

del Gobierno, lo que parece asimilarlas á las sociedades anónimas. Pero hay una diferencia radical entre las sociedades y las tontinas. El Sr. de Hauterive, en el informe por el cual se dió el aviso del Consejo de Estado, dice muy bien que las sociedades extienden y multiplican la acción vivificante del trabajo; forman capitales que, puestos en actividad en una industria siempre fecunda, producen nuevos capitales. Las tontinas no producen movimiento, capital ni industria; la suma de los capitales es siempre la misma; los productos, considerados en conjunto, permanecen invariables; la repartición sólo está sometida á las variaciones que traen las probabilidades de defunciones; no resulta ninguna utilidad por el trabajo; no puede, pues, haber ningún reparto de utilidades. Es un contrato aleatorio. (1)

149. Por aplicación del mismo principio fué sentenciado que no hay sociedad en las siguientes convenciones. Unos agentes de seguro se obligan á repartir entre ellos los derechos de corretaje procedentes de sus operaciones. (2) Dos personas que viven en concubinato ejercen en común una industria ó un comercio. (3) Unos comisionistas de transporte, en vista de economizar gastos, se comprometen á poner en común todas las mercancías que cada uno de ellos transporte. (4) En todas estas convenciones el elemento esencial de la sociedad falta: la intención de repartir los beneficios que pudieran resultar.

150. ¿En qué debe consistir este beneficio? La noción de utilidad implica la idea de una utilidad pecuniaria que enriquece á los asociados. Es para aumentar su fortuna por lo que se asocia uno. Por esto es que las sociedades de gusto no son sociedades: volveremos á este punto. Fué, sia

1 Delangle, t. I, núm. 3 y todos los autores.

2 Danegada, 29 de Noviembre de 1831 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, número 108).

3 París, 19 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 84).

4 Rouen, 5 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1849, 2, 228).

embargo, sentenciado que unos particulares pueden válidamente constituirse en sociedad para poner en común el derecho de cazar que les pertenece, ya sea como propietarios, ya como arrendatarios de este derecho. La Sala Criminal decidió, en consecuencia, que es de esencia de estas sociedades crear, en provecho de la individualidad colectiva, intereses y derechos propios distintos de los intereses y de los derechos de cada uno de sus miembros; de donde resulta que pueden promover en justicia en las formas y condiciones fijadas por sus estatutos. (1) Esta decisión suscita muchas dudas. La pretendida personificación de las sociedades civiles nos parece ser un error seguro. Aun hay más: el elemento esencial de las sociedades falta. ¿Dónde está la utilidad que realiza cada socio? La Corte contesta que es la parte que toca á cada uno de ellos en el goce de la cosa social. Esta utilidad consiste en un gusto, un placer; no enriquece seguramente á los asociados, puesto que los sujeta á un gusto que sobrepasa los productos. ¿Por qué había de bastar el gusto de la caza para constituir una persona civil, mientras que los demás placeres no bastan para constituir una sociedad?

151. No basta que el contrato procure una utilidad para que haya sociedad, es necesario además que esta utilidad sea común; esta es la doctrina tradicional, el Código la consagra diciendo que la puesta en común debe hacerse en vista de *repartirse la utilidad* que pueda resultar (artículo 1832); y en efecto, el reparto de utilidades implica que son comunes. (2) La jurisprudencia está en este sentido.

Dos negociantes ponen en común una suma de 2,000 francos para gozar de ella alternativamente tres meses cada uno, para las necesidades de sus respectivos comercios. Fué sentenciado que esta convención no formaba una sociedad. La

1 Casación, 18 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 455).

2 Troplong, núm. 16. Pont, t. VII, p. 52, núm. 79.

Corte de Casación dice que una sociedad no puede existir sin que haya una utilidad que repartir entre los asociados y sin que haya pérdida que soportar en común. Y este carácter no se hallaba en la convención litigiosa, puesto que la bolsa común no se empleaba nunca en interés común de las partes, se ponía alternativamente á su disposición para sus negocios particulares, lo que excluye la idea de una sociedad. (1)

Varias personas poseían en común una fábrica que cada cual explotaba á su turno por su cuenta particular, con cargo de una sencilla indemnización para las demás, y por un determinado tiempo. La Corte de Casación sentenció que esta convención no creaba entre los contratantes relaciones de sociedad. La sentencia atacada decía muy bien que una sociedad no puede existir más que entre personas que ponen una cosa en común para repartir las utilidades; luego son asociados aquellos que deben sacar utilidad de los negocios que se hacen por interés de todos y que deben contribuir en las pérdidas; y en el caso no había contribución en las pérdidas ni en los beneficios. (2)

152. El carácter de la sociedad que examinamos da lugar á otras dificultades. Es incontestable que la participación en las utilidades eventuales de una empresa es de la esencia de la sociedad, y que sin esta participación no habría sociedad posible. Pero de esto no debe concluirse que toda convención en la que se encuentra este elemento constituya necesariamente una sociedad. Hay otros elementos que tienen que tenerse en cuenta. La Corte de Casación los enumera en una sentencia pronunciada por informe de M. Rau: «El contrato de sociedad exige como condiciones esenciales de su formación la intención de las partes en asociarse, una cosa puesta en común, y la participación en las uti-

