

estos abusos. Debe mantenerse esta severidad de la ley: el orden moral, sin el cual no hay orden social, está intesado en ello.

161. La ley castiga como delitos las convenciones que tienen por objeto impedir que las adjudicaciones públicas lleguen á su verdadero valor. Fué sentenciado que debe considerarse como ilícita una asociación en participación formada entre dos individuos en vista de obtener una adjudicación, bajo la condición de que uno de ellos retrocederá la mitad al otro, y que, si conserva la explotación para él solo, pagará cierta suma á título de cláusula penal. La Corte de Casación dice que deben considerarse como contrarias al orden público las asociaciones que por el nombre, las cualidades y maniobras de los asociados apartan á los postores. (1) Bajo el punto de vista penal esto puede ser cierto; pero el art. 1133 reputa ilícitas no sólo las causas prohibidas por la ley sino también las que son contrarias al orden público ó á las buenas costumbres. Y la sociedad, en el caso, sino tenía por objeto apartar á los postores, tendría cuando menos á impedir la competencia entre ambos socios; mientras que es de la esencia de la adjudicación provocar una competencia ilimitada. Nos parece que hay flojedad en la jurisprudencia, cuando menos una tendencia á legitimar convenciones que conducen necesariamente á los abusos. La severidad en esta materia está en el espíritu de la ley.

162. La Corte de París ha declarado ilícita una sociedad en nombre colectivo formada entre un farmacéutico y dos médicos para la explotación en común de un establecimiento de farmacia. Según la declaración de 25 de Abril 1777, los dueños de boticas podían sólo tener oficina y laboratorio abierto, no podían tener estas oficinas más que cuando

¹ Denegada, 23 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 531, 2.^o)

poseían y ejercían personalmente su cargo; todo arrendamiento ó cesión de privilegio les era prohibido. La ley de 17 de Abril de 1791 mantuvo estas disposiciones. Fué con el mismo espíritu que la ley de 25 Germinal, año XI, dispuso que nadie puede tener una oficina de farmacia sin el título legal autorizando la patente de farmacéutico. Estas disposiciones implican prohibición de cualquiera sociedad en la que el farmacéutico renuncia á permanecer único dueño de la dirección y explotación de su establecimiento, enajenando su libertad de acción y de responsabilidad personal que la ley le exige por interés de la salud pública. La Corte establece que la sociedad litigiosa confería á cada socio, luego á aquellos que no tenían calidad de farmacéuticos, la dirección á título igual en el establecimiento; lo que constituía una violación de las reglas que rigen el ejercicio de la farmacia. (1) Esta decisión está perfectamente motivada bajo el punto de vista de las leyes. ¿Pero no era ilícita la convención por otros puntos? ¿Dar á unos médicos un interés en un establecimiento de farmacia no es colocar á éstos entre su deber y su interés? Supongamos que estén convencidos de que la medicina homeopática es preferible á la antigua medicina: ¿seguirán su convicción á expensas de sus intereses? Y si sólo consultan sus intereses ¿no prescribirán drogas que aumenten sus dividendos en lugar de consultar sólo el interés del enfermo? Insistimos en estas consideraciones morales porque las cortes las descuidan y, sin embargo, son esenciales.

163. ¿Cuál es el efecto de la sociedad ilícita? El artículo 1131 contesta que una obligación por causa ilícita no puede tener ningún efecto. Esto es la aplicación del principio que rige los contratos inexistentes: un contrato inexistente, tal como una convención ilícita, no existe para la ley; el le-

¹ París, 27 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 105).

gislador no puede, pues, concederle ningún efecto. ¿Y cuál es el efecto de los contratos? El de dar una acción al acreedor contra el deudor, conforme á las convenciones fijadas por las partes contratantes. Cuando la sociedad es ilícita no hay sociedad, luego no hay socios; por consiguiente, no puede haber acción de uno contra otro.

164. Acerca del principio todos están acordes, es la aplicación del art. 1131 á la sociedad. Pero acerca de las consecuencias del principio las opiniones están muy divididas y no faltan las dudas. Suponemos desde luego que el debate sucede entre socios. Si la sociedad no recibió ninguna ejecución la solución es sencilla: no hay sociedad, luego no hay acción de un socio contra el otro. El tiempo no puede borrar el vicio que tiene la sociedad ilícita; no hay confirmación posible; en cualquiera época que se intente una acción el demandado contestará al demandante que no puede promover en virtud de un contrato de sociedad que no existe. Sólo aplicamos á la sociedad ilícita los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones* acerca de los contratos inexistentes y, especialmente, acerca de las causas ilícitas. (1)

165. Las dificultades comienzan cuando los socios han entregado sus puestas. ¿Pueden ejercer la devolución? Hemos enseñado en el título *De las Obligaciones* que lo que ha sido pagado en virtud de una obligación con causa ilícita puede repetirse (t. XVI, núm. 164). Si se admite el principio hay que decidir que los asociados tienen acción para repetir su puesta. Esta es la opinión generalmente seguida; sin embargo, hay una objeción seria. Uno de los socios es detentor de las puestas sociales; si los demás socios promueven contra él los rechazará diciendo que no hay acción en virtud de un contrato inexistente, y como es en virtud de

