

tencia atacada que el socio no reclamaba más que el reembolso de los intereses que se había visto obligado á pagar él mismo á sus prestamistas; se trataba, pues, no de anotecismo sino de anticipos. (1)

278. El socio tiene también acción contra la sociedad por razón de las obligaciones que contrajo de buena fe para los negocios de la sociedad (art. 1852). Se supone que el socio trató en su nombre; está, pues, personalmente obligado con los terceros; pero como obró por cuenta de la sociedad puede, si se le persigue, poner en causa á sus consocios, y si pagó puede repetir. La ley pone en ello una condición: es que la obligación haya sido contraída de buena fe. Pothier, de quien los autores del Código han tomado estas reglas, da como ejemplo el caso en que el socio vende un efecto de la sociedad por cuenta de la masa; debe indemnizarlo la sociedad por obligación de garantía que contrajo para con el comprador.

279. En fin, el socio tiene acción contra la sociedad por razón de los riesgos inseparables de su gestión (art. 1852). La ley es restrictiva; el socio no tiene acción por todos los riesgos que corre, es necesario que estos riesgos sean inseparables de su gestión y que los haya corrido sólo para los negocios de la sociedad. Esta es la explicación de Pothier; en este caso, dice, debiendo tener la sociedad todo el provecho que resulte de la gestión es equitativo que soporte todos los riesgos. Pothier concluye de esto que si un socio queda despojado por ladrones tiene derecho á una indemnización por las sumas que llevaba y de las que no podía separarse, pero que la sociedad no debe soportar el riesgo de lo superfluo. (2)

280. ¿Cómo ejerce el socio las acciones que tiene contra la sociedad? En nuestra opinión la sociedad no es un sér mo-

1 Denegada, 24 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 105).

2 Pothier, *De la sociedad*, núms. 128 y 129.

ral, una persona llamada civil; no es, pues, contra la sociedad contra quien promueve el socio, es contra los asociados. Tal es también la tradición. Pothier dice que si la sociedad es deudora con uno de los socios cada uno de ellos sólo está obligado hacia él por la parte que tiene en la sociedad. Acerca de este punto hay alguna duda.

La regla es que cuando hay varios deudores la deuda se divide entre ellos, á no ser que la deuda sea indivisible ó solidaria. No puede tratarse de indivisibilidad, puesto que se trata de deuda de dinero. Pero se ha sostenido que los socios estaban obligados solidariamente. La doctrina (1) y la jurisprudencia se han pronunciado por la opinión contraria. En una primera sentencia la Corte de Casación invoca el art. 1202, según el cual la solidaridad no puede ser admitida más que si está expresamente estipulada por las partes ó establecida por la ley, y ninguna ley, dice la sentencia, la establece entre socios para la ejecución de sus respectivos compromisos unos para con otros. (2) La Corte no prevee la verdadera dificultad; resulta del art. 2002, según el cual cada mandante está solidariamente obligado hacia el mandatario, y los socios son mandatarios cuando el acta les da poder de gerencia; y á falta de estipulaciones se consideran haberse dado recíprocamente el poder de administrar el uno por el otro. Hay, pues, varios mandantes y, por consiguiente, están obligados solidariamente. En una segunda sentencia la Corte de Casación aplica el art. 1214, según el cual el codeudor que paga la deuda no puede repetir contra los demás más que la parte y porción de cada uno de ellos. (3) Se considera, pues, al socio que paga una deuda social como siendo el mismo mandante; es decir,

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 132. Delangle, núm. 265. Pont, p. 295, números 423 y 424.

2 Casación, 15 de Noviembre de 1831 (Dalloz, 1831, 1, 352).

3 Denegada, 8 de Enero de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 75). Compárese Pont, página 296, núm. 426.

deudor solidario. Esto puede sostenerse en el caso previsto por el art. 1859 cuando todos los socios tenían poder de administración. Pero si el contrato encarga á uno de los socios la administración los demás no tienen ya el poder de gerentes, sólo son mandatarios; si obran por cuenta de la sociedad no se les puede considerar como gerentes de negocios, y la ley no establece ninguna solidaridad entre los dueños cuyos negocios tienen gerente.

