

pudiera despojarlos de lo que ponen en la sociedad. Bueno es que la doctrina repruebe combinaciones que facilitan el fraude.

289. Se ha contestado la validez de la siguiente conven-
ción: Una sociedad se contrata entre un fabricante y un
operario que trae su industria; se estipula que éste tendrá
alimentos, casa y ropa blanca en la casa, y que por su em-
pleo en los negocios recibirá además 1200 francos anuales
ó la cuarta parte de las utilidades, á su elección. Habiendo
la sociedad realizado grandes utilidades en 1830 el so-
cio industrial declaró optar por la cuarta parte de las ga-
nancias. Se sostuvo por el fabricante que la convención era
leonina. Si la sociedad hubiera sufrido pérdidas, se decía,
el artesano hubiera adoptado por la suma fija de 1200 fran-
cos; hubiera, pues, tenido todo el provecho y el fabricante
hubiera sufrido toda la pérdida. La Corte de Casación dese-
chó esta interpretación por motivo de que la convención con-
cedía sólo una opción al socio industrial entre una utilidad
fija y una utilidad variable; semejante cláusula no entra en
la prohibición del art. 1855, luego es lícita. Aunque la cláu-
sula hubiera tenido por efecto posible descargar de las pér-
didas al socio que aportaba su industria la cláusula no hu-
biera sido viciada por este punto, puesto que se admite que
el socio industrial puede válidamente estipular que no esta-
ría obligado á las pérdidas. Vamos á volver á este punto. (1)

II. Prohibición relativa á las pérdidas.

290. El art. 1855 declara nula también "la estipulación
que libertara de toda contribución á las pérdidas las sumas
ó efectos puestos en el fondo social de la sociedad por uno
ó varios socios." Esta disposición deroga el derecho anti-
guo; la convención que liberta á uno de los socios de toda

1 Denegada. 7 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núme-
ro 421.

pérdida se consideraba como válida. Pothier la justifica por
consideraciones de justicia y equidad: "Todas las veces que
uno de los socios trae particularmente alguna ventaja á la
sociedad se puede, para compensarle, convenir que será des-
cargado en parte, ó aun en totalidad, de la pérdida que tu-
viera la sociedad." Esta cláusula es equitativa si el precio
del riesgo de la pérdida es igual al precio de la ventaja apor-
tada por él á la sociedad." Domat explica en qué puede
consistir la particular ventaja que el socio trae á la socie-
dad, ventaja en cuya consideración se le liberta de toda
contribución á las pérdidas. Es la nulidad de su crédito, de
su industria, de las penas que tiene, de los viajes que hace,
de los peligros á que se expone; estas ventajas que la socie-
dad saca de él compensan las que le concede descargándole
de las pérdidas, y pudo justamente comprometerse sólo á
esta condición, sin la cual no entrara en la sociedad, la que
tal vez no se hubiera formado sin él. (1) Si se consideraba
como lícita y equitativa en el derecho antiguo ¿por qué la
prohibe el Código? No se da más razón que la del temor
del agio. (2) Los autores no pensaron que, según el Código
Civil, el interés convencional pudiera sobrepasar el interés
legal (art. 1907) y que la prohibición de un interés supe-
rior sólo comienza con la ley de 3 de Septiembre de 1807.
Poniendo la cláusula que liberta á uno de los socios de to-
da pérdida en la misma línea que la cláusula que atribuye
á uno de ellos todas las utilidades, el legislador parece con-
siderar una y otra como contrarias á la esencia de la socie-
dad. (3) En efecto, puede decirse que si cada socio debe te-
ner una parte en las utilidades es justo también que cada

1 Pothier, *De la sociedad*, núms. 20 y 75. Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tit. VII,
sec. I, núm. 9, p. 90.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 358, núm. 893. Pont, p. 320, núm. 451.
Delvincourt, t. III, p. 122, nota 4.

3 El Orador del Tribunado llama á la convención del 2.º inciso del artículo
1855 una sociedad leonina (Leorré, t. VII, p. 256, núm. 19).

uno soporte su parte en las pérdidas. Si el aporte de uno de ellos es más considerable no es esta una razón para que se le descargue de toda contribución en las pérdidas, es una razón para aumentar su parte en las utilidades á reserva de modificar su parte en las pérdidas, pues la proporción entre estas partes no debe ser absoluta, como lo diremos adelante.

