á la ley del lugar en que haya de realizarse el negocio jurídico de interés común y en donde hayan querido establecer el centro de su actividad y de sus comunes intereses.

De lo dicho se infiere, á juicio nuestro, que cuando por las circunstancias no pueda deducirse que los asociados han que-



rido someterse en todo á la ley del lugar del domicilio principal de la sociedad, debe prevalecer la *lex loci contractus* para regular éste y cualquiera otra relación contractual que dependa de la autonomía de las partes, y que, por consiguiente, aun en la hipótesis de que una cuestión que se refiera exclusivamente á las relaciones personales de los coobligados se suscite ante los Tribunales del lugar en donde la sociedad realice sus operaciones, no puede desconocerse la autoridad de la ley del contrato, y debe aplicarse, salvo el caso en que con ello se infrinja un principio de orden público.

**1.130.** El Tribunal de París y el de casación francés sostienen la teoría por nosotros expuesta á propósito de un asunto de la sociedad del cable trasatlántico francés constituida en Inglaterra entre socios de diversos países, uno de ellos francés. Habiendo surgido la cuestión de si, para regular las obligaciones de los socios entre sí, debía aplicarse la ley inglesa (por haberse realizado el contrato en Inglaterra) ó la ley francesa (porque la sociedad debía establecer en Francia el centro de sus operaciones), sostuvo que era aplicable la ley inglesa por haberse establecido bajo su imperio las relaciones contractuales, y decidido que no podía negarse la aplicación de la ley extranjera siempre que no hubiera ofensa para el orden público.

**1.131.** Debe admitirse también respecto del contrato de sociedad este principio general, que aun estableciendo que los pactos celebrados deben tener fuerza de ley respecto de las partes que los estipularon, ninguna cláusula contractual puede tener sanción judicial por los Tribunales de un país extranjero, cuando el reconocer esta cláusula implique la derogación de un principio de orden público sancionado por la ley territorial. Esto debería decirse, por ejemplo, de una sociedad constituida en país extranjero y admitida á hacer operaciones en Italia, en el caso de que surgiese una cuestión acerca del reparto de las ganancias y fuesen llamados á decidirla los Tribunales italianos. Suponiendo que según la ley extranjera pudiera sostenerse como válido el pacto que atribuye á uno de los socios la totalidad de las ganancias, no podría tener sanción judicial y reconocerse como eficaz por los Tribunales italianos. El art. 1.719

del Código civil dispone: «Es nula la convención que atribuye á uno de los socios la totalidad de las ganancias. También es nula aquella por la cual los capitales y efectos aportados á la sociedad por uno ó varios socios se declaren exentos de cualquier contribución en caso de pérdidas» (a). Esta disposición, que está de acuerdo con el art. 1.855 del Código civil francés, se inspira evidentemente en el motivo principal de impedir la inmoralidad. Respetando el legislador la libertad de los contratantes, ha querido proteger á la parte más débil contra la más poderosa ó más astuta, que quisiera emplear su propia influencia para imponer á los demás condiciones onerosas y contrarias á la equidad. Podría sostenerse á primera vista que, tratándose de asociados extranjeros y de pactos concluidos en otro país, no debiera restringirse su alcance en los límites fijados por nuestra ley respecto de la libertad de contratación, y que la prohibición no pudiera considerarse ordenada para salvar un principio de orden público universal; pero teniendo en cuenta que la ley que prohíbe un pacto porque lo considera inmoral, sanciona una prohibición imperativa *erga omnes*; que los tribunales italianos serían los llamados á reconocer la fuerza de ese pacto que nuestro legislador declara incurso en dicho vicio de nulidad, y que no pueden sancionar aquello que según la ley debe reputarse inmoral, puede sostenerse, con más razón, que nuestros Tribunales podrían negarse á atribuir fuerza jurídica á dicha cláusula contractual, que implicaría una inmoralidad con arreglo á la ley territorial.

**1.132.** De cualquier modo que se aprecie la cuestión especial por nosotros propuesta, mantenemos siempre el principio

(a) El Código civil español, en su artículo 1.691, está conforme con la disposición transcrita del Código italiano, pero lo consigna en forma mucho más amplia y equitativa al establecer no ya que es nulo cualquier pacto en que las ganancias sociales se atribuyan á un solo socio, sino también aquel por el cual se excluya de su participación á cualquiera de ellos ó á varios.

