

CAPITULO XI

Las Sociedades extranjeras

Sumario.—820. El problema.—820 *bis*. Sistema del Código. Exégesis de los artículos 230 y siguientes del Código de Comercio.—820 *ter*. Concepto de domicilio.

820. La sección del Código que se refiere a las Sociedades extranjeras ha tenido en la doctrina una desafecta acogida, ya que la crítica de sus disposiciones en un crescendo continuo ha llegado en reciente escrito a las conclusiones siguientes: «que el pensamiento legislativo, caminando por entre conceptos diversos y poco determinados, ha ido fragmentándose en artículos sin armonía ni coordinación recíprocas y separándose sin razón de la fórmula a que venía confiado» (1). Este desprecio de la obra legislativa forma contraste con la advertencia de las disposiciones preliminares que enseñan a respetar el significado y la conexión de las palabras usadas por el legislador. La verdad es que el sutil ingenio de los intérpretes ha sobrepuesto al sistema del Código un sistema que según nuestros cálculos hará sonreír, porque sus verdaderas líneas están tomadas de las disposiciones del Código con ánimo pacato y sumiso a los preceptos legislativos. Ninguna deformación de palabras ni violencia alguna de conexiones es necesaria para deducir de las disposiciones del Código un sistema que en sus líneas esenciales es el más perfecto y completo que ha sido adoptado por los Códigos europeos en esta materia.

El sencillo secreto de esta consoladora aserción estriba en poner de relieve la importancia decisiva que tiene el último párrafo del art. 232, tanto por la historia de los trabajos preparatorios como por su contenido, y en dar al párrafo último del art. 230 el carác-

(1) NAVARRINI, *Giurispr. Ital.*, núm. 1909., 1, 2, pág. 783. A la construcción propuesta en el texto y anteriormente expuesta en la *Rivista di dir. com.*, 1910, 1, págs. 1 y siguientes, se ha adherido en absoluto F. A. SALDARELLI, *Filangieri*, 1911, págs. 659 y siguientes. PIC, *Journal de Droit international (Clunet)*, 1917, 31 libr.; D'AMELIO, *id.*, 1917, 41 libr.; SALEM, *id.*, 1919, 1, 1 libr.; ANZILOTTI, *Riv. dir. internazionale*, volumen VI, fasc. 1.

ter que le corresponde de una disposición excepcional, de importancia subordinada. La recomposición del sistema vigente, guiada por dichos dos criterios, nos proporcionará medio para establecer una serie de reglas congruentes y adecuadas para resolver las diferentes hipótesis que se presentan en esta materia.

820 bis. El Código de Comercio no nos da la definición de Sociedades extranjeras, ni nos indica sus requisitos esenciales. No sintió la necesidad de ello, porque no regula todo el problema. En efecto, ninguna de las Sociedades extranjeras que ejercen su comercio en Italia por correspondencia o por medio de viajeros es tomada en consideración. El Código sólo se ocupa de las Sociedades que, constituidas en el extranjero, tienen en Italia un centro permanente de negocios, estableciendo tres hipótesis:

a) La hipótesis de una Sociedad extranjera que ha abierto en Italia una sucursal o una representación. Con respecto a esta hipótesis que se halla regulada de modo conforme con el derecho nacional inspirado en sentimientos de una gran hospitalidad para con los extranjeros, se ha contentado el Código con exigirla para Italia la publicación de sus instrumentos estatutarios, de sus balances y de los nombres de sus representantes (art. 230, y 2). Es una hipótesis que se puede dejar de lado porque no tiene más que una importancia formal y no suscita controversias.

b) La hipótesis de una Sociedad extranjera que implanta en Italia su establecimiento principal donde explota su industria, desplegando allí la autoridad jurídica *limitada* que dimana del ejercicio de dicho establecimiento. Estas Sociedades que tienen en Italia su principal centro industrial conservan su nacionalidad, pero se hallan sometidas a todas las normas de orden público dictadas por la ley italiana para el ejercicio de una Sociedad anónima, las cuales los contratantes no pueden eludir y cuyo cumplimiento está confiado al control del Tribunal civil (artículo 232₃); y

c) Finalmente, la hipótesis de una Sociedad que se llama extranjera, pero que ha establecido en Italia el objeto principal o único de su industria, por ejemplo, un servicio público de iluminación, de acueducto, de tranvías o la explotación de unas minas, y que ha abierto allí el centro de su actividad *general*, regulando desde nuestro país todos sus negocios, tanto por medio de todo el Consejo de Administración, como por conducto de un Consejero delegado o de un Director. A esta Sociedad, que se diferencia de las anteriores porque tiene en Italia la dirección general de sus negocios, quita la ley la máscara extranjera para imprimirle el sello.

italiano, que corresponde a su contenido de este país y la considera como Sociedad nacional (art. 230₄). Nada dice el que la Sociedad manifieste en sus Estatutos que su sede se halla en el extranjero, que allí deberán celebrarse las Asambleas y las reuniones de los Administradores o que se someta explícitamente a la jurisdicción de los Tribunales de un país extranjero. Conviene disipar el equívoco, que es motivo de inextricables dificultades en esta materia. La Sociedad es un instituto bifronte, que desarrolla una actividad jurídica interna con los accionistas y otra externa por todos los negocios de su empresa. Si se tienen en cuenta a entrambas para determinar si la Sociedad es extranjera, puede hallarse el intérprete en situación embrollada, porque la Sociedad podrá considerarse italiana si se atiende a la sede de sus negocios, y extranjera si se consideran las relaciones de la Sociedad con sus accionistas. En otras palabras, el centro de su actividad jurídica puede ser diferente si se toman en consideración las relaciones internas o bien las que surgen del ejercicio de su empresa. Ahora bien, ¿cuál de estos dos aspectos es el que el legislador ha podido tener en cuenta para determinar si la Sociedad es italiana o extranjera? No dudamos que ha querido tomar en consideración la parte de actividad social que se despliega hacia terceros, porque en garantía de éstos se hallan dictadas todas las disposiciones de publicidad y responsabilidad que se leen en estos artículos y porque en el curso de los trabajos preparatorios se abandonó totalmente el concepto que se exponía en los primeros proyectos, según los cuales la preponderancia en número o en capital de ciudadanos italianos o extranjeros imprimía a la Sociedad el carácter de italiana o de extranjera. Por consiguiente, debe considerarse como Sociedad italiana aquélla que teniendo en Italia el objeto principal o exclusivo de su industria, tiene también aquí la dirección general de sus negocios.

Por consecuencia de esta distinción, las Sociedades mercantiles que tienen en Italia su sede, es decir, la dirección general de sus negocios y la empresa principal, quedan sometidas en absoluto al régimen jurídico, fiscal y aduanero de las Sociedades nacionales, cual si hubiesen sido constituidas en Italia.

No rigen para ellas ni la ley del país en que fueron constituidas, ni las convenciones internacionales que regulan las Sociedades extranjeras en Italia. Con razón afirmó Diena (1) «que las Sociedades extranjeras reguladas por la última parte del art. 230 son Sociedades italianas, para las que el legislador era libre de dic-

(1) DIENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, Florencia, 1900, volumen 1, núm. 38.

tar las normas que le convinieran, y que, por tanto, no se puede afirmar que con dicho artículo se hayan violado las convenciones diplomáticas, siendo evidente que para apreciar si una Sociedad debe estimarse o no como nacional, no se pueden tomar en consideración en cada Estado otras disposiciones que las del mismo Estado, al igual que ocurre con los individuos a quienes la ley territorial declara ciudadanos, los cuales no podrían reputarse extranjeros por aplicación de una ley extranjera». Y con él están conformes todos los autores.

Por pertenecer a la esfera del derecho privado ocurrirá que nadie podrá pedir la nulidad de la Sociedad en cuya constitución no se hubiesen observado las leyes del país de origen. Si, por ejemplo, se constituyó en Alemania, no se podrá pedir la nulidad porque el valor nominal de sus acciones sea menor de mil marcos, cual prescribe el Código de Comercio alemán vigente (§ 180), o porque el contrato social se concertara con la intervención de un número inferior a cinco socios (§ 182), o porque no se inscribiera en el registro del Tribunal de Comercio alemán (§ 195), o porque faltase la autorización del Estado, cuando fuere necesaria (§ 195, núm. 6.º). Esta Sociedad estará constituida regularmente cuando haya observado las leyes italianas y el inmenso vacío no llenado por sus disposiciones estatutarias deberá cubrirse con las disposiciones de nuestro Código de Comercio, aunque no sean de orden público, y no con las de su país de origen.

