

CAPÍTULO SEXTO

UN SINGULAR TIPO DE SOCIEDAD

I. MUCHOS NOMBRES PARA UNA SOLA COSA

En los dos capítulos anteriores, en primer lugar, hemos constatado que en la sociedad bajo medieval emergió –por razones que eran intrínsecas a la estructura misma de aquella sociedad– la exigencia de una colaboración entre capacidad mercantil y disponibilidad de medios financieros: se debía tratar de un “acuerdo desigual” (*foedus iniquum*), de un acuerdo entre diferentes, que precisamente en esta diferencia habría encontrado su específico fundamento.

Por otro lado, hemos visto que un acuerdo similar no podía convertirse en términos de tipicidad negocial en el antiguo esquema del mutuo, que además habría sido de por sí lo más adecuado: el mutuo, de hecho, en la sociedad bajo medieval, estaba tradicionalmente unido a la antigua y absoluta prohibición de las usuras y era evidente que en el acuerdo de financiamiento de la empresa de *mercatura*, en cambio, el conferimiento

de capitales fuera destinado a obtener un compenso extraíble de las utilidades que se habrían producido con la *mercatura* financiada y, por lo tanto, no viciado por alguna ilicitud.

Nació, de esta aparente contradicción entre una exigencia en los hechos insuprimible y una disciplina absolutamente ineludible, una dura tarea que terminando al sistema de las sociedades comerciales la configuración que éste ha conservado hasta hoy.

En todas las grandes plazas comerciales de Italia y de Europa –a partir del siglo XI– asistimos a la consolidación de una singular figura contractual. En sus términos esenciales ésta puede ser así descrita: “*un commerciante (...) comúnmente designado con el término TRACTATOR, recibe de un capitalista, llamado STANS, una subvención (...) y se obliga a emplearla en determinadas especulaciones mercantiles y a restituirla bajo las condiciones de un viaje y de un retorno feliz, junto con una parte de las ganancias*”¹.

Hay que agregar solamente que la *mercatura* permanecía como propiedad de *tractator* y con ella los riesgos que comportaba –que eran no solamente riesgos “de hecho” relacionados, por ejemplo, con la navegación y los posibles naufragios o ataques de piratas, sino también los riesgos, correspondientes a cada *mercatura*, de terminar arruinado o quebrado– mientras el *stans*, que además conocía de ante mano los negocios de *mercatura* que precisamente financiaba, no arriesgaba otra cosa más que los capitales conferidos. Las utilidades de las cuales después el *tractator* estaba obligado a rendir cuentas al

stans, serían divididas entre los dos en una proporción que habitualmente era de tres cuartos para quien había conferido el capital y de un cuarto para el *tractator*².

Para apreciar la dimensión de esta última cláusula es bueno no olvidar que las utilidades eran calculadas de acuerdo con el neto de los gastos que el *tractator* había sostenido en el ejercicio de la empresa (por ejemplo, gastos de viaje y de provisiones para las *mercaturas* de ultramar) y que era jurídicamente posible (y de hecho no era raro) que los capitales fueran conferidos por una pluralidad de personas, entre las cuales, por tanto, era dividida la cuota de los tres cuartos del total de las utilidades destinadas a quien había puesto el capital.

Respecto a la repartición del riesgo, inherente al negocio o a los negocios por los cuales había sido estipulado el acuerdo, las reglas eran muy simples: mientras que el *stans* podía perder las sumas conferidas, pero no tenía ninguna relación (y por consiguiente ninguna responsabilidad) hacia terceros quienes conocían solamente al *tractator*, este último gestionaba sus propios negocios y, por lo tanto, estaba obligado y era ilimitadamente responsable respecto a terceros, ni más ni menos que cualquier otro mercante³.

Decíamos que este contrato está muy documentado en casi todas las plazas comerciales europeas, tal

² Benedetto, *Commenda*, 609.

³ Descripción suficientemente analítica en Lattes, *Il diritto commerciale*, 156 ss.; Goldschmidt, *Storia universale*, 201 ss.; Cessi, *Note pre la storia*, 12 ss.; Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, III, 118 ss.; Astuti, *Origini*; Astuti, *Note sulla collegantia*; Benedetto, *Commenda*, 608 ss.; Hilaire, *Introduction historique*, 170 ss.

¹ Benedetto, *Commenda*, 608.

vez con preferencia en las plazas marítimas. Evidentemente a esta difusión generalizada corresponde una notable variedad de nombres que fueron usados en los diferentes lugares para indicar este contrato; una variedad, de la cual sería arbitrario deducir diferencias sustanciales: a pesar de que era llamado *commenda*, *acomandita*, *accomandiglia*, *collegantia*, *societas maris*, *hentica* o también de otra manera, la estructura esencial del contrato permanecía siempre la misma; no siempre del todo idéntica hasta en los más pequeños detalles, se entiende, pero ciertamente constante en sus rasgos fisonómicos característicos. Sobre esta diferencia de nombres, pero de sustancial identidad de contenidos normativos, podemos decir que el acuerdo es unánime.

Hace más de medio siglo un historiador del derecho, que contribuyó a estos temas con absoluta excelencia podía afirmar: “*si, dejando a los eruditos, a los filólogos, a los historiadores puros la minuciosa descripción de las particularidades de documentos individuales y la determinación—frecuentemente estéril respecto a la obtención de resultados concretos desde el punto de vista jurídico— de los elementos y de las características singulares ofrecidas por este o aquel grupo de fuentes, vestidos de historiadores y de juristas volvemos la mirada a las fuentes de derecho marítimo medieval del Mediterráneo, no podemos no encontrar en éstas la individualidad histórica y conceptual de un instituto jurídico bien determinado en sus elementos constitutivos, y su originaria unidad esencial y estructural*”⁴.