En cuanto á la participación en las pérdidas, también es más previsor y justo nuestro Código al establecer que puede eximirse de ellas al socio que pone su industria en el negocio social.



de que en todos los casos en que se trate de resolver acerca de las relaciones de los socios entre sí y con los administradores de la sociedad, como todo debe depender del estatuto social, ha de regirse por la ley bajo la cual se celebró el contrato y en donde la sociedad se constituya, y que respecto de esto no puede hacerse depender todo de la ley del domicilio principal de la sociedad misma. Este principio debe aplicarse, en general, siempre que se trate de decidir acerca de las obligaciones de los socios entre sí; de la que tienen á aportar aquello por que se comprometieron y de las consecuencias que pueden derivarse de no cumplir las obligaciones en el término fijado; de la que tiene cada uno de los socios de responder de los daños ocasionados por su culpa; de la de contribuir á las pérdidas; del derecho de reclamar su parte de utilidades, etc. No debe, pues, admitirse que el principio general pueda sufrir distinta aplicación en la hipótesis que de la sociedad constituida en el extranjero sean accionistas los ciudadanos del país en donde aquélla haya sido admitida á hacer operaciones, porque así como tratándose de una sociedad extranjera al hacerse accionistas los ciudadanos se habría sometido á la ley del país en que la sociedad se haya constituido, deberían someterse también á cuanto disponga el estatuto correspondiente, y los Magistrados territoriales tendrían que aplicar dicho estatuto, salvo siempre el caso en que se trate de disposiciones contrarias al orden público.

Supongamos, por ejemplo, que se fundase en país extranjero una sociedad por acciones con arreglo á la ley allí vigente, y que, según el estatuto social, se estableciese que los suscriptores de acciones que hubiesen suscrito y entregado una parte é incurriesen en mora para entregar el resto, podrían sufrir la confiscación de lo pagado sin que la sociedad tuviese que restituir nada ni dar cuenta alguna, sino con el derecho de vender en su exclusivo beneficio, reteniendo el precio á título de indemnización ó de pena impuesta al asociado que no haya cumplido íntegramente su obligación. Si en tales circunstancias dicha sociedad hubiese emitido en Italia ó en Francia parte de sus acciones y los suscriptores franceses ó italianos hubiesen pagado sólo una parte de su importe, y á consecuencia de haber incurrido en mora

en el pago del resto los administradores de la sociedad hubiesen vendido aquellas acciones y quisiesen retener el precio de la venta, podrían los suscriptores invocar la aplicación de la ley italiana ó de la ley francesa y pedir que, en atención de haberse hecho la suscripción en Italia ó en Francia, debían regularse las consecuencias de su morosidad aplicando la ley vigente en donde se realizó dicho acto jurídico. A juicio nuestro, no estaría semejante pretensión bien fundada en derecho, pues los contratos legalmente concluidos en el extranjero deben tener siempre fuerza de ley respecto de las partes que los hayan estipulado, y esto debe ocurrir con el contrato de sociedad, que habrá de regular en todas partes las relaciones establecidas entre los asociados, por virtud del estatuto social que reguló en su origen la constitución de la sociedad y los derechos y obligaciones recíprocas de los asociados. La ley del país en que la sociedad extranjera lleve á cabo actos ú operaciones, puede tener autoridad para regular las relaciones entre aquélla y los terceros; mas para lo concerniente á los estatutos sociales y á las relaciones entre aquélla y los asociados, no puede depender de las diversas leyes de los países en que la sociedad funcione, pues de otro modo se seguiría que las sociedades extranjeras debían someterse á todas las disposiciones legales vigentes en los distintos países, aun en lo relativo á su constitución interna y á los derechos y obligaciones recíprocas de los accionistas. El extranjero que se ha hecho accionista se ha sometido voluntariamente al estatuto social y á los pactos en él establecidos, y no puede excluirse la aplicación de la ley extranjera en las cuestiones que se refieren á las relaciones entre él y la sociedad.

Ahora bien, en el supuesto de que la ley extranjera permitiese estipular á título de cláusula penal, de indemnización ó de otro cualquiera la confiscación de lo pagado en parte á beneficio de la sociedad, deberá admitirse y reconocerse la autoridad de ese pacto contractual y no puede ser obstáculo el que la inscripción y el pago se hayan hecho en Francia ó en Italia, porque, como se trataría siempre de un hecho relativo á relaciones contractuales que se refieren á la constitución de una sociedad extranjera, todo lo concerniente á ésta y á las relaciones de los ac-