Profundamente distinta es la posición de las Sociedades extranjeras (letra b) que sitúan en Italia su principal establecimiento con la limitada actividad jurídica que se relaciona con su ejercicio (contratos de trabajo, de seguros, recaudación de impuestos), y que están previstas y reguladas por el art. 232, párrafo último. Estas conservan su nacionalidad de origen, y precisamente porque son extranjeras se hallan reguladas ante todo por las convenciones internacionales que nos unen al país a que pertenecen.

En segundo lugar, y a diferencia de las anteriores, están sujetas en todo lo que concierne a la forma y validez de su escritura de constitución, a su ley nacional, debiéndose complementar dicha escritura con todas las disposiciones de su ley que no contravengan al orden público de nuestro país. Ello se deduce con seguro razonamiento *a contrario* de lo que se halla consignado en el último párrafo del art. 230 sobre la forma y la validez de la escritura de constitución de las Sociedades nacionalizadas.

Pero para defensa de la gran masa de intereses que necesariamente se forma alrededor de un centro de actividad jurídica e industrial cual es el establecimiento principal, el legislador quiere

que la Sociedad, cuando llegue a operar en territorio del Reino, se amolde a las disposiciones de orden público dictadas por nuestro Código de Comercio y que, por tanto, dé a nuestro país, es decir, a los accionistas y a los acreedores italianos, las garantías de explotación, de responsabilidad y de publicidad que se hallan prescritas para las Sociedades nacionales en tutela del orden público. Por ejemplo, esta Sociedad deberá insertar en sus Estatutos o soportar *ope legis* en caso de silencio de los mismos, las normas que se encuentran establecidas en nuestro Código para garantía de los accionistas y que no se pueden derogar: así, éstos podrán conseguir la nulidad de los acuerdos tomados por la Asamblea en materias no incluidas en el orden del día (art. 155); podrán, como mayoría, acordar el traslado de la Sociedad a Italia por las reglas establecidas en el art. 158 del Código de Comercio, y podrán pedir la intervención de la autoridad judicial para comprobar los abusos de los Administradores (art. 153) y ejercitar contra ellos las acciones de responsabilidad que el Código concede a la mayoría de los accionistas (art. 152), etc.

Si resulta dificultoso a los accionistas ejercitar estas acciones y excepciones ante los Tribunales extranjeros, podrán utilizarlas ante los Tribunales italianos, por ejemplo, en los juicios de aprobación de las sentencias extranjeras, oponiendo a la demanda de nuevas entregas la nulidad de la Asamblea que, infringiendo disposiciones de orden público del reino, las hubiese ilegalmente reclamado (art. 941, núm. 3.º, Código procedimiento civil).

Este es el alcance del art. 232, cuando dice: «las Sociedades por acciones constituidas en país extranjero deben someterse a las disposiciones del art. 91 en el lugar en que instituyan su establecimiento principal». Por tanto, deben ellas solicitar del Tribunal se compruebe si cumplieron con las condiciones establecidas por la ley para la constitución legal de la Sociedad, entre las cuales se encuentra, según el sentir de todos los escritores, la conformidad de los Estatutos con las disposiciones de orden público para el ejercicio de las Sociedades por acciones.

De este modo, el sistema acogido en el Código italiano puede resumirse en estas tres reglas:

1.^a Las Sociedades extranjeras que establezcan en Italia una sucursal o una representación, sólo están sujetas a la obligación de publicar en Italia su escritura de constitución (art. 230,1).

2.^a Las Sociedades extranjeras que sitúan en Italia sólo su establecimiento principal y no despliegan aquí más que la actividad administrativa y jurídica que sea necesaria para su ejercicio, conservan su carácter de Sociedad extranjera; pero deben observar las normas de orden público establecidas por el Código

para el ejercicio de las Sociedades anónimas y que son inderogables para los accionistas italianos. El Tribunal debe comprobar su observancia, y, si como ocurre en las Sociedades nacionales, no advierte discrepancias entre los Estatutos extranjeros y las disposiciones de orden público, ello es como si éstas, *ope legis*, se hubieran insertado en los Estatutos; y

3.^a Las Sociedades que establezcan en Italia su sede, es decir, la dirección general de sus negocios y el objeto principal de su industria, son consideradas como Sociedades nacionales.

Este sistema, tan eficaz y racional en su gradual y ascendente defensa de los intereses nacionales y tan conforme con el significado de las palabras empleadas por el legislador, produce dos impresiones: la convicción de que el último párrafo del art. 232 tiene una función fundamental, y la de que el párrafo último del artículo 230 tiene una función de índole excepcional. Puede darse de ello una demostración convincente con ayuda de la historia y del contenido de dichos artículos.

Importancia fundamental del párrafo último del art. 232.— Aunque éste sea el último de la sección VIII, no ha tenido la humilde finalidad de regular la publicidad de los instrumentos sociales, pues que el mismo contiene una disposición de derecho sustantivo.

Tal párrafo último fué agregado desde un principio al proyecto del Código de Comercio y había sido tomado del art. 129 de la ley belga de 18 de Mayo de 1873, contemporánea de los trabajos preparatorios de nuestro Código, la cual se expresa así: *Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise a la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger* (Relaz. CASTAGNOLA; *Lavori preparatori del prog. prelim.*, volumen III, pág. 188; Relaz. MANZINI, pág. 468).

Dicho artículo constituyó en los primeros proyectos del Código la expresión de nuestra garantía contra las Sociedades extranjeras y fué el único que nos defendió de las perturbaciones que la actividad de las mismas podría causar al ordenamiento jurídico y administrativo de nuestro país, si siguieran la ley extranjera.

La Relaz. MANZINI explica claramente la función defensiva y de investigación que se ha confiado al Magistrado italiano cuando a tenor del art. 232 debe examinar si los Estatutos de las Sociedades extranjeras se han conformado con la ley nacional, y dice (pág. 466): «Las Sociedades regularmente constituidas en país extranjero según la legislación allí vigente, deben poder ejercer con iguales derechos su comercio en Italia; pero cuando ellas quieran instituir en el reino un centro permanente de negocios,

es justo también que deban sujetarse, al igual que las Sociedades italianas a todas las disposiciones que nuestra ley impone a éstas en garantía del interés público, y estos requisitos consisten especialmente en el examen previo del Tribunal acerca de la escritura de constitución y acerca de las condiciones de los instrumentos que la modifican a esta última en las normas de la gestión, así como también consisten en la vigilancia de los balances y en la responsabilidad de los Administradores.

Después de la *Relaz.* MANZINI no se ha tocado tal disposición y, por tanto, conserva intacta la virtud legislativa que se le infundió por sus redactores. No se puede admitir que dicho art. 232 contenga solamente una norma relativa a la publicidad de los instrumentos sociales, pues que afirmando esto último se hace violencia a las palabras y al pensamiento, más eficaz y profundo, del legislador. Este ha querido que las Sociedades que abran en Italia su establecimiento principal den a nuestro país una garantía mucho más eficaz que la que los interesados tendrían con la mera publicación de las escrituras de constitución y de Estatutos, frecuentemente incomprensibles y complicadísimos, determinados por las exigencias de leyes extranjeras ignoradas por nosotros, los cuales se refieren en su llamadas y en sus lagunas a las mismas leyes.

Mediante una disposición de investigación, nuestro legislador, ha mandado que las Sociedades se sometiesen en sus actos a las exigencias de las leyes nacionales, y confió al Tribunal el cuidado de comprobar si correspondían a las condiciones establecidas por el Código para la constitución legal de las Sociedades anónimas (arts. 91 y 232). La diversidad de la expresión usada al principio del art. 230, donde no se habla del art. 91, y en el art. 232, en que hay una referencia expresa a tal artículo, demuestra que el legislador distinguió cuidadosamente el caso de una Sociedad extranjera que establece en Italia una sucursal o una representación, y para la cual se contentó con la publicación de la escritura social y de los Estatutos, del caso de una Sociedad extranjera que abre aquí su establecimiento principal y a la cual no concedió la facultad de entrar legalmente en nuestro país, sino después de un examen sustancial sobre la conformidad de sus instrumentos con aquel mínimo de requisitos que se exigen para el reconocimiento de la constitución regular de las Sociedades nacionales. No se puede admitir que cumpla esta comprobación dejando pasar disposiciones contrarias al orden público, es decir, disposiciones contrarias a los preceptos que el legislador, en defensa de los acreedores y de los accionistas nacionales, ha estimado inderogables.