⁴ Astuti, *Ancora sulle origini*, 1348.

Este juicio, así preciso del joven Astuti, merece ser aprobado, no solamente por su contenido, sino por los supuestos teóricos y de método sobre los cuales se fundamenta⁵, es decir, por cómo considera los datos estructurales, constantes del contrato que estudia, y no las mínimas particularidades de cada ejemplo individual, las continuidades de largo periodo más que los fragmentos cotidianos de una crónica de muchos siglos.

Hubo, entonces, en muchos lugares y en diversos tiempos, un contrato que respondió a la exigencia que la sociedad mercantil tenía, de realizar una colaboración entre mercantes y no mercantes, deseosos los primeros de ejecutar sus proyectos, provistos, los segundos, de los necesarios medios financieros. Un contrato que, dejando al mercante el gobierno y el riesgo de su *mercatura*, permitió al capitalista emplear sus haberes, arriesgando éstos y no su persona, y de obtener de este empleo una utilidad conseguida de la ganancia total de la empresa financiada. Es necesario insistir aún más para demostrar cuál era la tipicidad histórica de un contrato similar; para informar aún de cómo y por qué éste se adecua con tanta precisión a las exigencias más profundas de la “sociedad de los mercantes” (*societas mercatorum*).

⁵ Cuando Guido Astuti escribía estas palabras ya había publicado, en 1933, su primer trabajo sobre la *Commenda*, aún hoy día fundamental. Era el año 1934, nació en 1910, en Turín, se graduó en 1931: era un muchacho, o un poco más, pero un muchacho excepcional. Sobre esta figura de jurista tan notable algunas cosas más se han escrito (Santarelli, *Historia iuris*).

II. LOS ORÍGENES, LOS PRECEDENTES Y LAS COMPARACIONES

Un problema que, a propósito de este contrato, ha hecho fatigar tanto (y en vano, como veremos) la reflexión de los historiadores es el de sus orígenes. Para entender el significado plenamente, ante todo es necesario *distinguir* –como de verdad no todos siempre lo hacen– los orígenes de este contrato (como de cualquiera otra institución jurídica) de sus *precedentes*, más o menos próximos o remotos.

Los primeros –los orígenes– están marcados en donde el proceso de formación de la institución tomó el impulso para después proseguir sin *interrupciones* hasta su pleno desarrollo, y es muy importante descubrirlos porque representan el punto de unión real de otro itinerario histórico. Los segundos –los precedentes– tienen una importancia secundaria (de hecho casi no la tienen): saber que muchos siglos antes del tiempo considerado, en contextos históricos muy diferentes, problemas análogos fueron resueltos en modos no tan diferentes, cuando entre estos precedentes y la institución estudiada no es posible percibir ningún nexo de continuidad documentada, se transforma para el jurista en una arqueología –o, peor aún, en una filatelia– sin ningún significado apreciable⁶.

Considerado esto, puede ser posible comprender por qué no nos parece adecuado seguir aquella ilustre

⁶ No es el caso discutir en este leve “discurso de método”: algún ragguaglio y alguna consideración útil en Wieacker, *Storia*, I, 51 ss.

historiografía que se ha perdido preguntándose si la *commenda* (ahora usamos este nombre solamente, pero aludiendo a la institución en su complejidad a pesar de sus tantos nombres) tiene entre sus precedentes el *tapputum* babilónico, el *foenus nauticum* romano o la bizantina *Lex Rhodiorum navalis* u otro⁷: son –se decía hace poco– cuestiones de “arqueología” jurídica que no interesan ni al historiador ni al jurista.

Es urgente, sin embargo, destacar cómo de estas mal tratadas cuestiones de precedentes confundidos con más pertinentes problemas de orígenes, haya derivado una apreciación errónea de otro problema –mucho más relevante para nosotros– relativo a la *natura societatis* de la *commenda*: algunos han excluido esta *natura* societaria por ser incongruente con el concepto clásicamente romano de *societas*⁸, otros la han negado igualmente refiriéndose –en modo además extrínseco– a la normativa societaria de nuestros códigos modernos⁹: en ambos casos razones formales y metodológicas más que discutibles (el culto del precedente por un lado, por otro la referencia, igualmente arbitraria al modelo normativo codificado) han impedido una correcta eva-

⁷ Ver la reseña de opiniones (con relativos ragguagli bibliográficos) en Benedetto, *Commenda*, 611.

⁸ Astuti, *Origini*, 75 ss.; que negando la *natura societatis* de la *commenda* porque no en todo corresponde al esquema de la *societas* romana –aunque ésta fuese una suerte de paradigma absoluto– no ha podido negar que, por lo menos desde un punto de vista “económico”, esta realizara un assetto de intereses societarios. Esto significa que, si no hubiese estado influido por el habitual “prejuicio romanista”, habría estructurado su discurso de manera muy diferente.

⁹ Arcangeli, *L'origine e i caratteri*, 63 ss.

luación de los motivos que hicieron de la *commenda* (y de los otros contratos, símiles a ésta, aun cuando se les llamó en otro modo) una (singular) *causa societatis*.