291. Siendo la cláusula prohibitiva del art. 1855 una excepción al principio de la libertad de las convenciones se debe interpretarla restrictivamente. Según la ley la prohibición sólo versa sobre la estipulación que liberta de toda contribución en las pérdidas las *sumas ó efectos* que uno de los socios pone en el fondo de la sociedad. Estas expresiones no reciben aplicación al aporte de la industria; resulta de esto que el socio industrial puede estar descargado de toda contribución á las pérdidas. Es en este sentido como el orador del Tribunado explica la ley: «Si hubiera algún socio cuya puesta consistiera sólo en industria se podría convenir en exceptuarlo de las pérdidas; esta excepción se consideraría para él como una parte del precio que diera á su trabajo.» (1) Se ve que la explicación entra en la que Domat daba del principio del derecho antiguo (núm. 290); la excepción relativa al socio industrial disminuye mucho la importancia de la prohibición; así limitada se aproxima á la regla tradicional.

292. ¿En qué sentido el socio industrial puede libertarse de toda contribución á las pérdidas? El descargo no es absoluto. Primero el industrial pierde su trabajo, lo que ya es una pérdida considerable, puesto que se le estima tanto que se le descarga de la pérdida por razón de la importancia que su industria tiene para la sociedad. El socio contribuye también en las pérdidas en este sentido: que hay operaciones que disminuyen las utilidades; no puede invocar

1 Gillet, Discurso núm. 19 (Loché, t. VII, p. 256).

la cláusula para ponerse al abrigo de estas pérdidas parciales, pues mientras que queda una utilidad la cláusula que descarga al socio de la contribución en las pérdidas no recibe aplicación; no hay pérdida en el sentido legal más que cuando hay una deficiencia, no bastando el fondo social para pagar las deudas. (1)

Del principio de que la prohibición del art. 1855 es de estricta interpretación síguese también que la cláusula que dispensa á un socio de contribuir á las pérdidas más allá de su puesta es válida; lo es por esto sólo: de no ser prohibida. Fué sentenciado que uno de los socios puede ser libertado de toda contribución en las deudas que sobrepasan del activo social. La Corte de París ha validado también la cláusula que liberta á uno de los socios de toda contribución en las deudas mientras no sobrepasen el capital aportado por sus consocios. (2) En una palabra, desde que el descargo no es absoluto la convención es válida, siempre que las partes no hayan tratado de eludir la prohibición. Queda por saber si las cláusulas que derogan la contribución á las deudas pueden ser opuestas á los terceros acreedores. Volvemos á este punto.

293. Pothier examina ciertas cláusulas que tienen por objeto libertar á una de las partes de la contribución á las deudas. Debemos decir unas palabras sobre el asunto porque la solución que dan los autores franceses no puede ser admitida según nuestro derecho. Hago con un comerciante una sociedad en la que aporto una suma de dinero. Después de algunos años vendo mi derecho en la sociedad á un comerciante en el precio de la misma suma que aporté á la sociedad, bajo la condición de que el comerciante me devolvirá dicha suma al concluir la sociedad, con sus intereses.

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 358, núm. 893. Pont, p. 321, núm. 453.

2 París, 15 de Marzo de 1866 y 27 de Julio de 1869 (Sirey, 1866, 2, 235 y 1870, 2, 47). Bruselas, 24 de Noviembre de 1832 (Pasieris, 1832, 2, 273). Pont, p. 320, núm. 452.

Esta convención sería nula, dice Pothier, si hubiera sido hecha en el tiempo del contrato, porque se la hubiera considerado como un préstamo disfrazado; es válida en el caso porque el intervalo que separa la sociedad de la venta excluye la idea de un pacto usurario. Los autores modernos enseñan que la convención es siempre válida, en cualquiera época que se haga, puesto que el préstamo con intereses, prohibido en el derecho antiguo como usura, quedó permitido por la ley de 1807, con esta restricción: que el interés convencional no pase del interés legal. Esta restricción llega á caer según nuestro derecho, puesto que la ley de 5 de Mayo de 1865 permite estipular un interés convencional superior al interés legal. Hay que agregar que si la convención es un préstamo con interés no hay sociedad, y si uno de los socios vende su derecho la sociedad queda disuelta, puesto que no hay ningún interés común entre el prestamista y el que recibió el préstamo, ni entre el vendedor y el comprador. (1)