Para demostrar mejor el carácter dominante de la disposi-

ción del art. 232 en parangón con la del art. 230, párrafo último, basta observar que la primera contiene, según la rúbrica de la sección VIII, una disposición relativa a las Sociedades extranjeras, mientras que la disposición del art. 230 contiene una norma relativa a las Sociedades nacionales de las que el legislador se ocupó solamente por motivo de la semejanza con que simuladamente se encubren aquéllas. Ni una disposición pierde su importancia porque se halle colocada al final de la sanción, pues la lógica se respeta lo mismo partiendo de la excepción para alcanzar la regla general, cual se ha hecho en el Código, como proclamando desde el principio la regla general, para hacerla seguir de la excepción.

Carácter excepcional del último párrafo del art. 230.—Durante la segunda fase de los trabajos preparatorios surgió la preocupación de un caso más temible y casi diríamos fraudulento: el de una Sociedad que quisiera conservar el carácter de Sociedad extranjera teniendo en Italia la sede y la industria, y a este alarmante caso provee el último párrafo del art. 230, después de prolongados debates parlamentarios que condujeron al texto actual. El Ministro FINALI preocupado por el peligro de que para defraudar a las leyes italianas se revistiesen de forma extranjera las Sociedades nacionales, había presentado un proyecto por el que consideraba absolutamente como Sociedades nacionales a «todas las Sociedades que tienen en el reino su sede o el objeto principal de su empresa». Según este proyecto, bastaba que la sede «o» el establecimiento estuviese en Italia para que la Sociedad fuese considerada italiana.

Esta desnacionalización forzosa de la Sociedad extranjera, pareció a su vez un peligro a la Comisión central del Senado (*Lavori preparatori*, volumen I, pág. 417). Creyó ésta que tal amenaza alejaría los capitales extranjeros de las Empresas italianas. De aquí surgieron largos debates entre el Ministro, que quería tutelar a los ciudadanos italianos contra las Sociedades extranjeras, y muchos oradores, que alegaron los graves intereses de las industrias nacionales necesitadas de capitales extranjeros. Y se llegó a la conciliación de sustituir aquella «o» por una «y» y, consiguientemente, poner dos condiciones a la radical disposición que priva de su nacionalidad a la Sociedad extranjera.

De esta historia, del carácter penal de esta disposición y de su aplicación limitada al doble concurso de la sede y de la Empresa en Italia, se puede con seguridad deducir la conclusión de que ella contiene una disposición singular y que la defensa de los intereses italianos se confió principalmente a aquella que fué siempre en todos los trabajos preparatorios, a imitación de la ley belga, la norma defensora de los intereses italianos, actualmente consig-

nada en el art. 232. Si a los intérpretes del Código les ocurre que tropiezan primeramente con la disposición del art. 230, no por ello deben opinar que ésta tiene una virtualidad general: no es en la primera fonda que encuentre, en donde el viajero debe detenerse para descansar tranquilamente. La construcción lógica de una institución debe hacerse teniendo en cuenta sus conexiones sustanciales, que traban sus disposiciones, así como teniendo en cuenta también la razón histórica de aquéllas más que el lugar que ocupen. El orden de las disposiciones, al igual que el de las rúbricas, tiene un carácter más doctrinal que legislativo; en la sustancia, en el contenido de las disposiciones, es donde debe buscarse la voluntad legislativa, más bien que en el orden, el cual tiene una razón lógica, doctrinal y por ende falible.

Estos artículos del Código han tenido intérpretes rebeldes a sus preceptos. Las circunstancias les llevaron acordes a extender el imperio de la ley nacional a las Sociedades que sitúan en Italia la sede o el establecimiento. Pero, ¡por qué caminos tan torcidos llegan a este resultado! MANARA, de ordinario tan respetuoso con los preceptos legislativos, sostiene que el art. 232, párrafo último, añade una segunda hipótesis a la del art. 230, y que la Sociedad debe considerarse nacional, tanto en el caso en que sitúe en Italia la sede y el objeto principal de su Empresa, como en el que ponga solamente su establecimiento: para él, sede y establecimiento, son dos conceptos equivalentes. Pero esta doctrina no tiene en cuenta dos obstáculos contra los cuales se estrella, es decir, que en el sistema de nuestra ley, el establecimiento es un instituto distinto de la sede y que uno se le considera sistemáticamente diferente de la otra, ya que el establecimiento es el centro industrial, y la sede, la dirección general de los negocios (1). Si una equiparación pudiera hacerse, sería la de establecimiento con objeto de la Empresa social, no la de sede con establecimiento. Dicha doctrina peca por un segundo lado, porque no ha tenido en cuenta que la sanción del legislador es diferente en las dos hipótesis. En el primer caso, es decir, en aquel en que una Sociedad extranjera tenga sede y Empresa, la priva sin más de su nacionalidad; y en el caso en que sitúe entre nosotros su establecimiento, se contenta con someterla a la disposición del art. 91 del Código, y vimos la diferencia esencial que existe entre las dos sanciones. Esta doctrina no puede tampoco sustiarse a la crítica de contradicción que le hace NAVARRINI (2), ya que si en el art. 230, el legislador, según MANARA, exige para la nacio-

(1) Arts. 89, núms. 1.º, 92 y 93.

(2) NAVARRINI, loc. cit., pág. 785.

nalización de las Sociedades extranjeras dos condiciones: sede o establecimiento y objeto de su Empresa, ¿cómo puede en el artículo 232 contentarse con sólo el establecimiento? ¿Qué razón de ser tendría la disposición del art. 230, que exige dos condiciones, si el art. 232 se contentase con una sola?

Pero la rebelión de NAVARRINI al precepto de la ley, es aún más manifiesta que la que él censura en la obra de MANARA, ya que acusa al legislador de haber disfrazado su propio pensamiento y se complace en sobrepujar la fórmula, reemplazando la conjunción «y» del art. 230 por la conjunción «o», y de este modo renueva un intento que la jurisprudencia unánimemente ha rechazado. Como resulta de los trabajos preparatorios anteriormente citados, el legislador quiso expresamente limitar su obra de desnacionalización de las Sociedades extranjeras al caso en que sede y Empresa estuviesen simultáneamente en Italia, a fin de no alejar de nuestras industrias el capital extranjero. Sobre este punto no puede haber controversia: precisa que la sede y el objeto principal de la Empresa se hallen, simultáneamente, en Italia. La interpretación de NAVARRINI encuentra una dificultad insuperable en la voluntad explícita del legislador, confirmada por las correcciones que introdujo en el texto.

820 ter. Agotada esta demostración exegética, es oportuno reclamar la atención del intérprete sobre las siguientes consideraciones generales que la deben dominar en absoluto.

No se debe entender por sede la que esté declarada como tal por los Estatutos—lo que produciría a veces el triunfo de la simulación—*sino aquella que es la dirección general de los negocios sociales*. Entre el lugar que se eligió primitivamente para sede de la Sociedad y aquel en que ésta verdaderamente se encuentra, debe prevalecer éste, porque si la elección de la sede es en principio facultativa, es decir, dependiente de la voluntad de los socios, la sede efectiva depende de la realidad, y el Magistrado debe buscar, por debajo de la apariencia, el verdadero estado de cosas y descubrir la simulación primitiva o posterior de los Estatutos en la cotidiana contradicción que la explotación de la hacienda social hace de sus preceptos. Esta correspondencia entre el lugar en que se tratan en general los negocios de la Sociedad y su sede, es una regla de orden público, remedio indispensable para la observancia de las leyes materiales y fiscales, para el crédito y para la economía nacional. En esta materia de orden público el hecho domina al derecho: la sede situada en el extranjero, que quizá fuese legítima cuando se constituyera la Sociedad, puede cambiar por la fuerza de las circunstancias si el centro de sus negocios se