Este discurso necesita tal vez de una aclaración que sirva para evitar discusiones que podría también no corresponder a una diversidad de opiniones. Ha sido recientemente observado –precisamente a propósito de la opinión aquí expresada acerca de la necesaria distinción entre orígenes y precedentes– que también los precedentes pueden asumir un significado importante si permiten al intérprete hacer una *comparación* entre modelos normativos pertenecientes a experiencias jurídicas distantes en el tiempo: ya que el método comparativo puede ser aplicado exitosamente no sólo entre ordenamientos contemporáneos dislocados en el espacio, sino también entre ordenamientos pertenecientes a épocas distintas (es decir, la comparación puede ser *sincrónica* y *diacrónica*)¹⁰.

Aquello que aquí se quiere decir es otra cosa y, de hecho, no contrasta con una correcta perspectiva de comparación: porque hay una diferencia, no menor me parece, entre confrontar sistemas normativos pertenecientes a épocas diferentes (mediante la así llamada *comparación diacrónica*) y analizar –por ejemplo, como estamos haciendo– un sistema normativo como aquel que hoy, en el nuestro y en otros ordenamientos, gobierna las sociedades comerciales, constatando su directa derivación de una experiencia jurídica del pasado.

¹⁰ Mignone, *Commenda e società*, 165-170.

Efectivamente las experiencias jurídicas de épocas diferentes pueden ser comparadas correctamente también si entre ellas no se encuentra algún nexo de derivación; pero nosotros aquí no nos limitaremos a comparar y constataremos que los orígenes del actual sistema de las sociedades comerciales se deben buscar (en una medida no secundaria) en el duro trabajo que la experiencia jurídica bajo medieval llevó a calificar de societaria una relación que no lo era del todo. Una operación, en efecto, legítima, ésta que estamos por hacer y que presuponiéndola no se identifica para nada con la mera comparación.

III. MUTUAR, ENCOMENDAR, DEPONER

En realidad si miramos la experiencia jurídica de la sociedad mercantil bajo-medieval, y en particular a su sistema de obligaciones, no tardamos en darnos cuenta que –por razones que a estas alturas deberían ser suficientemente claras– se habían venido tipificando algunos contratos que tendían a dar respuesta adecuada a la exigencia del mercante de proveerse los capitales necesarios para su *mercatura*, garantizando a quien se los había proporcionado una compensación adecuada y liberando esta garantía de la prohibición del préstamo a usura.

Fueron dos los instrumentos contractuales –típicamente medievales– que respondieron a esta exigencia. Por una parte, la *commenda* y los contratos sustancialmente asimilables a ésta: mutuos destinados al financiamiento de un determinado negocio o de una serie

de negocios, en el cual un tercero –sin incidir en la administración de la *mercatura*– la financiaba participando en el riesgo relativo sólo en los límites del conferimiento y dividiendo con el mercante las eventuales utilidades obtenidas de la gestión de los negocios.

Junto a esta figura contractual que también tenía como objetivo fundamental el poner los capitales a disposición de la actividad mercantil, emergió en la experiencia jurídica medieval el *depósito* que fue calificado como *irregular*¹¹, es decir, confiar a un mercante (más frecuentemente a un banquero, mediador profesional en el tráfico de los capitales) una suma de dinero destinada a ser invertida en negocios de *mercatura* y a ser restituida al depositante con un interés agregado. También en este caso el interés, desde un punto de vista económico, no era otra cosa que una participación en las ganancias de la empresa por parte de aquel que –directamente (en el caso de depósito irregular hecho al mercante que lo empleaba) o indirectamente (en el caso de la intermediación del banquero)– había proporcionado los capitales.

Estas dos figuras contractuales si no eran del todo idénticas, por lo menos eran muy *similares* entre ellas, de hecho, se puede decir que ambas apuntaban a satisfacer las mismas exigencias, y que tendían a regular una única situación obligatoria consistente en confiar una suma de dinero (con el relativo traspaso de la disponibilidad de quien la confiaba a quien la recibía)

¹¹ Sobre esta singular figura contractual, fruto típico de la experiencia jurídica medieval, cfr. Santarelli, *La categoría*, 67 ss.

destinada a ser invertida en el interés *también* de quien la confiaba.

Estas sustanciales y profundas analogías se asimilarán también en los nombres que fueron asignados a estos dos contratos en la experiencia jurídica medieval –*commenda* y *depositum (irregulare)*– en ambos casos es clara la referencia al acto de *confiar* (una suma de dinero) sobre la base de una *confianza* que merece quien la recibe. Un vínculo que ya Papiniano –al razonar sobre un caso claramente “comercial” e idéntico a aquel que tomaron en consideración los hombres del Bajo Medievo– había revelado cuando se había preguntado: “¿Qué otra cosa es confiar si no depositar?” (*quid est enim aluid commendare quam deponere?*)¹².

Más allá de estas tan claras analogías sustanciales –que la historiografía ya ha destacado muchas veces¹³– habría existido la exigencia de una total unificación de estos contratos en una única figura normativa: el *mutuo*. Si por el depósito irregular la identificación con el mutuo podía decirse total¹⁴, para la *commenda* alguna diferencia relevante debe ser señalada: el mutuuario está obligado incondicionalmente a restituir la suma

¹² Papianus, *Libro nono quaestionum*, en D. 16. 3. 24.

¹³ Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, III, 127; Astuti, *Deposito*, 1898 (Astuti, a decir verdad, niega –pero apodícticamente– cada relación de identidad o de similitud entre depósito irregular y *commenda*: pero ya es sintomático que se haya propuesto el problema y haya confrontado lúcidamente los dos contratos).