Pothier supone también que después de haberme asociado con un comerciante me hago asegurar por él la suma que aporté y que mi socio se encarga de los riesgos de las pérdidas mediante una parte que le cedo en las utilidades. ¿Es válida esta convención? Sí, en el caso, dice Pothier; es un contrato aleatorio que me descarga de toda pérdida, pero mediante un equivalente que recibe mi socio. Si la convención se hiciera cuando el contrato ó poco tiempo después, sería nula como disfrazando un préstamo usurario. Los autores franceses enseñan, con razón, que esta opinión de Pothier no puede ya ser seguida, puesto que, por derogación del derecho antiguo, el art. 1855 prohíbe la cláusula que liberta á uno de los socios de toda contribución á las pérdidas. La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. (2)

1 Pothier, *De la sociedad*, núm. 24. Pont, p. 323, núm. 456.

2 Véanse las citaciones en Pont, p. 324, núms. 457-459.

Pero nula como sociedad la convención podría ser válida como préstamo, puesto que, según nuestro derecho, ya no hay préstamo usurario.

294. ¿Puede estipularse que uno de los socios tendrá una parte diferente en la utilidad á la que tiene en las pérdidas? Esta cuestión, muy controvertida entre los jurisconsultos romanos, era decidida afirmativamente en nuestro derecho antiguo. Citaremos lo que dice Domat: «Esto es un efecto de la desigualdad de las contribuciones que puede convenirse entre dos socios: que uno de ellos tendrá mayor parte en las ganancias de la que sufriera en las pérdidas, y que el otro, al contrario, tendrá mayor parte en las pérdidas que en las utilidades; y que así, por ejemplo, uno entrará en la sociedad por dos terceras partes de las ganancias y una tercera en las pérdidas y el otro por una tercera en las utilidades y dos en las pérdidas. Domat da como motivo la desigualdad de contribución: «Como los socios pueden contribuir diferentemente, unos más, otros menos, con trabajo, industria, cuidado, crédito, dinero ú otra cosa, quedan libres para fijar igualmente sus partes según que cada cual debe tener su condición más ó menos ventajosa en proporción de lo que traería á la sociedad.» Pothier supone también que el socio que toma en las utilidades una parte más grande que la que soporta en las deudas aporta una ventaja á la sociedad, y que la cláusula tiene por objeto recompensarlo. (1) Es seguro que así sucede ordinariamente. No obstante, Pothier y Domat no dicen que esta sea la condición de la validez de la cláusula. Esta es válida porque las partes lo quisieron, y tienen el derecho de querer todo cuanto no esté prohibido. Lo mismo sucede bajo el imperio del Código Civil; el art. 1855 no prohíbe la convención de partes desiguales en las utilidades y pérdidas; luego es lícita.

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tít. VIII, sec. I, núms. 6 y 8 (ps. 89 y 90).
Pothier, *De la sociedad*, núm. 20.

Lo que confirma esta opinión es que los arts. 1811 y 1521 prohíben la cláusula en el *cheptel* simple y en la comunidad; estas excepciones suponen que en regla general las partes pueden estipular una parte diferente en las utilidades y pérdidas. (1)

295. El art. 1855 dice que *la convención y la estipulación prohibidas por la ley son nulas*. Se pregunta si la nulidad de la cláusula arrastra la nulidad de la sociedad. La afirmativa es la que se enseña generalmente. La ley considera la sociedad hecha bajo una de las condiciones previstas por el art. 1855 como una sociedad leonina; es decir, como una sociedad viciada en su esencia; el Relator del Tribunado dice que la convención que diera á uno de los socios el total de los beneficios ó lo libertara de todas las pérdidas *no es una sociedad*. El contrato es, pues, más que nulo, es inexistente; la convención de la fuerza con la debilidad no puede producir ningún derecho. (2) De esto se deduce que las partes contratantes no tienen necesidad de pedir la nulidad de la sociedad; no se le puede pedir la nulidad de la nada; la sociedad no existe para la ley, no produce ningún efecto. Si apesar de esto el contrato ha sido ejecutado las relaciones entre los asociados estarán fijadas como si no hubiera ningún contrato; en realidad no habrá socios sino comuneros. Más adelante diremos qué principios rigen la comunidad. (3)

296. El art. 1854 prevee un caso particular del reglamento convencional de las partes: supone que las partes se han atendido en este punto á uno de ellos ó á un tercero. Esta disposición, tomada de Pothier, quien á su vez la tomó de una ley romana, es de pura teoría, no está en nuestras cos-

1 Véanse las citaciones en Pont, p. 331, núm. 464. Agréguese Lieja, 21 de Enero de 1875 (Pasirisia, 1875, 2, 165).

2 Boutteville, Informe núm. 16 (Loché, t. VII, p. 250).

3 Véanse en diversos sentidos Aubry y Rau, t. IV, p. 545, nota 9, pfo. 377 y Pont, p. 332, núms. 466 y 467 y los autores que citan.