desplaza y se convierte en ficticia cuando la apariencia legal no corresponde ya con la realidad. Si la sede resulta un nombre vano y sin contenido, entonces, aun sin pensar en el fraude *qui omnia corrumpit*, puede declararse judicialmente, a petición de cualquier interesado, que la sede contractual se ha convertido en ficticia y que debe ceder el puesto a la efectiva. Y es fácil demostrarlo teniendo por guía el Código de Comercio, el cual considera como sede legal a aquella en la que efectivamente se encuentra la dirección general de los negocios sociales, porque todos sus ordenamientos en esta materia presuponen que todos aquellos que traten con la sede efectiva de la Sociedad tengan posibilidad de conocer el estado jurídico y financiero de la misma y de tutelar rápidamente sus propios derechos contra ella, a través de sus escrituras de constitución, de administración y de liquidación, que deben ser depositadas y publicadas en el centro de sus negocios, así como a través de su contabilidad, la cual debe hallarse al alcance de todos los interesados en el caso de conflictos fiscales y judiciales, de secuestros y de quiebras. Esta coincidencia efectiva entre la sede legal y el centro de los negocios, es el presupuesto del ordenamiento jurídico de las Sociedades, desde su nacimiento hasta la liquidación. En nuestro sistema legislativo, cuando aparece una Sociedad anónima y precisa hacer por primera vez una anotación a ella referente, se la debe reservar en el registro de Sociedades que se lleva en la Cancillería del Tribunal civil en que aquélla tenga su sede, un folio entero constituido por dos páginas contrapuestas. Los Cancilleres llevan este registro bajo su responsabilidad, pero sus páginas no se abren para escribir en ellas anotación alguna, sin la correspondiente providencia de la autoridad judicial y precisamente del Tribunal en que la Sociedad tenga su sede (arts. 7.º y siguientes del Reglamento para la ejecución del Código de Comercio). Es el Tribunal en que se halle establecida la sede de la Sociedad el que debe desplegar jurisdicción propia para comprobar si la Sociedad ha observado todas las disposiciones dictadas por el Código de Comercio para constituirse y para determinar las normas de la propia administración (art. 91, Código de Comercio). Es también el mismo Tribunal el que debe constatar la observancia de las leyes en todas las modificaciones que se introduzcan en la escritura de constitución y en los Estatutos (art. 86), y hasta tal punto es severa la ley, que niega efecto alguno a estas modificaciones si no fueren aprobadas por el Tribunal (art. 100) y conmina con graves sanciones penales a los Administradores que no se sometan puntualmente a estas obligaciones de revisión y publicidad (art. 248). Despliega allí el Tribunal su función de policía judicial en el caso de abusos

de los Administradores, convocando inmediatamente a la Asamblea y con otras determinaciones urgentes (art. 152), y, cuando precise, incluso con la suspensión de los acuerdos de la Asamblea (art. 163). En esta sede del Tribunal deben los Administradores notificar su nombramiento, a fin de que los terceros sepan con certeza quiénes son los que representan y obligan a la Sociedad (artículo 139). Debe allí publicarse el balance (art. 180) y todos los documentos de la liquidación, así como todos los libros de la Sociedad (art. 218); debe allí incoarse y administrarse su quiebra (art. 846), y para establecer una dirección que en toda eventualidad conduzca a los interesados, accionistas o acreedores a dicha fuente judicial de segura información, la ley prescribe que en todo instrumento, carta, publicación o anuncio repartidos por la Sociedad, se indique su sede (art. 104₁) y que en todo título de acción u obligación se exprese la fecha y el lugar en que la Sociedad esté constituida, a fin de que quienquiera que emplee sus capitales en la misma, sepa con qué garantías puede contar (arts. 165, número 2.º, y 173, núm. 3.º).

Consiguientemente es de orden público que la sede y las funciones de la sede correspondan con el centro efectivo de los negocios, tanto en interés de los accionistas como en el de terceros. Si la Sociedad pudiese elegir *ad libitum* la propia sede, situándola ficticiamente donde no llegaran las miradas de los interesados, ya en el extranjero, ya en Italia, en lugares apartados de su actividad, el complicado sistema de publicidad, de revisión y de policía judicial introducido por el Código resultaría un fárrago inútil, porque la Sociedad hablaría por medio de sus instrumentos donde no está su público, y éste, integrado, como está, por accionistas y acreedores, no podría valerse eficazmente de aquellos órganos de publicidad y de defensa que se hallan constituidos por la ley en tutela de sus intereses.

820 quater. Nuestro legislador, para proteger el comercio italiano, ha apretado la mano sobre los órganos que las Sociedades extranjeras tienen en Italia.

Si nombran representantes encargados de concluir habitual y personalmente (vid. art. 371) los negocios de la Sociedad, quedan ellos sujetos a las reglas que rigen para los agentes.

Si constituyen una representación a la que confían establemente la dirección y la administración de sus negocios en Italia, tanto en su totalidad como en un ramo de los mismos, las personas que actúen por la Sociedad quedan obligadas a dar publicidad a la escritura de constitución, a los Estatutos, a los balances y a los propios nombres. La administración constituye la acti-

vidad interna y la representación el órgano externo por el cual aquella actividad viene a concluir los negocios con los terceros.

Por consiguiente, no es el caso de aplicar ni el art. 376 ni el 230 cuando la Sociedad extranjera se procura los negocios por medio de agentes que se limiten a remitir a la sede extranjera las propuestas de contratos que sólo ella, en la unidad de su dirección, tiene la facultad de concluir (núms. 286 y siguientes).

Ni es el caso de aplicar el art. 231 a dichos representantes que tratan y concluyen los negocios de la Sociedad extranjera sin una *función* y sin una residencia estable y general.

Para que se esté en el caso de aplicar las obligaciones de publicidad y las sanciones civiles y penales de los artículos 230 y 231, precisa se trate de una *función* estable. Que se haya de tratar de una función, lo dice el art. 231, y que se haya de tratar de una función estable, se demuestra por el sistema de publicidad impuesto por la ley y que debe ser observado en el lugar en que se ha establecido la sede y la representación (art. 230).

Signos característicos de las mismas o de la existencia de una oficina administrativa, serán generalmente una contabilidad propia con agentes y representantes adscritos a un círculo menor de negocios, el ejercicio de estos últimos, de almacenes, de agencias, etcétera. El representante es el núcleo esencial de la representación, pero no es toda ella en el sentido de los artículos 230 y 231: debe ser aquélla una hacienda exótica y accesoria provista de un representante. Secundando la solicitud del legislador que quisiera proteger a quien contrate con dicha representación, se deben aplicar aquellas sanciones especialmente a las representaciones que evidencian su función con los signos de una actividad realmente permanente y externa. El juicio implica una apreciación de hecho (1).

(1) Casación Penal de 10 de Diciembre de 1898; *Giur. ital.*, 1899, 11, 155; Casación Turín, 30 de Abril de 1910; *Riv.*, 1910, 11, 287; Casación Nápoles, 27 de Febrero de 1899; *Giur. ital.*, 1899, 209.

CAPITULO XII

La Asociación de cuentas en participación

§ 66.—REGLAS GENERALES

Sumario.—821. Razón de este tratado.—822. Definición.—823. Los contratantes.—824. Objeto de la Asociación.—825. La Asociación no tiene patrimonio propio.—825 bis. A quién corresponde la propiedad de las cosas destinadas a los negocios de la Asociación.—826. Esta no necesita de publicidad alguna.—827. Formalidad de la Asociación.

821. La Asociación de cuentas en participación es un contrato análogo al de Sociedad y se diferencia de ésta porque no trata de crear una persona jurídica distinta de los contratantes, sino que agota su finalidad en las recíprocas relaciones de éstos. La falta de personalidad jurídica, elemento esencial de toda Sociedad mercantil, debería proscribir de este libro, que trata de las personas, a la Asociación. Sin embargo, la comunidad de orígenes, la analogía del nombre, de la función económica y de la disciplina jurídica, la tienen aún ligada como un instituto accesorio al de las Sociedades. Tenemos en cuenta esta afinidad y seguimos el orden aún dominante en las leyes y en la doctrina, pero advertimos que las diferencias de su disciplina jurídica resultan cada vez más manifiestas a medida que las Sociedades, incluso en las relaciones recíprocas de los socios, se penetran e influncian del concepto y de las exigencias prácticas de su personalidad jurídica (1).

(1) Bibliografía: *Relaz.* MANZINI, págs. 469 y siguientes; ERRERA, en el *Archivio giuridico*, XXIV; POULLE, *Les associations commerciales en participation*, París, 1887; LASTIG, *Die stille Gesellschaft*, en el *Manuale* de Endemann, I, §§ 137-142; RENAUD, *Das Recht der stillen Gesellschaften*, editado y completado por LABAND, Heidelberg, 1885; BAUER, *Die stille Gesellschaft*, 1894. La teoría jurídica seguida en Italia por VIDARI, que reconoce a la Asociación una personalidad jurídica interna, 4.ª edición, volumen II, núms. 1.730 y siguientes, 1.735 y siguientes, y por FAGGELLA, *Assoc. in partecipazione*, en el Comentario al Código de Comercio, VALLARDI, edit., volumen 2.º, es inconciliable con la tradición italiana que

822. La Asociación es un contrato por el cual una persona concede parte a otra en las ganancias y pérdidas de sus operaciones mercantiles. Llamaremos *asociante* al que dirige la operación y *asociado* al que sigue su suerte participando en los resultados.