¹⁴ Es un discurso ya hecho en otro lugar sobre el cual sería inútil regresar ahora: quien quisiera saber más podría ver Santarelli, *La categoría*, 129 ss.

mutuada, mientras el *tractator* era obligado de esta (primordial) obligación en el caso que el negocio de *mercatura* hubiese fracasado sin su culpa; el mutuuario –llegado a ser el propietario de la suma mutuada– puede disponer a su gusto, mientras que el *tractator* era vinculado a emplear el capital recibido solamente en los negocios por los cuales lo había pedido (cuya conveniencia y riesgo el *stans* había evaluado previamente).

En el mutuo el interés (cuando había sido pactado) era calculado en razón de la suma mutuada, mientras que en la *commenda* era equivalente a las utilidades obtenidas con la *mercatura* que había sido objeto del financiamiento; el uso que el mutuuario hace de la suma mutuada es del todo irrelevante respecto al mutuo, mientras en la *commenda* la *mercatura* financiada se realizaba en el interés común del *tractator* (a quien la *mercatura* permanecía imputable entera y exclusivamente respecto de sus efectos jurídicos obligatorios) y del *stans*.

A pesar de estas diferencias no podía existir alguna duda que la *commenda* –por su objeto típico y por los efectos obligatorios que nacían de ella– debiera ser reconsiderada en la *causa mutui*. Sin embargo, obstaculizaba esa calificación de la *commenda* como mutuo la necesidad absoluta de no aplicar a este tipo de relaciones obligatorias la prohibición de la usura que, en cambio –por causa de la errónea divulgación de la interpretación del texto de Lucas VI, 35– parecía estar, por explícito dictado del derecho divino, unida indivisiblemente al mutuo y solamente a éste.

Desde aquí nacía –por aquella instancia de considerar históricamente la prohibición de que hemos hablado– la necesidad de dar a estos contratos y a las relaciones obligatorias que de éstos nacían, un *nomen iuris* distinto del mutuo, que les permitiera conservar la calificación imperecedera de *onerosidad*. La operación –conducida con los instrumentos propios del nominalismo medieval– puede parecer artificiosa a nuestros ojos, pero no lo fue en la realidad: si la prohibición de las usuras era válida para el mutuo, y si por otro lado las relaciones unidas al ejercicio de la *mercatura* debían, por razones inexpugnables, ser liberadas de la restricción de aquella prohibición, la vía de esta liberación estaba marcada: necesitaba asignarles un *nomen iuris* que no fuera el mutuo.

No era esta la manera reproachable de no aplicar un precepto divino: ya hemos visto que en realidad se trataba de considerar históricamente aquella prohibición sobre la base de una constatada *diversidad* objetiva de los casos disciplinados; si así era, encontrar un *nomen iuris* diferente representaba la respuesta tan pertinente a esta exigencia de diferenciación objetiva y de consideración histórica. El surgimiento de la categoría medieval del *depositum irregulare* y la calificación de la *commenda* como hecho societario fueron dos momentos de un desarrollo profundamente unitario.

IV. UNA ESPECIE DE SOCIEDAD

La calificación como sociedad, y la consiguiente liberación de la prohibición de las usuras, del financiamiento

de las empresas de otros –que en la sociedad mercantil medieval se tuvo con la *commenda*, además que con el así llamado *depositum irregulare*– vino gradualmente y no fue desde el principio obra de la ciencia jurídica.

La instancia de la praxis fue recogida por el teólogo –protagonista indiscutible de la cultura medieval– y analizada, en primer lugar, en su identidad factual con categorías analíticas meramente económicas: relacionando los hechos en su proximidad al precepto, que aparecía divino y, por lo tanto, indiscutible, de la esencial gratuidad del mutuo, fue posible descubrir por qué el financiamiento de la mercadería debía ponerse fuera del ámbito de aplicación de la prohibición.

En la *Summa Theologiae* de Tomás de Aquino (1225-1274) –que es por decir, como cada uno sabe, el monumento más autorizado e insigne de la Escolástica medieval– este razonamiento económico nos parece desarrollado completamente y sus conclusiones logradas tranquilamente.

Razonando con amplitud *de peccato usurae* (*Summa Theol.*, IIa IIae qu.LXXVIII), y después de haber afirmado y demostrado la sustancial ilicitud de la usura “recibir el interés como dinero mutuado es por sí mismo injusto” (*accipere usuram pro pecunia mutuata est secundum se iniustum*), Tomás se pregunta si no fue, sin embargo, lícito pretender, para el mutuo en dinero, otra utilidad que no sea la usura (*utrum aliquis possit pro pecunia mutuata aliquam aliam commoditatem expetere*, IIa IIae, LXXVIII, 2). Entre estas ventajas (*commoditates*) que no siendo calificadas como *usurae*, aparecen lícitas, está precisamente el financiamiento de la *mercatura*.

Es un razonamiento que merece ser leído en extenso. La premisa –acogida universalmente y perfecta bajo el aspecto jurídico– es que el mutuante transfiere al mutuuario la propiedad del dinero mutuado (*ille qui mutuatur transfert dominium pecuniae in eum cui mutuatur*), por lo tanto, este último dispone a su riesgo de la suma mutuada (*unde ille cui pecunia mutuatur sub suo periculo tenet eam*) y al final está obligado a restituirla integralmente (*et tenetur integre restituere*): de eso consigue que el mutuante no puede exigir nada más que la restitución de la misma cantidad (*tantundem*) de la suma que fue mutuada (*unde non debet amplius exigere ille qui mutuavit*).