La acción de los socios da también lugar á otra dificultad. Si uno de los asociados está insolvente ¿quién sufrirá la pérdida resultante de la insolvencia? En el caso en que los socios se consideran como mandantes, es decir, como codeudores solidarios, se aplica el art. 1214, según el cual la pérdida que ocasiona la insolvencia de uno de los codeudores solidarios se reparte por contribución entre todos los demás codeudores solventes y el que hace el pago. Pothier va más allá: no admite la solidaridad entre socios y, no obstante, enseña que la pérdida resultante de la insolvencia debe ser soportada por todos los socios solventes. Invoca la igualdad que debe reinar entre los socios; esta igualdad, dice, no permite que el socio acreedor de la sociedad sufra solo la pérdida. Esto es muy dudoso; sería una excepción á los principios que rigen las deudas divisibles, ¿y puede admitirse una excepción sin texto que la consagre? (1)

#### § IV.—DEL REGLAMENTO DE LAS PARTES.

##### *Núm. 1. Cuando hay convención.*

281. La ley no determina la parte de los socios en las utilidades y las pérdidas más que cuando nada dice el contrato (art. 1854). En principio deja entera libertad á las partes contratantes. Esto es el derecho común; era inútil proclamarlo. La ley consagra implícitamente el derecho de

1 En sentido contrario Pont, p. 296, núm. 425, según Pothier, núm. 132.

los socios prohibiendo ciertas cláusulas (art. 1855); la excepción confirma la regla. Treilhard lo dice en la Exposición de los Motivos: «Los socios pueden insertar en su contrato todas las cláusulas que no lastimen la ley ni las buenas costumbres, y medida de sus compromisos es la que gustaron convenir.» A primera vista se pudiera creer que la más completa igualdad debe reinar entre los socios. Esto es verdad si se entiende la igualdad proporcional, pero el Relator del Tribunado dice muy bien que nada habria tan contrario á la verdadera igualdad como una cláusula que, apesar de la desigualdad de puestas, asignára una parte igual á cada socio. Por esto es que la ley tenía que dejar á las partes el derecho de fijar ellas mismas la parte de cada una en el beneficio y en las pérdidas. «Es evidente, dice Boutteville, que los que forman una sociedad son los únicos que pueden conocer bien y apreciar en lo justo lo que cada uno trae en ella en valores reales, pero sobre todo en industria, en celo, en talento, actividad y valor.» Esta doctrina es la de Domat. (1)

282. De ordinario los socios sólo pierden la parte en las utilidades. ¿Cual será en este caso su parte en las pérdidas? Domat contesta que se fijarán bajo el mismo pie. (2) Esta es la igualdad proporcional que se considera como haberla querido los socios por esto sólo: que no la han derogado; diremos más adelante y en qué límites se permiten estas derogaciones.

La jurisprudencia ha consagrado la doctrina tradicional. Una acta de sociedad dice que uno de los socios tendrá la tercera parte en las utilidades y el otro las dos terceras partes. Se dice que los anticipos y gastos se harán por mitad.

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 8 (Loché, t. VII, p. 243). Boutteville, Informe núm. 13 (Loché, p. 249). Domat, *Leyes civiles*, lib. I, título VIII, sec. I, pfo. VI.

2 Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tit. VIII, sec. I, núm. 5, p. 89.

Habiendo la sociedad sufrido pérdidas los árbitros decidieron que cada socio soportara la mitad de la pérdida, puesto que, según sus convenciones, cada uno debía contribuir por mitad en los anticipos. En apelación la sentencia fué reformada. La Corte pone en principio que la igualdad debe ser proporcional; que, por consiguiente, la parte en las pérdidas debe ser la misma que la parte en las utilidades, á reserva de que las partes hagan convenciones contrarias. (1)

283. La aplicación del principio ha presentado una dificultad. ¿Cómo debe entenderse la contribución en las pérdidas? Se ha sentenciado que las puestas de los asociados deben ser retiradas antes del reparto de las utilidades ó de las pérdidas, y se ha concluido de ello que cuando las puestas son iguales y que las utilidades y las pérdidas se reparten desigualmente esta porción desigual no se aplica á la prelación de las puestas. En el caso uno de los socios, que tenía dos terceras partes en las utilidades, debía soportar dos terceras partes de las pérdidas. El recurso no contestaba este principio, pero pretendía que siendo iguales las puestas cada socio debía recogerlas por mitad; como el fondo social no bastaba para esta devolución hubiera resultado que cada socio hubiera tomado la mitad del activo y la cláusula de partes desiguales hubiera quedado sin aplicación. La Corte de Casación confirmó la interpretación contraria admitida por la sentencia atacada. (2) Esta es la interpretación más natural. No es exacto decir que los socios recogen sus puestas; sus aportes entran en el activo social que debe ser repartido á la disolución de la sociedad; hay, pues, lugar no á recoger sus puestas sino á repartirlas. Y la partición se hace desigualmente si tal es la convención de las partes. Si la masa no basta para que ca-