tumbres. El Orador del Tribunado dice que «este abandono á la autoridad de uno solo es favorable en muchas ocasiones cuando los asociados no son más que colaboradores escogidos y protegidos por el jefe de familia ó de la casa. (1) No está en la naturaleza de la sociedad que los socios abandonen á la autoridad de uno solo, puesto que la igualdad es la esencia del contrato. Los autores no citan ejemplos de cláusulas semejantes. Creemos inútil comentar una disposición que no es más que histórica, bastará con relatar lo que Pothier dice; el art. 1855 reproduce textualmente sus palabras: «Algunas veces las partes no convienen la parte que corresponderá á cada socio, pero si atenerse al reglamento que se hizo por cierta persona ó algunas ocasiones por una de las partes. Este reglamento no debe entenderse como siendo puramente arbitrario, debe ser hecho conforme á las reglas de la equidad; si es manifiestamente inicuo la parte perjudicada podrá hacerlo reformar, pero salvo que la iniquidad no fuese evidente la presunción es para la equidad del reglamento y á una de las partes no se le recibe su queja.» (2) El Código agrega: «Ninguna reclamación se admite en este asunto si han transcurrido más de tres meses desde que la parte que se dice perjudicada ha tenido conocimiento del reglamento ó si éste ha tenido un principio de ejecución.

Núm. 3. Fijación de las partes por la ley.

297. «Cuando el acta de sociedad no determina la parte de cada socio en las pérdidas ó ganancias la parte de cada uno está en proporción con su puesta en el fondo de la sociedad» (art. 1853). Esta disposición zanja una controversia que existía en el derecho antiguo. Domat enseñaba que si las

1 Gillet, Discurso núm. 18 (Loché, t. VII, p. 256).

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 74. Pont, p. 324, núms. 468-478.

partes de pérdidas y ganancias no estaban fijadas por la convención serían iguales, puesto que, dice, si los socios no han hecho distinción para dar á uno más y á otro menos, no estando distinguidas sus condiciones, la de uno debe ser igual á la de los otros. Pothier se pronunciaba en favor de la igualdad proporcional. (1) Los autores del Código dieron la preferencia á este último sistema que ciertamente es el más equitativo, pero da lugar á dificultades en la aplicación. Cuando la puesta consiste en dinero ó en cosas valuadas las partes proporcionales son fáciles de establecer, pero ¿cómo calcular después de un tiempo más ó menos largo el valor de las cosas que uno de los socios puso en la sociedad? Los autores han recurrido á presunciones; los hay que presumen que en el silencio del contrato las partes son iguales. Se ha respondido, con razón, que no hay presunción sin ley especial (art. 1350); y en el caso lejos de haber una presunción de igualdad absoluta el artículo quiere una igualdad absoluta proporcional, lo que excluye la presunción que la doctrina ha imaginado. Es, pues, preciso atenerse al derecho común; el demandante deberá probar el monto de la puesta conforme á las reglas que el Código establece para pruebas. (2) Es además una dificultad de teoría; generalmente los socios tienen el cuidado de arreglar las partes en las ganancias porque es el objeto principal que se propusieron.

298. El art. 1853 prevee una de las dificultades que presenta el principio de las partes proporcionales: ¿cómo se valorará la parte de aquel que sólo puso su industria? «Con relación al que sólo puso su industria, su parte en las pérdidas ó ganancias es igual á la del socio que hizo menor puesta.» Esta disposición, propuesta por el Tribunado, sorprende al primer momento; parece demostrar una especie

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. I, tít. VII, sec. I, núm. 4. p. 89. Pothier, número 73.

2 Pont, p. 342, núms. 483 y 484 y en sentidos diversos los autores que cita-

de desprecio al trabajo industrial, y, sin embargo, es la inteligencia la que da éxito á las empresas de cualquiera naturaleza que sean. El Relator y el Orador del Tribunado nos harán conocer el pensamiento de los autores del Código. Boutteville propone la cuestión en este sentido: «¿Daremos la mayor parte ó la menor de los demás socios al que no lleva más que sus brazos, su cerebro y su energía, y que descuida fijar la parte que se le otorgará?» «Si le damos la mayor no prepondremos al olvido de la precaución más fácil que debe tomarse? Asignándole la más pequeña le damos la sabia advertencia de que jamás debe descuidar estipular él mismo sus intereses y fijar su suerte.» La justificación es muy extraña. ¿Por qué no estipular la puesta intelectual en lo que vale generalmente asimilándola á la puesta más grande, salvo que los demás socios estimen que su industria no tiene ese valor? La disposición, tal como está redactada, se parece á un castigo. Gillet dice: «La puesta de la industria se cuenta como la menor porque siendo la más susceptible de estimación arbitraria el socio debe imputarse á sí mismo el no haber hecho previamente estipular su precio.» (1)