Hasta aquí Tomás no hizo más que repetir una doctrina absolutamente consolidada; pero en este punto de su razonamiento abandona todo el rigor jurídico para tomar, en cambio, un análisis atento solamente al perfil práctico y económico del caso considerado. Él observa, ante todo, al contrario de cuanto acababa de afirmar, que quien confía su capital a un mercante o a un artesano con un pacto que tenga un carácter societario no transfiere al mercante o al artesano la propiedad de aquel capital, sino que él la conserva (*sed ille qui committit pecuniam summa vel mercatori vel artifice per modum societatis cuiusdam, non transfert dominium pecuniae suae illi, sed remanet eius*).

No es difícil, por cierto, darse cuenta que todo esto, desde un punto de vista rigurosamente jurídico, no tiene ningún sentido. Primero, porque confiar dinero (*committere pecuniam*) siempre implica, cualquiera sea el motivo que ha inducido a las partes a esta entrega

(*commissio*), una causa de mutuo (*causa mutui*): en efecto, de la entrega nace la obligación que tiene por objeto la restitución del dinero entregado. Segundo, porque no es verdad que esta entrega no transfiera la propiedad de la suma al *mercator* o al artesano que la recibe; si fuese así, aquel no se podría servir y todo el negocio resultaría inútil, privado de un significado jurídico y, aún más, económico.

La conclusión que Tomás extrae de este diagnóstico es doble: ante todo que el *mercator* y el artesano invierten el capital a riesgo de quien se lo ha entregado (*ita quod cum periculo ipsius mercator de ea [pecunia] negotiatur vel artifex operatur*); y en segundo lugar que lícitamente quien ha entregado el capital puede participar de las utilidades que se recaban de la inversión, sin que él haya perdido la propiedad del capital mismo (*et ideo licite potest partem lucri inde provenientis expetere, tanquam de re sua*).

Si en su argumentación Tomás ha olvidado por completo (mejor dicho, siendo ignorante en derecho, ha ignorado tan gravemente) una elemental *ratio iuris*, por el contrario, fue muy atento a la sustancia económica de la relación que estaba analizando.

En efecto, no hay duda que quien confiere el capital en una empresa de otros no tiene de ningún modo la intención –económicamente– de deshacerse de las sumas que invierte, como también es verdad que desea participar en el riesgo de la empresa financiada en el límite de la suma conferida. Así como es claro que la participación del capitalista en la división de las utilidades de la empresa no presenta ninguno de

aquellos caracteres odiosos que hacen por sí mismo injusto (*secundum se iniustum*) el pacto sobre una usura cualquiera, ya que él puso a disposición del *mercator* o del *artifex* un elemento esencial e indispensable de la misma empresa que es el capital, y participó en el riesgo, aunque dentro del límite representado por el conferimiento.

Como se ve, fue la toma de conciencia lúcida del hecho que el terreno de la *mercatura* era, por su esencia, extraño a la antigua prohibición de la usura –cuya vigencia se fundaba sobre la exigencia ética de proteger al pobre (*pauper*) de la opresión usuraria– a convencer a Tomás (pero no solamente a él) que obviamente la norma bíblica, aunque venerada, necesitaba ser explicada históricamente, en lugar de ser desmentida o eludida, si no se quería llegar a aplicaciones evidentemente aberrantes. En verdad, si consideramos las cosas a fondo, no parece demasiado extraña aquella afirmación de Tomás (nítida y destinada a una larga historia, aunque apenas mencionada) según la cual entre el capitalista que financia y el mercante que es financiado se constituiría una sociedad (*quaedam societas*).

Una sociedad entre quien financia y quien es financiado podría decirse también existente, no en el sentido “fuerte” del término (porque la *societas* comportaría una gestión común, por parte de los socios, del negocio común), pero por otras razones, menores, aunque no menos válidas: porque del financiamiento nace un interés común con los riesgos conectados de los contrayentes con respecto al buen resultado del negocio; y, sobre todo, porque las utilidades, que eventualmen-

te quien financia obtendrá de la *mercatura* financiada deberán ser calculadas, no en razón del importe del financiamiento, sino en proporción de las ganancias de la *mercatura* misma.

Este razonamiento, hecho por un teólogo con instrumentos no jurídicos y ciertamente no para llegar a conclusiones de jurista –como habría sido la individuación de una nueva categoría negocial societaria–, fue recogido ampliamente por los juristas para afirmar la solución que el razonamiento mismo incluía. De hecho, les habría sido muy difícil llegar a tal conclusión con los instrumentos lógicos de que disponían y a partir de los datos textuales y normativos con que ellos debían contar. Un testimonio precioso de esta recepción nos ha sido ofrecido por el *Dictionarium Iuris* de Alberico da Rosciate († 1354), una obra de amplia consulta, destinada al uso de los prácticos y escrita por un personaje que fue llamado, por antonomasia, “el práctico” también porque tal vez no ascendió nunca a la cátedra de una universidad (*studium*)¹⁵.

En este *Dictionarium* –a la voz *societas*– cuando se pregunta si es lícito dar dinero a un mercante o bien a un artesano por medio de una sociedad y así obtener una ganancia “*an liceat dare pecuniam mercatori vel artifice per modum societatis et inde lucrum recipere*”, la respuesta afirmativa –que tendría que dar un *practicus*, quien escribía para los *practici*– se basaba en la cita, palabra por palabra, del párrafo de Tomás que acabamos

¹⁵ Sobre Alberico da Rosciate cfr. Prosdoci, voz Alberico da Rosciate, en *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 1.

de leer. Sobre la base de esta altísima *auctoritas* teológica, y sin olvidar también otras autorizadas opiniones de juristas¹⁶, Alberico llega –como buen práctico que era– a sugerir a su lector las cláusulas a poner en el contrato de financiamiento, que son, ni más ni menos, que las cláusulas típicas de la *commenda*¹⁷.