1 Amiéns, 27 Mayo 1840 (Dalloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 402).

2 Casación, 11 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9).

da socio recoja sus aportes íntegros hay pérdida y ésta se divide en la proporción desigual convenida por los socios; luego en el caso uno de los socios no tenía derecho más que á la tercera parte de lo que quedaba en la masa y el otro tomaba las dos terceras partes. Decimos que tal es el sentido natural de la cláusula, salvo que las partes hagan contrarias convenciones. En efecto, no hay realmente pérdida más que cuando el activo no basta para recoger los aportes; luego es sobre todo á esta hipótesis como debe aplicarse la cláusula relativa á la partición de las pérdidas. En otros términos: la pérdida es el deficiente que se encuentra en el capital social tal como fué constituido por el acta de sociedad. Cuando hay un excedente en el fondo primitivo, hay utilidad, cualquiera que sea la pérdida que la sociedad haya sufrido. (1)

284. El mismo principio debe recibir su aplicación al caso en que las partes son desiguales y en que fué convenido que las utilidades y las pérdidas se dividirán por partes desiguales. Sucede que los aportes están completamente absorbidos por las pérdidas; aunque las puestas sean desiguales las pérdidas se repartirán entre los socios, de manera que el socio cuya puesta es la más grande perderá todo su aporte. Este es el caso que se presentó ante la Corte de Casación. Una sociedad se forma para el comercio de tejidos de lana entre dos personas. Una pone 30,000 francos y la otra 20,000; se estipula que las utilidades y las pérdidas se dividirán por mitad entre ambos socios. Después de algunos años el fondo social fué absorbido; hubo que liquidar. El socio cuyo aporte excedía de 10,000 francos al del otro pretendió que habiéndose perdido las puestas tenía derecho de repetir contra su consocio por una suma de 5,000 francos, puesto que las pérdidas debían ser sufridas por mitad. Acogida por los árbitros, la demanda

1 Duvergier, *De la sociedad*, p. 27, núm. 15 y p. 258, núm. 220.

fué desechada por la Corte de París, y en el recurso intervinó una sentencia de denegada fundada en las circunstancias de la causa. La convención, dijo la Corte de Casación, no autorizaba al socio que había hecho la puesta más grande á repetir el excedente en el caso en que las puestas estuvieran completamente perdidas; concluye de esto que la sentencia atacada había apreciado y aplicado las convenciones de las partes. Se han criticado, con razón, los motivos de la decisión. El recurso invocaba un principio de derecho: sostenía que cada socio tenía derecho á tomar su aporte en la disolución de la sociedad; y concluía de esto que la cláusula del reparto igual de las pérdidas era extraña á las puestas, las que siendo desiguales la pérdida por este punto debía ser soportada proporcionalmente. Esto era un error que la Corte debió haber repudiado. Los aportes no se recogen, se confunden en una masa común perteneciendo á ambos socios en la proporción estipulada para el reparto de utilidades; es decir, por mitad. Así los 50,000 francos procedentes de los aportes hubieran sido divididos proporcionalmente por mitad si el fondo social hubiera permanecido intacto, el socio que había aportado 30,000 francos no hubiera tenido derecho más que á 25,000 francos; es también esta suma de 25,000 francos la que cada uno pierde cuando se pierde el fondo social. Si uno pierde más que el otro por razón de la desigualdad de las puestas esta es una consecuencia lógica del reparto igual de las pérdidas, y ésta consiste en los aportes que constituyen el fondo social. (1)

Núm. 2. De las cláusulas prohibidas.

I. Prohibición relativa á las utilidades.

285. "La convención que da á uno de los socios la tota-

1 Denegada, Sala Civil, 27 de Marzo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 161). Pont, p. 327, núm. 460.

lidad de las utilidades es nula" (art. 1855). Pothier explica los motivos de esta prohibición: "Es de la esencia del contrato de sociedad que las partes se proponen por contrato realizar una ganancia en la que cada socio pueda esperar tener su parte por razón de lo que aportó á la sociedad. Por esto es que si por el contrato de una pretendida sociedad se conviniera que la utilidad pertenecerá por entero á una de las partes contratantes sin que la otra pueda tener parte en ella en ningún caso, tal convención no sería un contrato de sociedad y sería nula como manifiestamente injusta. Los jurisconsultos romanos han dado á esta convención el nombre de *sociedad leonina* por alusión á la fábula del león que hizo una sociedad con los demás animales para ir á cazar y se aprovechó solo de toda la caza." (1) Esto sería la convención de la fuerza con la debilidad; y la violencia, dice el Relator del Tribunalado, nunca produce verdaderos derechos.