299. Que se considere la disposición como una presunción ó como una pena lo seguro es que es de estricta interpretación. El artículo supone que el socio sólo *aportó su industria*. Si además de su trabajo el socio aporta dinero ó efectos muebles ó inmuebles el art. 1855 no es ya aplicable. En caso de contestación es el socio demandante el que deberá probar el valor de su puesta; la prueba se hará según el derecho común. La Corte de Casación lo sentenció y no es dudoso. (2)

300. Se presentaba otra dificultad en el mismo negocio.

1 Boutteville, Informe núm. 14 (Loché, t. VII, p. 250). Gillet, Discurso número 16 (Loché, p. 255).

2 Denegada, 14 de Enero de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 133).

El aporte de la industria se realiza sucesivamente; el asociado industrial no tiene, pues, derecho á su parte en el beneficio que ha proporcionado su trabajo durante el tiempo prescripto por la convención. Si una sociedad firmada por diez años se disuelve á los cinco el asociado industrial no habría realizado más que la mitad de su puesta y, por consiguiente, no tendría más derecho que á la mitad de lo de la parte que la convención le asignara en los beneficios. Sucedería lo mismo aun cuando la sociedad se hubiera disuelto por causa extraña al asociado. Esta es la aplicación de los principios que rigen la obligación de hacer: no está verificada hasta que se presta el hecho. Solamente en el caso puede hacerse por parte, puesto que consiste en un trabajo diario.

§ V.—DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD.

301. «A falta de estipulaciones especiales sobre el modo de administración se siguen las reglas siguientes» (artículo 1859). La ley no organiza, pues la sociedad no interviene sino cuando los asociados han guardado silencio, y es á su pesar y por necesidad como traza las reglas que hacen veces de convenciones. Es en este sentido en el que se expresa el Relator del Tribunado: «En cuando á la administración del fondo social, dice Boutteville, ¿cómo puede y debe intervenir el saber del legislador en este punto? Desde luego por la sabia precaución de evitar aquí, como en toda especie de convención, los inconvenientes que el silencio de los contrayentes no deja nunca de arrastrar; buscando, en seguida, á preveer las cláusulas más usadas; en fin, á suplir por reglas generales las leyes á las que los interesados tienen siempre el derecho y *amenudo solos* de medir, de dictar y que muy *amenudo* descuidan también.» (1) El

1 Boutteville, Informe núm. 17 (Loché, t. VII, p. 250).

Relator habría podido decir que sobre todo en materia de sociedad sólo las partes tienen cualidad para arreglar las gestiones de negocios sociales. Los socios no pueden girar á la vez, esto sería la anarquía. Deben, pues, constituir una administración. ¿Cuáles serán los poderes del gerente? Este es el punto esencial y da lugar á un conflicto de intereses. Los socios pueden temer que el gerente abuse de su poder, pero si lo estrechan en sus límites la administración importante para el mal lo será también para el bien. Es, pues, preciso una latitud de acción para la gestión de negocios sociales, y son precisas las garantías para evitar el abuso. Es evidente que el legislador no tiene cualidad para reglamentar intereses que varían de una convención á otra. Toca á los asociados organizar una administración que responda al objeto de la sociedad y á los derechos que se trata de salvoguardar.

Núm. 1. De la administración confiada á un mandatario

I. Nombramiento y revocación del mandatario.

302. ¿Quién nombra al administrador? La sociedad; es decir, los asociados; esto queda por dicho. Decimos los asociados porque la sociedad no forma entidad moral distinta de sus miembros; son siempre los socios los que promueven. La cuestión es saber si basta con la mayoría de los votos ó es necesaria la unanimidad. Se pueden presentar dos hipótesis en los términos del art. 1856. Desde luego una cláusula especial del acta de sociedad puede hacer cargo á un socio con la administración; en este caso no hay duda, el nombramiento de administrador es una de las cláusulas del contrato de sociedad y es necesariamente la obra de los asociados. Poco importa que el administrador nombrado sea un socio, como la ley lo supone, ó un extraño; en todos los casos recibe su nombramiento por una cláusula del con-