V. LA CONFIRMACIÓN EN LA DECRETAL *NAVIGANTI*

Una confirmación muy puntual del trasplante de la *commenda* sobre el terreno de las sociedades comerciales, y del motivo que lo determinó, nos viene de una fuente normativa canónica: la decretal *Naviganti*.

En esta decretal Gregorio IX proyectaba tres hipótesis de sospecha de usura, la primera de las cuales merece toda nuestra atención.

“*Quien da en mutuo una cierta suma de dinero a alguno que está por zarpar o va a una feria, y pacta la restitución de una suma mayor de aquella mutuada por el hecho de asumir*

¹⁶ Aquella, por ejemplo, de Goffredo da Trani († 1245?) canonista, quien había enseñado que “si quieres dar dinero tuyo en una sociedad sin pecar pon tú el dinero y que otro ponga su obra personal” (si vis dare pecuniam tuam in societatem sine peccato, pone tu pecuniam et alius operam personalem).

¹⁷ Albericus de Rosate, *Dictionarius iuris*, v. Societas. “Y se diga así: Te doy cien y tú pones tu obra; y al final del año recibiré mi dinero y una parte del lucro y tú otra parte por la actividad que hiciste. Podría también hacerse otro pacto, que yo recibiré una parte mayor o menor según se haya acordado”. (Et dicatur sic: Do tibi centum et tu pones industriam tuam: in fine anni recipiam pecuniam meam et partem lucri, et tu partem pro industria personae tuae. Posset etiam fieri aliud pactum, quod ergo recipiam maiorem, secundum quod convenerit).

un riesgo, *deber ser considerado un usurero*"¹⁸. Era, como se ve, un ejemplo elemental de *commenda*, en sus dos posibles variantes según estuviera conectada con una *mercatura* de mar o de tierra; además, se daba por aceptado que desde un punto de vista jurídico este contrato fuera calificado como mutuo, con el obvio e inevitable efecto de la obligación absoluta de la gratuidad.

En consecuencia, se tenía en cuenta la cláusula que preveía la restitución de una suma mayor respecto a aquella originariamente versada como participación en las utilidades de la *mercatura* (el texto dice: para compensar el riesgo de perder lo conferido) y se sancionaba el acuerdo entero como usurero. No hay nada que extrañe en esta decretal: una vez admitido que se trataba de un mutuo en donde había sido previsto un interés compensatorio, el Papa –para quien era indiscutible aquella cierta lectura de Lucas VI, 35– no podía dar otra solución; por el contrario, la solución ya estaba contenida en la premisa cuando la relación se calificaba de mutuo.

Por lo tanto, la *commenda* –y, más en general, cualquier financiamiento hecho a un mercante con el pacto de participar en las utilidades de la empresa financiada– era de calificar como mutuo y el interés pactado

¹⁸ "Se debe considerar como usurero el mutuante que da una cierta cantidad de dinero a quien navega o bien va a los mercados con el pacto que, en cambio de asumir por sí mismo el riesgo, reciba algo agregado al capital". (Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum recepturus aliquid ultra sortem, usurarius censendus est). (Decretal., V, 19, 19 = c. Naviganti. X. De usuris).

como usurero: era un círculo cerrado, del cual parecía imposible salir. Pareció así también a los intérpretes de esta decretal, obligados o a convalidar la calificación de la relación como mutuo y de ésta deducir la naturaleza usuraria –como hizo Sinibaldo de'Fieschi¹⁹–, o,

¹⁹ Innocentius IV, *Apparatus super V libros Decretalium*, en c. Naviganti. X. De usuris. "Si alguien estaba listo para comprar mercaderías para llevar a otro lugar o bien para conservarlas durante un cierto tiempo para que pueda después conseguir un lucro y otro necesitado de dinero venga a él y le ofrezca la misma pecunia con el lucro esperado en el lugar en donde quería ir y le promete volver dentro de un término, se trata de un contrato usurero y no se justifica aunque otros digan lo contrario".

(...) si aliquis paratus erat emere merces ad portandum alibi, vel ad servandum certo tempore quod posset inde lucrati et alius indigens pecunia ad eum veniat et offerat eandem pecuniam cum lucro sperato in loco quo ire volebat et in termino se redditurum promittit, usura est contractus huiusmodi; nec scio eum excusare, licet alii contradixerint (...).

El razonamiento de Sinibaldo parece definitivo: si alguno (un mercante, obviamente) desea adquirir mercaderías para revender en otras plazas o después de un cierto tiempo (a un precio superior al costo de compra), y otros –para obtener a título de financiamiento (es decir, con un contrato de *commenda*) el dinero destinado a aquella cierta compra– promete pagarle el equivalente de la utilidad esperada, el contrato con el cual esta relación de financiamiento es regulada es de considerarse usurero, mientras que no habría sido usurero aquel primer proyecto de comprar para revender en otro lugar o en un tiempo sucesivo, un proyecto del cual el financiador había sido después distraído por las oprimientes solicitudes del mercante en busca de capitales.