286. La prohibición de la sociedad leonina es absoluta. Aunque el socio excluido de las utilidades estuviera también descargado de las pérdidas la convención sería nula; la cláusula relativa á las pérdidas no corrige lo que tiene de vicioso la cláusula relativa á las utilidades; siempre es verdad decir que la convención viola la esencia de la sociedad, puesto que no está contraída por el interés común de las partes (art. 1833). Aun hay más: la cláusula relativa á las pérdidas sería un nuevo vicio, puesto que la ley prohíbe también (art. 1855, 2.º inciso) libertar á uno de los socios de toda participación en las pérdidas. (2)

287. La ley prohíbe la cláusula que da lugar á que uno de los socios tenga *todas* las utilidades. No prohíbe repartirlas de un modo desigual. Esta desigualdad puede tener su razón de ser, pero aunque no se justificara por los servi-

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 12. Bontteville, Informe núm. 16 (Loché, t. VII, p. 250).

2 Pont, p. 306, núm. 438 y todos los autores.

cios que presta á la sociedad aquel que tiene mayor parte en las utilidades la convención sería, no obstante, válida por sólo no estar prohibida, pues todo lo que la ley no prohíbe está permitido. La ventaja resultante del reparto desigual de los beneficios constituiría, en este caso, una lesión en perjuicio de aquel que tuviera la menor parte, y la lesión no vicia, en general, las convenciones (art. 1118), ó una liberalidad en provecho del socio que tendría la mayor parte; en este último caso se aplicarían los principios que rigen las liberalidades indirectas (art. 844). (1)

Sin embargo, hay un límite á la libertad de las partes contratantes: no pueden eludir las prohibiciones de la ley, pues no está permitido hacer indirectamente lo que la ley prohíbe hacer directamente. Si la convención atribuye á uno de los socios una parte tan mínima en las utilidades que sea irrisoria en relación con su puesta, no se puede decir que la sociedad esté contratada en interés común de las partes; concediendo á uno de los socios una parte nominal los socios han querido eludir la prohibición del art. 1855; los tribunales podrán, en este caso, anular la sociedad, no por vicio de lesión sino como hecha en fraude de la ley. (2)

288. Pothier agrega una restricción que toma de una ley romana. No es necesario, dice, que cada parte contratante deba tener en cualquier caso una parte en las utilidades de la sociedad, basta que pueda esperar tenerla. Contraigo sociedad para la venta de mis joyas con esta cláusula: que mi socio encargado de venderlas tendrá su parte en las utilidades, que excederán la suma de 10,000 francos; de manera que nada tendrá si el precio no pasa de dicha suma. Los autores modernos admiten esta reserva: No es, dicen, la cláu-

1 Durantón, t. XVII, p. 423, núm. 422. Treilhard dice de un modo muy absoluto que la diferencia en la repartición de las utilidades debe estar fundada en una causa legítima. Exposición de los motivos (Loché, t. VII, p. 243). Compárese Pont, p. 309, núm. 440.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 545 y nota 11, pfo. 377.

sula la que la ley prohíbe, lo que prohíbe es la atribución segura de todas las utilidades á una de las partes, y en el caso el vendedor tiene una parte eventual en ellas. (1) Esto nos parece dudoso. Cuando la ley dice que toda sociedad debe contratarse por interés común de las partes entiende que cada una de éstas tenga una parte en las utilidades, no una parte eventual sino una parte segura. En la convención supuesta por Pothier el socio vendedor puede no tener parte aunque haya puesto su pena y sus cuidados; esto no es una sociedad.

Las consecuencias á las que conduce la opinión que combatimos aumentan aún nuestras dudas. Se enseña que la convención puede dar todas las utilidades al supérstite de los socios y hasta los aportes. La suerte aleatoria que cada socio tiene de obtener todas las utilidades basta, se dice, para que la convención esté hecha en interés común de los socios. Siempre es la misma dificultad. ¿Basta la suerte de utilidad? El art. 1855 no dice esto, quiere que cada socio tenga una parte en las utilidades, y esto es una cosa positiva, real. Si la convención puede conducir á este resultado: que uno de los socios tenga la utilidad y nada tenga el otro, el interés ya no es común. (2)

Estas cláusulas se estilan en las asociaciones fraudulentas que se hacen para reconstituir los conventos y las manos muertas. Esto es una razón más, según nosotros, para contestar su validez. Hemos dicho más atrás que la jurisprudencia declaró nulas estas pretendidas sociedades (números 196-198); la cláusula que atribuye al supérstite la totalidad del fondo social ha sido considerada como una prueba del fraude; en efecto, no se contrata una sociedad verdadera bajo semejantes condiciones; los que se asocian seriamente buscan una utilidad segura y no una suerte que

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 13. Pont, p. 310, núm. 441.

2 Duvergier, p. 316, núm. 268. Compárese en sentido contrario Pont, página 310, núms. 442 y 443.