La finalidad de asociar a otro en las propias ganancias se puede alcanzar mediante un pacto accesorio agregado a un contrato principal de distinta naturaleza. La tendencia de las grandes Empresas a dividir las ganancias con quienes concurren a producirlas para, con ello, estimular el celo de los mismos, hace cada vez más frecuente su aplicación (art. 86, Código de Comercio). De este modo, la Asociación del dependiente es el accesorio de una locación de obra; la asociación de los promotores, en las ganancias de una Sociedad por acciones, es un pacto accesorio del contrato de Sociedad, y la asociación de los asegurados en los beneficios de la Compañía aseguradora es el accesorio de un contrato de seguro. En estos casos, el pacto accesorio se halla sujeto a las reglas del contrato principal a cuya eficacia debe contribuir (1).

823. Los contratantes pueden ser personas físicas o colectivas (art. 233): por tanto, una Sociedad puede asociarse en el ejercicio de su comercio a un individuo o a otra Sociedad de cualquier especie (2), y un individuo puede asociarse en su cuota social tanto a otro individuo como a una Sociedad (art. 79). No precisa que sean comerciantes ni el uno ni el otro: basta que am-

fué consagrada por el Código y desenvuelta en los trabajos preparatorios, los cuales excluyen en absoluto la existencia de fondo social alguno. Vid. *Verb.*, núms. 727, 728 y 937; *Relaz. MANZINI*, págs. 470 y 477; *Relaz. FINALI, Lavori preparatori*, 1, 1, pág. 177. La misma opinión, ya manifestada por PARDESSUS, núms. 1.046 y siguientes, se rechaza ahora unánimemente por la jurisprudencia y doctrina francesas, resumidas por POULLE, núm. 154 y siguientes. Para la historia casi estacionaria de esta institución, vid. las noticias dadas en las Sociedades comanditarias, de las que tuvo origen y con las que guarda analogía, núm. 340.

(1) Especialmente en lo concerniente a la prueba. Vid. con respecto al caso de un mozo de café renumerado con participación en las ganancias del negocio: Casación Turín, 1.º de Agosto de 1882; *Monitore*, 1.103.

(2) Casación Roma, 27 de Septiembre de 1900; *Monitore*, 1901, 5. La mayoría de socios no puede, en una colectiva o comanditaria simple (arts. 108 y 118), asociar a un tercero en la participación de las ganancias y pérdidas, porque no puede modificar el contrato social, el cual asigna todas las ganancias a los socios, para dar parte de ellas a un extraño (arts. 88, núm. 5.º, y 1.717, Código civil). Conforme Casación Turín, 28 de Junio de 1876; *Monitore*, 799. La asunción de un asociado no puede estimarse comprendida en el mandato del agente (art. 370). Conforme RE-NAUD, pág. 96 y BEHREND. § 91₈.

bos tengan la capacidad necesaria para realizar aquel acto de comercio que constituye el objeto de la Asociación (1).

824. La asociación puede tener por objeto un negocio civil, verbigracia, una explotación agrícola. En tal caso, el derecho y la jurisprudencia mercantil le prestan las propias reglas en cuanto sean compatibles con la naturaleza civil del negocio.

825. La asociación no tiene fondo social, ni domicilio ni nombre propio. Aun cuando tenga por objeto el ejercicio de toda una hacienda, por ejemplo, de una tienda, este fondo no se halla reconocido jurídicamente como fondo de la Asociación (2).

825 bis. Las cosas suministradas por el asociado pasan de ordinario al dominio del asociante, quien de esta forma, según la finalidad del contrato, acrece su crédito y amplía la esfera de sus negocios (art. 236). Esta presunción tiene un fundamento legítimo en la voluntad de los contratantes, ya que es justo presumir que el asociado, al querer los beneficios de la Asociación haya también deseado conceder al asociante, mediante la libre disponibilidad de las cosas aportadas, los medios para conseguir aquéllos. Por tanto, el asociante, como todo adquirente, tiene derecho de hacer inscribir a su nombre en los registros públicos la adquisición de las cosas inmuebles, de las exclusivas industriales, de los derechos de autor, y de obtener la entrega de las cosas muebles y de los títulos al portador, el endoso de los títulos a la orden y la cesión de los títulos nominativos aportados por el asociado.

Sin embargo, es lícito que el asociado se pueda reservar la

(1) Por tanto, es evidente la poca precisión del art. 233, según el cual parecerá necesario que el asociante sea un comerciante o una Sociedad mercantil, lo cual se halla corregido por el posterior art. 234.

(2) Este concepto se ha fijado ya en nuestro derecho (art. 236). «Los participantes no tienen condominio legal alguno sobre la cosa cuyas utilidades concurren a percibir». Esto se repitió en todos los trabajos preparatorios: *Commissione per Cod. del 1865, Verb.*, núms. 60, 727, 728 y 937; *Relaz. MANZINI*, CXIV, págs. 470 y 477, nota 1.ª, *Relaz. FINALI, Lavori preparatori*, 1, 1, 177; Casación Florencia, 3 de Febrero de 1877; *La giurispr. comm.*, 1877, 1, 94; id., 25 de Julio de 1878; *Foro*, 917; Apelación Venecia, 11 de Junio de 1886; *Temi ven.*, 305; Casación Florencia, 4 de Julio de 1887; *Temi ven.*, 397; Casación Turín, 17 de Diciembre de 1887; *Legge*, 1888, 732; id., 22 de Diciembre de 1890; *Monitore*, 1891, 206; Casación Roma, 7 de Diciembre de 1900; *Giurispr. ital.*, 1901, 244; Apelación Roma, 4 de Octubre de 1917; *Rass. Comm.*, 1917, 221; Casación Roma, 12 de Mayo de 1920; *Riv. dir. comm.*, 452. La asociación no tiene domicilio social propio, diferente del de los asociados; Casación Roma, 22 de Febrero de 1901; *Redaccio SCIALAMA; Temi ven.*, 108.

propiedad, y este pacto producirá efectos incluso para terceros cuando resulte de los registros públicos: así, los libros de la propiedad inmobiliaria impedirán siempre al asociante el enajenar los inmuebles de los que el asociado aportara sólo el uso; y, por el contrario, cuando se trate de cosas muebles, podrá el asociado asegurarse el derecho de readquirirlas al fin del contrato; pero este derecho no vale frente a terceros, porque la tutela de la buena fe no consiente que el asociante se valga del mayor crédito que le procuren los bienes aportados por el asociado para después sustraer a los acreedores la garantía de estos bienes en el momento en que se va a accionar contra ellos (1). Esta regla distingue esencialmente la Asociación de la comisión en que el comitente conserva la propiedad de las cosas entregadas al comisionista y puede reivindicarlas en caso de quiebra (arts. 802 y siguientes). Dicha reserva no tendrá más efecto que el de obligar al asociante al resarcimiento de daños cuando la reivindicación resulte imposible por su culpa.

826. Quien trate los negocios de la Asociación no obliga más que a su patrimonio reforzado por las aportaciones del asociado. Quién sea éste y qué crédito merezca cuando haya ya entregado su cuota, es del todo indiferente para los acreedores del asociante, ya que no tienen derecho alguno contra aquél. Si el asociado no ha entregado su cuota, los acreedores del asociante tienen interés

(1) En el siguiente sentido se expresan los trabajos preparatorios: *Verb. della Comm. prelin.*, núm. 60: «Los partícipes no pueden ser más que acreedores, pues de lo contrario, los terceros que contrataren con un negociante con la mira de los capitales de que se hallaba en posesión, verían que éstos se esfumaban en el momento de necesitarse»; *Relaz. MANZONI*, pág. 477, dice así: «Los partícipes no tienen derecho alguno de propiedad o conlominio sobre las cosas de la Asociación, salva únicamente la facultad de estipular que en las relaciones entre los asociados cada uno de ellos, al término de la operación, pueda readquirir en especie las cosas aportadas, y en defecto de ellas, ser resarcido de su equivalente y de todo daño». *Relaz. FINALI (Lavori preparatori)*, I, 1, 177) dice: «El socio secreto no puede conservar la propiedad más que frente al socio aparente y no tiene derecho a alegarla a los terceros a quienes el socio aparente la hubiese enajenado. En este caso no quedaría al partícipe más que el derecho a una indemnización contra el socio aparente». Casación Turín, 27 de Abril de 1911; *Temi ven.*, 291; Apelación Bolonia, 18 de Marzo de 1909; *Monitore giurid. bologn.*, 1900, 170; Casación Palermo, 11 de Julio de 1893; *Temi genov.*, 599; Casación Nápoles, 21 de Junio de 1894; *Foro Repert.*, voz *Società*, 161. Gracias a la presunción consignada en el art. 236, el Código ha acabado con las seculares dudas y controversias del derecho francés, el cual ha venido a parar ahora en una regla poco tranquilizadora para la tutela de la buena fe, al estimar que «la cosa puesta en la asociación queda propiedad de quien la ha aportado o de quien la adquirió en nombre propio». Vid. *POULLE*, núms. 142 y siguientes. Conforme con el nuestro, el Código alemán de 1864, que en su artículo 252 dice: «el propietario de la Empresa se hace propietario del fondo aportado», y el Código alemán de 1900, § 335.

en su solvencia como en la de todo otro deudor del asociante y no tienen contra él más que los derechos del asociante, su deudor.