Este criterio así de riguroso, destinado a permanecer aislado y criticado también explícitamente (por Enrico da Susa, por ejemplo, mencionado en una nota más abajo), es tanto menos explicable si se piensa que Sinibaldo de' Fieschi era un genovés (que debía, por lo tanto, considerar habitual un contrato semejante, que precisamente en Génova había tenido su lugar de nacimiento y de esplendor). Pero era también de la noble familia de los condes de Lavagna y, por lo tanto, no tenía en la sangre cromosomas de mercante; y, sobre todo, era el Papa llegado

al contrario, afirmar la naturaleza societaria de la convención y la consiguiente licitud de la repartición de las utilidades entre financiador y mercante.

Esta última fue la solución que prevaleció y que fue acogida, entre otros, por Giovanni d'Andrea²⁰, Enrico da Susa²¹, Antonio da Butrio²² y Niccolò de' Tedeschi²³

al pontificado después de una larga carrera curial, cfr. Piergiovanni, *Sinibaldo dei Fieschi decretalista*.

²⁰ Ioannes andreae. *Commentaria*, en c. *Naviganti*. X. *De usuris*, n. 3. "No se habla, por lo tanto, de los contratantes de una sociedad, uno de los cuales emplea su obra y otro el dinero". (Non loquitur ergo in contrahentibus societatem, quorum unus ponit operam alter pretium).

²¹ Henricus de Segusio, *Comentaría*, in c. *Naviganti*. X. *De usuris*, n. 5. ¿Qué ocurre si alguien estaba listo para ir a los mercados con el dinero que necesitado recibió en mutuo prometiendo restituir algo determinado en lugar del lucro esperado? Escribió el Papa, nuestro Señor, que es usura y no sabe justificar a una tal persona aunque otros digan lo contrario. Pero tú justíficale. [...] Quid ergo si quis paratus erat ire ad nundinas cum pecunia quam indigens recepit mutuo promittens certum quid reddere pro lucro sperato? Scripsit dominus noster (Papa Innocenzo IV, Sinibaldo de' Fieschi) quod usura est nec scit talem excusare licet alii contradicant. Tu vero talem excusa]].

²² Antonius a Butrio *Commentaria*, ad c. *Naviganti*. X. *De usuris*, n. 6. "¿Qué ocurre con los que contratan una sociedad en que uno pone el dinero y otro su obra? ¿Quién sabe si es lícito tal contrato si el que pone el dinero quiere una tal parte del lucro? La respuesta es afirmativa si expone el dinero a riesgo de modo que quiere conseguir una parte de daño y de lucro".

(Quid de contrahentibus societatem quorum unus ponit pretium alter operam an talis contractus sit licitus si ponens pecuniam vult talem partem lucris. Doct. quod sic si exponit pecuniam periculo ita quod vult habere partem damni et lucris).

²³ Panormitanus, *Comentaría*, ad c. *Naviganti*. X. *De usuris*, n. 11. "(...) Pero en el contrato de sociedad, existiendo entre los socios un vínculo como de hermandad es contra la naturaleza del contrato que uno solo sufra los daños". "Sed in contractu societatis, cum habeat instar cuiusdam fraternitatis (...) est proprie contra naturam contractus ut unus solus sentiat

por decir sólo algunos de los mayores; y era una solución que venía de bastante lejos, si ya en la Glosa ordinaria al *Decretum* de Graziano se lee que el contrato de sociedad, con el cual se provee al mercante el capital, queda exento de las sanciones contra la usura porque el riesgo es distribuido entre las dos partes, una de las cuales pone a disposición el dinero y la otra presta la obra²⁴.

damnum". Sobre la decretal *Naviganti* y la historia de su exégesis, reconstruida bajo otro enfoque, cfr. Spicciani, *Capitale e interesse*, 31 ss.

²⁴ Glo. *Negotiatoribus* ad c. III C. XIV q. III. "Parece que si alguien dio su dinero a un empresario para que compre mercaderías en un lugar y le dé parte del lucro todo esto sea lícito. No lo admito si el riesgo corresponda a quien recibe el dinero de modo que haya entre ellos un contrato de mutuo. Pero si por medio de aquellas palabras contratan una sociedad y, por lo tanto, el riesgo corresponde a ambos, entonces es lícito el hecho de que un socio da el dinero y el otro presta su trabajo para suplir lo que falta en el dinero". (Videtur quod si quis pecuniam suma dedit negotiatori ut inde merces, et det sibi partem lucris, quod illud sit limitum. Quod non concedo si periculum spectet ad recipientem, ut sit inter eos contractus mutui. Sed si per illa verba societatem contrahent, et tunc periculum spectet ad utrumque, tunc bene licitum est quod unus socius det pecuniam et alter suppleant laborem qui deest in pecunia).

Difícilmente se habría podido hacer un esfuerzo mayor de aquel intentado en esta glosa para diferenciar entre ellos mutuo y *commenda*, sobre el plano nítido y riguroso de la tipicidad negocial. En realidad se afirma la licitud del financiamiento al mercante con la cláusula de la repartición de las utilidades y, al mismo tiempo, esta licitud se niega para el caso en el cual el riesgo (*periculum*) corresponde solamente al *recipiens* (es decir, al mercante financiado). Sin embargo, al final la diferencia "sustancial" entre los dos contratos —lícito el primero, usurario (y por eso ilícito) el segundo— se mantiene circunscrita solamente al *nomen juris*, que obviamente no podrá jamás ser aquel —de algún modo "maldito"— de *mutuo*, sobre el cual parece pesar la condena divina de Luca VI,35. Por lo tanto, todo parece transformarse en algo perfectamente lícito "si por medio de aquellas palabras contratan una sociedad" (si

La operación "interpretativa" (una *interpretatio* típicamente medieval, creadora de un derecho nuevo), que finalmente tuvo éxito, fue calificar un mutuo como sociedad, para así poder dictar una disciplina que reconociera lícita la onerosidad según las exigencias insuprimibles de la *mercatura*, evitando una aplicación de la prohibición bíblica de las usuras que se habría resuelto en una extensión sin fundamento.