1 Denegada, 4 de Julio de 1826 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 104).

2 Denegada, 4 de Enero de 1842 (Daloz, en la palabra *Industria*, número 418).

tidades y las pérdidas de la empresa. En el caso una de las partes, que se pretendía socio, había ministrado capitales para la explotación de una industria, estipulando además del interés legal una parte de las utilidades. Se concluía de la participación en las utilidades que había sociedad. La Corte contesta que esta convención puede constituir un préstamo; que también puede constituir una sociedad; hay que ver cuál es la intención de las partes. Según los términos del acta quisieron hacer un préstamo; pero pudiera ser que bajo el nombre de préstamo hayan querido esconder una comandita para poner al abrigo de las malas suertes de la empresa el capital que debía ministrar el dador de fondos. Al juez del hecho toca averiguar si las partes han entendido poner el capital en común; en este caso declarará que hay una sociedad disfrazada bajo la apariencia de un préstamo. La sentencia atacada comprobaba lo contrario: que los capitales ministrados no habían sido puestos en común; que era un préstamo reembolsable á plazo fijo; comprobaba también que en la intención de las partes, tal como resultaba del conjunto de las actas y de las circunstancias de la causa, se trataba sencillamente de una operación de préstamo y no de la formación de una sociedad en comandita; en fin, quedaba probado que no se encontraba en las actas ningún rastro de participación en las pérdidas por parte del que ministraba los fondos. Luego, apesar de la participación en las utilidades, no había sociedad. (1)

152 bis. La misma cuestión se presentó para un arrendamiento. Contrato por el que los propietarios de una fábrica de tejidos la dan en arrendamiento por doce años, mediante una renta anual de 25,000 francos y una parte

1 Denegada, 8 de Enero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 194). Compárense las sentencias relatadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 142; Lieja, 9 de Julio de 1821 (Pasicrisia, 1821, p. 421); Bruselas, 30 de Octubre de 1828 y 31 de Marzo de 1874 (Pasicrisia, 1828, p. 311, y 1874, 2, 156), y Pent, t. VII, p. 64, núms. 91-92.

en las utilidades netas, valuadas á un octavo para el segundo año y á un cuarto para los años siguientes. Uno de los arrendatarios muere y el otro fué declarado en quiebra un mes después de que un incendio destruyó el edificio de la fábrica. Los dadores pidieron que se les ministraran por privilegio en el pasivo de la quiebra, por todas las rentas vencidas y por vencer en virtud del art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20, núm. 1). Los síndicos opusieron á esta acción que los pretendidos dadores eran unos socios y, como tales, obligados solidariamente hacia los acreedores sociales. Fué sentenciado por la Corte de Riom que el acta litigiosa era un arrendamiento; en el recurso intervino una sentencia de denegada (1) fundada en que la apreciación de los jueces del hecho era soberana. Los primeros jueces invocaban la intención de las partes que resultaba de las estipulaciones del acta y la ejecución que ésta había recibido. Se estipulaba en el contrato que los dadores dejarían en la fábrica todo el algodón que había, á reserva de recoger al concluir el arrendamiento las mercancías y provisiones de la fábrica hasta concurrencia máxima de 50,000 francos, cláusula usual en los arrendamientos de fábricas: además, nada indicaba la formación de una sociedad entre las partes contratantes. La participación en los beneficios era parte del precio del arrendamiento. Para ver en ello una señal de asociación hubiéranse necesitado estipulaciones relativas á los derechos y obligaciones de los asociados, mientras que los arrendatarios siempre se habían considerado como ocupando la fábrica á título de arrendamiento.

153. El mismo principio recibe su aplicación á una convención bastante usual que interviene entre un autor y su editor. Este se encarga de la impresión; los gastos se quitan del producto de la venta y las utilidades se reparten. Algunas veces el autor se obliga, en caso de insuficiencia de

1 Denegada, 9 de Noviembre de 1809 (Daloz, 1870, 1, 213).

la venta, á sufrir la mitad de los gastos. El Tribunal de Comercio de París había sentenciado que semejante convención tenía todos los elementos de una sociedad mercantil. Cada parte hace su «aporte», una con los productos de su inteligencia, la otra con su capital y su industria; hay participación de utilidades así como de pérdidas. En apelación la decisión fué infirmada por razón de que el autor que vende su obra no hace un acto de comercio. En realidad el editor y el autor no tienen intención de asociarse: el autor cede su obra ó una edición de su obra; los elementos que la convención toma de la sociedad son sólo la reglamentación de los derechos y obligaciones de la cesión. (1)

154. Es de uso bastante frecuente entre comerciantes dar á un dependiente, á título de salario, una parte en las utilidades. ¿Esta convención hace al empleado socio de su patrón? Nos parece que sólo con presentar la cuestión se la resuelve. La igualdad es de esencia en la sociedad, y el dependiente es el subordinado de su jefe; este puede, en opinión general, despedir á su empleado, á reserva de pagarle una indemnización cuando la resolución del contrato da lugar á ello. Es imposible que el empleado que está obligado á obedecer las órdenes que recibe de un superior sea al igual de éste. Además, los elementos de la sociedad no se encuentran en la convención que interviene entre el patrón y su dependiente; la participación en las utilidades no basta, como acabamos de decirlo (núm. 152), es necesario una puesta en común y la intención de formar una sociedad; y el dependiente no tiene ningún derecho en el fondo común; no tiene la intención de ser socio, pues con este título tendría que sufrir las pérdidas; arrienda sus servicios y recibe á título de honorarios una parte en las utilidades. (2)

1 París, 10 de Marzo de 1843 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 131).

2 Esta es la opinión de los autores y queda consagrada por la jurisprudencia. Véanse las citaciones en Pont, t. VII, p. 60, núm. 87.

§ 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 apropósito 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 (Locré, 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. Transladamos 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 diligenciarlo 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 diligenciaros 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 (Daloz, 1865, 1, 290).

2 Denegada, 13 de Enero de 1835 (Daloz, 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 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 168, 1.º) Pont, núm. 45.