El contrato puede quedar ignorado por terceros, como en general la existencia de cualquier otro contrato. Pero si esta ocultación era habitual en los tiempos en que el asociado, por el menosprecio con que se miraba al comercio, buscaba esconderse tras la figura del comerciante que trataba los negocios comunes, hoy día suele ocurrir lo contrario, es decir, que el asociante lo dé a conocer a sus clientes para recomendarlo y conseguir aumento del crédito. Esta notoriedad puede considerarse jurídicamente superflua, pero ella no convierte a la Asociación en Sociedad. Es más, puesto que la publicidad concedida al contrato pone fuera de duda sus límites, servirá ella para impedir los equívocos que pueden extender la responsabilidad del asociado. Sería extraño que un contrato perfectamente legal debiese concluirse y llevarse a cabo clandestinamente para conservar su propia naturaleza. Baste considerar que la asociación puede ser concertada en instrumento público y que no es necesario ni aun siempre posible el conservar el secreto de su existencia. Y baste considerar que la publicidad del contrato puede depender de las indiscreciones del asociante y de sus dependientes, para convencerse de que la condición jurídica del asociado no puede modificarse por dicha publicidad, pues que si tal ocurriera, éste se hallaría siempre expuesto al peligro de perder su carácter de asociado, y la asociación de cuentas en participación sería temida como una fuente de insidias (1). El Código se manifiesta en este sentido, pues exonera a las Asociaciones de las formalidades impuestas a las Sociedades (art. 238), pero no las prohíbe, y porque se remite al contrato en lo referente a su forma (art. 237).

827. Para garantizar los importantes intereses que pueden depender de este contrato y no se logre fácilmente, con testigos falsos, una participación en las utilidades o una división de las pérdidas donde no hubo nunca Asociación, el legislador manda que se pruebe por escrito. De esto se deduce: a) que la Asociación no puede probarse con testigos cuando falte un principio de prueba escrita (art. 53) y cuando el valor del negocio que constituya

(1) Casación Florencia, 19 de Diciembre de 1878; *Foro ital.*, 1870, 1.111; Apelación Florencia, 10 de Julio de 1883, 283; Casación Florencia, 18 de Febrero de 1884; *Temí ven.*, 1884, 238; Casación Palermo, 11 de Julio de 1896; *Temí gen.*, 590. También la jurisprudencia francesa, si bien con frase poco feliz, considera a la Asociación como a una Sociedad oculta sólo en el sentido de que no tiene existencia legal frente a terceros: *POULLE*, núms. 55 y siguientes; *LYON-CAEN ET RENAULT*, 11, núm. 1.053.



su objeto exceda de las 500 liras (r, y b) que no se puede, mediante prueba testifical, impugnar ni ampliar el documento escrito (2).

§ 67.—RELACIONES ENTRE LOS ASOCIADOS

Sumario.—828. Interpretación del contrato de Asociación.—829. Qué reglas del contrato de Sociedad no encuentran aplicación en la Asociación.—830. Obligaciones recíprocas de los contratantes.—831. Ingerencia y responsabilidad del asociado.—832. Asociado que aporta su trabajo.—833. Distribución y pago de las utilidades.—834. Participación en las pérdidas.—835. Liquidación.—836. Rendición de cuentas.—837. Quiebra de los asociados.

828. El contrato de Asociación de cuentas en participación tiene la más estrecha analogía con el contrato de Sociedad, porque, al igual que éste, tiene por fin la división de las utilidades y de las pérdidas que dimanar del negocio efectuado en interés común. Por esto se aplican a las relaciones recíprocas de los socios las reglas consignadas en el Código para el contrato de Sociedad, por ejemplo, sobre cuantía y plazos con que deben repartirse las utilidades y las pérdidas (3), sobre el derecho correspondiente

(1) En los debates legislativos surgió la duda de si debe determinarse el valor por el importe conjunto de las aportaciones, o bien por las utilidades y pérdidas de que se pida el reembolso, lo que haría muy variable la admisibilidad de la prueba testifical: *Verb.*, núm. 27 de los debates del Código de 1865, cuyo art. 182 es el actual 238, *Lavori preparatori*, volumen III, pág. 617. Pero el texto del art. 1.341 del Código civil parece justificar la conclusión preferida en el texto.

(2) Conforme Casación Palermo, 12 de Marzo de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 296, con nota conforme de PAGANI; Casación Nápoles, 2 de Abril de 1902; *Foro*, 1.175; Casación Roma, 11 de Marzo de 1901; *Rivista universale*, 207; *id.*, 22 de Febrero de 1901; *Temi ven.*, 231; *id.*, 12 de Diciembre de 1898; *Temi rom.*, 1899, 57; Casación Nápoles, 31 de Enero de 1894; *Conf. comm.*, 245; Apelación Bolonia, 17 de Abril de 1901; *Monitore Bologn.*, 155; Apelación Génova, 11 de Junio de 1904; *Rivista di dir. comm.*, 375 (con una nota donde se confunde la disciplina de la Sociedad con la de las Asociaciones, en materia de pruebas); Apelación Trani, 3 de Julio de 1908; *Foro Rep.*, vid. *Società*, 151; Apelación Catania, 11 de Abril de 1910; *Giur. cat.*, 30; Apelación Roma, 14 de Enero de 1915; *Foro Rep.* vid. *Società*, núm. 181; Apelación Catania, 9 de Febrero de 1920; *Monitore Tribunali*, 570; Casación Florencia, 28 de Enero de 1915; *Foro*, 1, 528; En contra, Casación Turín, 16 de Junio de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 1903, 317, allí justamente censurada por NAVARRINI; Casación Roma, 19 de Junio de 1905; *Foro*, 1.225; Apelación Turín, 17 de Junio de 1907; *Giurispr. torin.*, 1.230; Apelación Módena, 5 de Agosto de 1911; *Rivista di dir. comm.*, 1912, 156 con nota contraria de PAGANI.

(3) Casación Roma, 2 de Febrero de 1901; *Giurispr. ital.*, 513; Casación Palermo, 12 de Marzo de 1903; *Rivista di dir. comm.*, 296, con nota de PAGANI, que cita en el mismo sentido una sentencia inédita de la Apelación de Módena, 17 de

a cada uno de los asociados de rechazar el ingreso en la Asociación de otros asociados que no reúnan el consentimiento de todos (1), y sobre las causas de disolución (2).

829. Por el contrario, no pueden aplicarse a sus relaciones las reglas del contrato de Sociedad que presuponen la existencia de un fondo y, consiguientemente, de un ente social, ni las que constituyen sanciones especiales. Por tanto:

a) No son aplicables a la Asociación las reglas que hacen más rigurosa para los socios la obligación de entregar la cuota prometida (arts. 80 y 83). Tales reglas tienen por objeto asegurar la constitución regular de la Sociedad que aún no existe y formar efectivamente las garantías de los acreedores sociales; por lo que no pueden aplicarse cuando existe ya una persona individual o colectiva que se halla provista de un patrimonio propio para garantía de sus acreedores (art. 235) (3).

b) No son aplicables a las Asociaciones las sanciones establecidas por el Código para hacer observar las formalidades propias del contrato de Sociedad. Así, pues, los asociados no pueden pedir la disolución del contrato so pretexto de que no se redactó por escrito, fundándose por analogía en el art. 99. Esas sanciones tienen por fin asegurar la publicidad del contrato social; pero puesto que las Asociaciones se hallan exentas de tal obligación (art. 238), no deben quedar expuestas a dichas sanciones. Las sanciones por la falta del documento escrito son las impuestas para cualquier otro contrato, y a ellas evidentemente se refiere el art. 238 usando la misma fórmula que el art. 53 del Código de Comercio (4).

c) Las acciones recíprocas de los asociados deben proponerse según las normas ordinarias de procedimiento y no ante la autoridad judicial del domicilio de la Asociación, porque jurídicamente ésta no tiene domicilio propio (5).

Marzo de 1902. La obligación del reparto anual de las utilidades y de los balances periódicos se reconoce asimismo por la jurisprudencia francesa, POUÏLE, núm. 300.