No fue una operación simple. Con ésta se permitió a la actividad mercantil una expansión que habría sido impensable si todo hubiese debido mantenerse encerrado dentro de los angustiosos límites en los cuales había podido tranquilamente vegetar la economía de sobrevivencia alto-medieval. Sin embargo, entretanto, se operó una suerte de "hibridación" de la *causa societatis*, en la cual, junto a la gestión de la empresa mercantil colocada en el esquema asociativo de la *Compañía*, terminó confluyendo también un contrato de financiamiento de la empresa de otros que, de por sí, tenía bien poco en común –por funciones o por contenido– con la sociedad.

Así nacieron y se yuxtapusieron aquellos dos géneros societarios (*duo genera societatum*) que aún hoy día encontramos confusos, en nuestro sistema codificado, y obligados a convivir bajo la definición ofrecida por el art. 2247 del Código Civil italiano, tanto límpida en una primera lectura cuanto incapaz en la sustancia a

per illa verba societatem contrahent). Finalmente todo se reduce a una cuestión de palabras (pero que son *nomina juris*).

restituir una imposible unidad de "cosas" así diferentes entre sí.

Esta transposición de un financiamiento en una sociedad –que también pudo parecer extraña a quien, como nosotros, está habituado a razonar en términos de sustancial tipicidad contractual– era perfectamente compatible con los principios que gobernaban el sistema de los contratos en la experiencia jurídica medieval.

Se trataba de un sistema en el cual a la voluntad de los contratantes era reconocido el poder, no sólo de autodisciplinar las propias relaciones mediante el instrumento contractual, sino también de autocalificarlas²⁵, de establecer cuáles debían ser su *nomen iuris*. En un sistema así organizado no había nada de extraño si –por explícita voluntad de los contrayentes, o por razones de objetiva correspondencia a exigencias difusas y objetivas– una relación obligatoria (en nuestro caso: de *mutuo*) asumía un *nomen iuris* (en nuestro caso: de *sociedad*) que de por sí habría podido no aparecer congruente.

No es tampoco el caso de pensar en una *simulación*, aunque solamente *relativa*, por esta transposición causal, precisamente por el contexto sistemático de no tipicidad en la cual ésta se ha venido madurando: tal vez –más correctamente– de frente a esta "*sociedad*" llamada a absolver, con un *nomen iuris* mutado, la función propia de un *mutuo*, podríamos hablar de nego-

²⁵ Para una mayor información acerca de esta materia, con especial referencia al depósito irregular, *cfr.* Santarelli, *La categoria*, 138-149; para perfiles más generales, *cfr.* Betti, *La tipicità dei negozi*. Más recientemente ha abordado estos temas Birocchi, *Causa e categoria*, 31 ss.

cio *indirecto*²⁶, sobre todo considerando cómo y cuándo esta noción del negocio indirecto pueda ser útil a una reconstrucción coherente del sistema de las sociedades comerciales²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ARCANGELI, *L'origine e i caratteri della società in accomanda semplice*, en ARCANGELI, *Scritti di diritto commerciale e agrario*, vol. I, Padova, 1035, 61 ss.

_____, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, I, 23 ss.

ASTUTI, *Origini e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, Torino, 1933.

_____, *Ancora sulle origini e la natura giuridica del contratto di commenda marittima*, en ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, vol. III, 1345 ss.

_____, *Note sulla collegantia veneta*, en ASTUTI, *Tradizione*, cit., vol. III, 1375 ss.

_____, voz *Deposito – Diritto romano e intermedio*, en *Enc. dir.*, vol. XII, 212 ss. y en ASTUTI, *Tradizione*, cit., vol. III, 1957 ss.

BENEDETTO, voz *Commenda (contrato de)*, en *Noviss. Dig. it.*, vol. III, 607 ss.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

²⁶ Betti, *Teoria generale*, 328 ss. e 404 ss.

²⁷ Para esta materia es indispensable consultar un genial escrito de Ascarelli, *Il negozio indiretto e le società commerciali*.

_____, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, en *Università de Macerata, Annali della Facoltà giuridica*, XXVIII, N. S. 1, 1966, 7 ss.

BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna - I - Il Cinquecento*, Torino, 1997.

CESSI, *Note pre la storia delle società di commercio nel Medioevo in Italia*, en *Riv. It. Per le Scienze giur.*, LIX, 3 ss., 181 ss.

GOLDSCHMIDT, *Storia universale*, cit.

HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, París, 1986.

LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884.

MIGNONE, *Commenda e società: riflessioni d'oggi su un antico tema*, en *Revista di Storia del Diritto Italiano*, LXIX (1996), 155-204.

PIERGIOVANNI, *Sinibaldo dei Fieschi decretalista*, en *Università degli Studi di Genova. Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, VI (1967), 2, 415 ss.

PROSDOCIMI, *Alberico da Rosciate*, en *Dizion. Biograf. d. Ital.*, vol. 1, 656 ss.

SANTARELLI, *La categoria*, cit.

_____, *Historia iuris propriissime dicta*, en *Quaderni fiorentini*, cit., 15 (1986), 637.

SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni*.

SPICCIANI, *Capitale e interesse*, cit.

WIEACKER, *Storia del diritto privato*, cit.