1 Véase el t. XVI de estos *Principios*, núms. 157 y 160. En el mismo sentido, Pont, p. 41, núm. 52.

un contrato de sociedad como los socios reclaman, puesto que reclaman sus puestas, ¿puede tratarse de puestas cuando no hay sociedad? La objeción le pareció á Troplong sin réplica. (1) Oigamos la contestación que se da. Aquel que detiene las puestas las recibió no como propietario sino como depositario, en vista de un empleo convenido entre socios; es detentor sin causa; los que promueven la repetición contra él no fundan su demanda en la sociedad, invocan, al contrario, la no validez de ésta. (2) Esta doctrina prevaleció en la jurisprudencia. (3) Hé aquí los motivos que el Tribunal de Nantes ha dado en apoyo de su decisión. En el caso una asociación había sido formada para la explotación de un estudio de notario, con cláusula de partición de utilidades entre el notario y su socio, el cual debía sucederle; pero su presentación sólo debía tener lugar el octavo año. El cesionario pagó 100,000 francos. Fué la repetición de esta suma lo que era el objeto del debate. El Tribunal admitió la repetición desde luego por un motivo de justicia. Es seguro que si los 100,000 francos no hubieran sido pagados el cedente no hubiera tenido ninguna acción para exigir su pago; sería injusto que pudiera retener lo que no hubiera tenido derecho de reclamar. El art. 1131 dice que el contrato con causa ilícita no tiene ningún efecto; no puede tener más efecto para lo pasado que para lo venidero. Puesto que la convención debe ser apartada queda un pago hecho sin causa, el cual está sujeto á repetición. El Tribunal desecha las distinciones que se hacían en derecho romano y que hemos igualmente apartado (t. XVI, núm. 164); reemplaza el derecho romano por un principio mucho más justo,

1 Delamarre y Poitvin, *Tratado de derecho comercial*, t. I, núm. 51. Troplong, núm. 105.

2 Pont, t. VII, p. 41, núm. 53 y los autores que cita.

3 Corte de la Reunión, 18 de Enero de 1850 (Dalloz, 1855, 1, 5, sin motivos). Sentencia del Tribunal de Nantes, de 23 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 4, 377).

en nuestro concepto; cuando ambos contratantes tienen igual culpa por haber contravenido á la ley fuera injusto que uno sufriera una pérdida y que el otro obtuviera una utilidad; la razón y la justicia quieren que la culpa no sea una fuente de provecho para nadie y que las partes estén devueltas en la situación en que se hallaban antes del tratado ilícito.

166. Aceptamos esta argumentación; no sólo nos parece más moral sino también más jurídica que la opinión que niega toda acción de repetición. Una sociedad ilícita no existe y nunca existió, es la nada; se la reprueba desde el momento en que se forma, luego los efectos que produjo deben ser anotados, si no no fuera verdad decir que el contrato debe asimilarse á la nada. El principio nos parece incontestable, pero en la aplicación tropieza con una dificultad muy grave. La sociedad ilícita funcionó, realizó utilidades, luego se la declara inexistente. ¿Qué sucede con las utilidades? ¿El socio que las retiene puede ser demandado en partición? En la opinión tradicional admitida por la mayoría de los autores se contesta que los socios no tienen acción de partición, porque no puede haber reparto de utilidad más que en virtud de un contrato de sociedad, y no hay contrato. Se concluye que hay que atenerse á los hechos cumplidos tales como existen cuando el contrato se anula. (1)

Este resultado lastima el sentido moral. Generalmente las partes tienen igualmente la culpa; sin embargo, aquella que la casualidad ó una previsión culpable la ha hecho depositaria de los beneficios, los retiene, gana más en una sociedad lícita que lo que hubiera ganado en una sociedad ilícita; hace un beneficio de su falta. Esto es inmoral y está en oposición con el espíritu de la ley. El art. 1131 dice que el contrato ilícito no puede tener ningún efecto; y hé aquí

1 Véanse las citas en Pont, t. VII, p. 42, núm. 54.

que este contrato que se asimila á la nada produce nada menos que un efecto muy importante, asegurando todos los beneficios á uno de los culpables. ¿Es verdad que la consecuencia es lógica y necesaria? Creemos que hay medios para conciliar el derecho con el sentimiento moral. Desde luego se puede invocar el texto del art. 1131. El Tribunal de Nantes dice muy bien que la ley rehusa todo efecto á la sociedad ilícita, las partes deben ser reemplazadas al estado que tenían antes de haber contratado. ¿Cómo aplicar este principio cuando el contrato produce sus efectos? Los hechos cumplidos no pueden ser nulificados, la naturaleza de las cosas se opone. Si los beneficios habían sido divididos, esta división sería mantenida; es imposible anular la distribución que ha sido hecha, sería preciso para esto nulificar todas las operaciones consumadas; es decir, dar á los terceros que han tratado con los asociados el derecho de atacar las convenciones libremente consentidas; dudamos de que el principio de la inexistencia de la sociedad ilícita pueda ser llevado á esta consecuencia; en todo caso jamás se la ha propuesto. Más adelante diremos cuál es el efecto de la sociedad ilícita con relación á los terceros; por el momento se trata de zanjar una dificultad entre asociados; un beneficio se ha realizado y dividido; es un hecho verificado que no se puede anular. ¿Si el beneficio no ha sido dividido no se puede decidir que el beneficio será distribuido entre los asociados? Si la división consumada es válida apesar de la inexistencia de la sociedad ilícita ¿por qué no podría haber partición á pesar de la anulación de la sociedad? En vano se dice que la partición nulificada no puede producir efecto; en realidad la división no es anulada, y no lo puede ser, puesto que no se anula la nada. Después de la sentencia, como antes de ella, la sociedad es inexistente; si la partición hecha antes de la sentencia es válida ¿por qué no mantener la partición hecha después de la sentencia ó en

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 socios. 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 satifecha 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 contrarian 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 desfavor 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 Taló, *Estudio acerca del contrato de sociedad*, ps. 89 y siguientes. En sentido contrario, Pont, t. VII, p. 39, núm. 50.