(1) Art. 79, Código de Comercio; Apelación Bolonia, 17 de Abril de 1900; *Monitore giurid. Bologn.*, 155.

(2) Casación Roma, 22 de Noviembre de 1894; *Temí genov.*, 1895, 133. En contra, Apelación Bolonia, 4 de Abril de 1912; *Monitore*, 471.

(3) POUT, núm. 1.836; DALLOZ, núm. 1.647; VAVASSEUR, núm. 319; POUÏLE, núm. 137 y la jurisprudencia allí citada.

(4) La singular doctrina que aquí se reprueba fué acogida por la Casación de Turín, 5 de Marzo de 1901; *Foro*, 491; Apelación Trani, 13 de Septiembre de 1901; *Monitore*, 876. Muy lejos de aprobar esta doctrina, como haría creer la nota inserta en el *Foro*, la Casación de Roma, en la sentencia de 7 de Diciembre de 1896; *Foro*, 1897, 387, no se ha ocupado del derecho de disolución.

(5) Código de procedimiento civil, art. 96. Apelación Milán, 6 de Mayo de 1890:

d) No es reo de apropiación indebida el asociante que se vale para su uso de las cosas que se le suministraron para los fines de la Asociación, ni está obligado a poner en cuenta común las ganancias que indebidamente haya conseguido, sino a resarcir el daño que con ello se haya causado.

e) Las reglas sobre la exclusión de los socios no se aplican a los asociados, porque no se puede excluir a nadie de un ente que no existe. El asociado que cumpliera lealmente el contrato podrá pedir su resolución contra el que lo incumplió por los medios que proporciona el derecho común (1).

f) Tampoco se pueden aplicar a los asociados las reglas del contrato de Sociedad que restringen el libre ejercicio de derechos; así, no se les podrá impedir que ejerzan el mismo comercio que el asociante (arts. 112 y 116), ni se reconocerá en los acreedores sociales el derecho de oponerse a la prórroga de la Asociación (2).

830. El asociante hace suyas las cosas aportadas por los asociados, pero debe unir a ellas lo que prometiere emplear por cuenta común. Si no observa los pactos, el asociado puede pedir la resolución del contrato, además del resarcimiento del daño. Puede pedirla, verbigracia, si el asociante, violando el acuerdo, ejerce el mismo comercio por cuenta propia, si no lleva un registro adecuado para los negocios de la asociación, si descuida éstos, si traslada el domicilio a otra plaza, si especula en Bolsa, si no atiende o no sigue los consejos de los asociados, etc. (3).

831. El asociante es siempre el dueño del negocio y ordinariamente lo dirige a su gusto, porque responde del mismo a los terceros con todo su patrimonio. Pero el asociado puede reservarse el derecho de participar en la gestión y el de control de los negocios comunes: el contrato es ley.

La ingerencia del asociado, tanto interna como externa, en

Monitore, 611; Casación Roma, 7 de Diciembre de 1900; *Giurisprud. ital.*, 1901, 244.

(1) Apelación Nápoles, 18 de Octubre de 1895; *Foro*, 1.274. Apelación Milán, 30 de Diciembre de 1919; *Tem. Lombarda*, 1920, 169.

(2) Vid. volumen 1, núm. 200; arts. 27 y 140; *POULLE*, núm. 203.

(3) Apelación Casale, 29 de Noviembre de 1872; *Giurispr. tor.*, 1873, 334; Casación Turín, 2 de Junio de 1916; *Monitore Trib.*, 523. Si el asociado tiene fundados motivos para tener la pérdida de su crédito eventual, puede conseguir un embargo: Casación Florencia, 25 de Julio de 1878; *Foro*, 918; Casación Roma, 25 de Abril de 1887; *Annali*, 1887, 202; Apelación Roma, 27 de Abril de 1887; *Tem. Rom.*, 303. El crédito eventual del asociado puede constituir la causa válida de una prenda o de una hipoteca convencional: *BEHREND*, § 91, 17 y la jurisprudencia allí citada.

el ejercicio de la Asociación, no lo transforma en socio, porque no existe ente social y, así, falta el fondo, que es su signo característico y esencial (1). Puede ocurrir que el asociado—quien puede aportar a la asociación sólo su propia industria—asuma la gestión completa o parcial de la misma como representante del asociante, quien queda frente a terceros cual único titular de la Empresa (art. 235₂) (2): en estas complejas formas no se advierten siempre fácilmente los confines entre Sociedad y Asociación, pero el deseo de tutelar los intereses de terceros debe hacer indagar la verdadera naturaleza de las relaciones nacidas y mantenidas entre los contratantes. El asociado no puede condenarse a una responsabilidad solidaria e ilimitada sólo porque tratara los negocios—que son realmente de interés común—en nombre del asociante, deduciendo ella de las sanciones establecidas contra el comanditario que tratara los negocios de la Sociedad en comandita, porque en este caso existe un contrato de Sociedad y se usa una razón social de lo que dimana la responsabilidad solidaria de los socios, mientras que en la presente hipótesis sólo hay un representante que obra en nombre y por cuenta del principal, y, sobre todo, porque una sanción civil y penal de tanta gravedad no puede, por analogía extenderse de un instituto a otro.

Puede ocurrir que varios comerciantes se asocien recíprocamente en las utilidades y en las pérdidas, aunque quedando cada uno, tanto al interior como al exterior, dueño absoluto de su propia hacienda. De esta forma podrá constituirse un Sindicato de varios industriales que ejerzan el mismo ramo de comercio, a fin de moderar la competencia recíproca, y con la obligación de repartirse las utilidades y las pérdidas al fin de cada ejercicio. En tal hipótesis, los terceros, aunque conociesen la existencia de dicho acuerdo, no tendrían derechos y obligaciones más que contra el comerciante con el que contrataren, salvo el deber de este último de rendir cuentas a sus asociados.

(1) Casación Turín, 17 de Enero de 1867; *Giurispr. tor.*, 113. Id., 4 de Junio de 1875; *Monitore*, 804; Casación Florencia, 30 de Abril de 1877; *Temi ven.*, 270; Casación Florencia, 18 de Diciembre de 1878; *Foro ital.*, 1.111; Apelación Venecia, 11 de Junio de 1886; *Temi ven.*, 300; Casación Palermo, 11 de Julio de 1896; *Legge*, 11, 768. El asociado puede obligarse personalmente en cualquier operación, aislada llevada a cabo en nombre del asociante sin que la asociación se convierta en Sociedad; BORSARI, núm. 606; ERRERA, pág. 24; POULLE, núm. 83 y siguientes, núm. 201; Casación Turín, 17 de Enero de 1867, anteriormente citada.

(2) Casación Turín, 31 de Diciembre de 1866; *Monitore*, 1867, 126; Casación Turín, 17 de Enero de 1867; *Giurispr. Tor.*, 113; Apelación Casale, 29 de Noviembre de 1872; *Giurispr. Tor.*, 1876, 334; Casación Palermo, 14 de Junio de 1898; *Monitore*, 804. La hipótesis presentada en el texto se halla muy próxima a la delimitada en el art. 86 del Código de Comercio.

832. El asociado puede igualmente aportar su trabajo, participando de las utilidades en remuneración del mismo. En esta hipótesis puede surgir la duda de si el contrato tiene los caracteres de un arrendamiento de servicios con el pacto accesorio de participación en los beneficios (art. 86), o bien los de una Asociación de cuentas en participación. La cuestión se resuelve apreciando los hechos; pero es acertado resolverla en el primer sentido, especialmente cuando quien participa en los beneficios se halla en relación de subordinación para con el principal y no está expuesto a las pérdidas del negocio (1).

833. Si la participación se refiere a una serie continua de operaciones o a un entero comercio, el asociado tendrá derecho de retirar su parte de utilidades al fin de cada balance (2). No puede obligársele al mismo a restituir las utilidades percibidas de buena fe, para reparar las pérdidas posteriores, porque satisfizo ya su deuda cuando la primera vez entregó la cuota prometida. Pero no puede pretender la distribución de dividendos mientras el capital disminuido por las pérdidas sufridas no sea reintegrado con las utilidades posteriores, si el asociante adquirió, en el contrato de Asociación, el derecho a disponer de la suma primitivamente fijada.

El asociante, salvo pacto en contrario, no tiene derecho a merced por el trabajo prestado en los negocios de la Asociación: su remuneración estriba, de ordinario, en las utilidades (3).

834. Si no se convino otra cosa, el asociado participa de las pérdidas en proporción de la cuota aportada y, consiguientemente, incluso más allá del importe de la misma, porque esta limitación que colocaría al asociado en situación más favorable que el asociante, no se halla implícita en un contrato que tiene por finalidad poner en común la suerte de los contratantes. La limitación de responsabilidad es un favor excepcional concedido por la ley al comanditario y al accionista, pero puesto que en este

(1) Apelación Palermo, 23 de Febrero de 1900; *Foro sic.*, 170; Apelación Milán, 8 de Noviembre de 1898; *Monitore*, 1899, 630; Casación Turín, 4 de Febrero de 1886; *Foro*, 128. Casación Turín, 22 de Mayo de 1916; *Monitore Trib.*, 649.

(2) TROPLONG, núms. 622 y 846; LYON-CAEN ET RENAULT, 11, núm. 1.064; POULLE, núms. 299 y siguientes; Código alemán, §§ 337 y 340 (art. 255, del Código de 1861).

(3) Sin embargo, no repugna a la naturaleza de esta institución al concesión de intereses al asociado o al asociante: Casación Roma, 22 de Febrero de 1901; *Temí ven.*, 108; VAVASSEUR, 11, núm. 174; PONT, núm. 1.348; POULLE, núm. 205. La Casación de Florencia, 10 de Diciembre de 1906; *Temí*, 1907, 234 ha fallado acertadamente que si el asociado, sin que el contrato le obligara, gestiona útilmente los negocios de la asociación, tiene derecho a remuneración especial.

caso falta toda confirmación de la excepción, debe aplicarse la regla de derecho común que llama a cada socio a participar en las pérdidas en proporción de la cuota que ha aportado o de las utilidades que se haya estipulado (1).

835. No estamos en el caso de hablar de una liquidación regulable por las disciplinas dictadas para las Sociedades mercantiles ni tampoco de un nombramiento convencional o judicial de liquidadores. El asociante, que es el dueño del negocio, continúa administrándolo con el despacho de los negocios en curso, y resultaría extraño que el asociante, después de haber figurado frente a terceros como dueño exclusivo de la hacienda, quedase privado de esta condición cuando acabara la comunidad de intereses y deseara él llevar dicha hacienda por su exclusiva cuenta (2).

Terminado o resuelto el contrato, no puede el asociante emprender operación nueva alguna por cuenta común, y el asociado, sin esperar a la terminación de todos los negocios, puede repetir las sumas ya cobradas y de las que no hay ya necesidad para la liquidación (3). Si aún no ha desembolsado su cuota, el asociante no puede pedirle sino lo que se requiera para pagar las pérdidas.

Concluida la liquidación, el asociado puede recoger las cosas sobre las cuales se reservara la propiedad; pero, salvo este caso, no tiene derecho alguno de preferencia sobre las cosas de la Asociación. El asociante, a su vez, no puede obligarle a recibir su cuota y ganancias *in natura*.

836. Si el asociante no le presenta regularmente la cuenta

(1) Vid. arts. 1.717, Código civil y 233 y 236, Código de Comercio. Conforme ERRERA, págs. 12 y siguientes; Casación Roma, 2 de Febrero de 1901; *Giurispr. Ital.*, 513; Aplicación Génova, 11 de Junio de 1878; *Eco*, 1878, 620, y las otras allí citadas; TROPLONG, núm. 515; POULLE, núms. 209 y siguientes; LYON-CAEN ET RENAULT, II, núm. 1.065. En contra, el Código alemán, art. 255 (§ 337, Código de 1900), que dice: «El socio oculto sólo participa en las pérdidas hasta el importe de su cuota de aportación, entregada o por entregar».

(2) Conforme Casación Turín, 15 de Febrero de 1910; *Temí gen.*, 678; *id.*, 21 de Febrero de 1893; *Monitore*, 569; Casación Florencia, 10 de Diciembre de 1903; *Temí*, 1907, 234; Apelación Catania, 20 de Diciembre de 1905; *Giurispr. Cat.*, 1903, 20; Apelación Turín, 17 de Abril de 1896; *Giurispr. Tor.*, 389. PONT, núm. 1.939; POULLE, núm. 345; LYON-CAEN ET RENAULT, I, pág. 284, nota 1; págs. 205, nota 2; Corte de París, 6 de Marzo de 1890; *Annales*, 1890, 180, y las otras allí citadas. Código de Comercio alemán (1861) art. 265 (§ 340, Código, 1900), que dice: «El propietario de la empresa provee a la liquidación de los negocios aun pendientes en el momento de la disolución». Conforme Código español, artículo 253.

(3) Apelación Venecia, 21 de Marzo de 1890; *Temí ven.*, 1890, 199.

con los documentos que la justifiquen—y entre éstos, el inventario, que es la base del balance—, el asociado puede pedir al Juez que le obligue a presentarlos (arts. 319 y siguientes, Código de procedimiento civil). Si en la rendición de cuentas surgen cuestiones complicadas, el Tribunal puede nombrar uno o más árbitros conciliadores para que, oyendo a las partes, intenten avenir-las, y si no lo consiguen, que den su opinión (art. 402, Código de procedimiento civil).

Si el asociante, que se ha hecho deudor del capital y de las utilidades, no le paga puntualmente, el asociado, como cualquier otro acreedor, puede pedir su quiebra (1).

837. Estas reglas se aplican también en el caso de quiebra del asociante. Su administrador deberá rendir cuenta especial al asociado. Resultando acreedor éste, hará que figure en el pasivo de la quiebra su crédito, el cual estará constituido por la suma que habría podido exigir al asociante si no hubiese quebrado (art. 850₂).

Si quiebra el asociado, el asociante podrá repetir de la masa del quebrado las cuotas aun no desembolsadas por éste y será pagado en la medida de la quiebra.

§ 68.—LA ASOCIACIÓN FRENTE A TERCEROS

Sumario.—838. Posición de los acreedores frente al asociante y al asociado

838. La Asociación no constituye un ente colectivo, sino simplemente un contrato que no extiende su propia eficacia a más allá de las relaciones de los contratantes. No da origen ni a una razón ni a una hacienda social, aun cuando por motivos de hecho la Asociación haya separado lo que se refiere a las operaciones comunes del resto de su patrimonio. El asociante no actúa como Administrador ni como representante de los otros asociados, sino como un comerciante que administra sus asuntos propios y puede disponer en los mismos como le plazca. El sólo contrae vínculos jurídicos con terceros y él sólo es acreedor y deudor de éstos.

(1) Con poco acierto la Apelación de Trani, en 13 de Septiembre de 1901; *Monitore*, 976, dice que el asociado debe esperar a que otros acreedores pidan la quiebra.

Por eso, todos los acreedores del asociante hacen valer sus derechos sobre todo su patrimonio y también sobre los bienes que en realidad constituyen el fondo distinto de la Asociación, sin distinguir quién resulta acreedor por operaciones atañentes a la misma y quién por asuntos particulares.

Salvo el caso de fraude, los acreedores del asociante no tienen acción alguna propia, ni aun la *actio in rem verso*, contra el asociado, si bien éste se haya enriquecido con los negocios de la Asociación, ya que no se le puede considerar enriquecido sin justa causa si sus ganancias tienen fundamento legítimo en el contrato de Asociación. Se barrenaría la regla establecida en el artículo 235, que permite a los terceros accionar sólo contra quien contraten, si se les concediese una acción directa contra el asociado. Por la misma razón, quien suministrara a este último los fondos que después ha aportado éste a la Asociación, no puede accionar contra el asociante, que recogió lo que se le debía (1).

Los acreedores del asociante no poseen una acción propia para obligar al asociado a entregar la cuota prometida, sino que sólo pueden ejercitar las acciones del propio deudor (art. 235, Código de Comercio). Se justifica esta regla—contraria a la acostumbrada en la disciplina de las Sociedades—considerando que sólo el capital de una Sociedad se da en pública garantía de los acreedores sociales. Los acreedores del asociante pueden impugnar los reembolsos, las remisiones y las compensaciones convencionales concedidas por el asociante al asociado sólo cuando reúnan los requisitos para la acción pauliana, que puede ser facilitada por la declaración de quiebra del asociante.

(1) BORSARI, núm. 606; ERRERA, pág. 22; GIOGI, VI, núm. 30; AUBRY ET RAU, VI, pág. 248; TROPLONG, núms. 780 y siguientes; BOISTEL, núm. 371; POULLE, núms. 266 y siguientes; Casación Nápoles, 1.º de Junio de 1861; *Monitore*, 1862, 935; Casación Roma, 1.º de Julio de 1872; *Monitore*, 1874, 1.055, núm. 13; Casación Florencia, 3 de Febrero de 1867; *La giurispr. comm.*, 1877, 94; Casación francesa, 31 de Julio de 1893; *Dalloz*, 1894, I, 261, y las otras allí citadas.