

CAPÍTULO SÉPTIMO

UN SISTEMA EN LA HISTORIA

I. ¿SOCIEDADES "IRREGULARES"?

En los capítulos anteriores hemos intentado reconstruir el proceso de formación del sistema medieval de las sociedades comerciales; y hemos visto que —una vez formado— aquel sistema comprendía dos disposiciones de intereses muy diferentes entre ellos: aquel de la gestión colectiva de una empresa de *mercatura* (que encontraba en la *Compañía* su consolidación más típica) y aquel del financiamiento de la empresa por parte de un sujeto que —en virtud de este financiamiento— tenía título para participar en la repartición de las utilidades, pero no para interferir en la administración y que, en consecuencia, no respondía a terceros de las obligaciones contraídas por el mercante, limitando el propio riesgo a la eventual pérdida solamente del capital conferido (una disposición de intereses que encontraba en la *Commenda* el propio esquema negocial típico).

Es muy evidente —y ya lo hemos constatado— que estas dos pretendidas formas de sociedad no eran en la

sustancia tan homogéneas, por el contrario, se puede tranquilamente afirmar que –más allá de la pertenencia al universo del *ius mercatorum*– éstas no tenían en común entre ellas mucho más que un *nomen iuris* justificable, sólo en una mínima parte, con su analogía de contenido típico.

También ya hemos dicho que a esta tan singular *homonimia* se había recurrido para excluir el segundo de aquellos contratos (aquella que podremos definir la “sociedad-financiamiento”) del ámbito de aplicación de la prohibición de las usuras, lo que manifiestamente habría sido inevitable en el caso que a aquel contrato se le hubiera reconocido su *natura*¹ innegable y prevaliente de mutuo.

Este sistema medieval de las sociedades comerciales, por lo tanto, no era para nada unitario; de hecho su *genus proximum*, es decir, su elemento unificador y constitutivo, se reducía a un *nomen iuris* elegido por una razón (la exclusión de la prohibición de las usuras) que tenía muy poco que ver con las razones constituyentes, objetivas e intrínsecas del sistema mismo.

En síntesis, cuando líneas atrás decíamos (retomando de alguna manera el aforisma de Umberto da Selva Candida) que en la experiencia jurídica medieval “dos

¹ Sobre este argumento, a decir verdad fascinante, de la *natura contractus*, cfr. Grossi, *Sulla “natura del contratto”*, 607-619 y Birocchi, *Causa e categoria*, 54 ss. Otro discurso, también éste muy fascinante, sería aquel de reconstruir los itinerarios donde el término *natura* había entrado por primera vez en el vocabulario del jurista (medieval): para esto ver, además del escrito de Grossi apenas citado, las densas e iluminantes lecciones de Padovani, *Perchè chiedi il mio nome?*, partic. 199 ss.

son los géneros de sociedad” (*duo sunt genera societatum*), queríamos afirmar precisamente esto: que los dos tipos fundamentales de sociedades comerciales, que esta experiencia conoció y canonizó –la *Compañía* y la *Commenda*– tuvieron en común el nombre (y fue una similitud fuertemente y lúcidamente deseada), pero permanecieron diferentes entre ellos en función, estructura y efectos.

El segundo de estos tipos de sociedad –la sociedad-financiamiento– podría ser definida, usando un término propio de la experiencia jurídica bajo-medieval, *societas irregularis*: no en el sentido de que haya sido fundada sobre la contravención a una regla jurídica, sino porque esa tenía medidas del todo diferentes de aquellas de la otra sociedad en la cual se realizaba la colaboración de más sujetos a la misma empresa de *mercatura*.

En el vocabulario jurídico, de hecho –en aquel medieval así como el nuestro, que es una derivación directa² del primero– *irregularis* tiene un significado doble si se hace referencia al concepto secundario y derivado de *regula* (como *norma*, como *ley*) o a aquel primario y propio, de *instrumento* para *medir* una *longitud* (la *regula*, es decir, como *regla*). Mientras que el primer significado del adjetivo *irregularis* asume una connotación ilícita y denota una situación que de por sí amerita una sanción, el segundo revela solamente una diferencia entre hechos homónimos³.

² Santarelli, *La categoria*, 8 ss.

³ Se piensa, para aclarar mejor este discurso, que en el uso del adjetivo “irregular”, se hace en gramática o en geometría: un triángulo

Así se explica por qué los juristas medievales –utilizando en su saber las elaboraciones hechas por los teólogos– cuando debieron diagnosticar la entrega de una suma de dinero a un banquero o a otro mercante, hecha para obtener después la restitución de la misma suma con los intereses compensatorios, la llamaron *depósito* (siempre en relación con la prohibición de las usuras) y no mutuo (como habría sido perfectamente lógico y correcto hacer, teniendo presente las tan destacadas y antiguas categorías romanistas); y agregaron de inmediato que este depósito tenía una *irregularis natura* tanto que terminaron después, sin más, por llamarlo *depositum irregulare*⁴.

No nos parece temerario ni ambiguo si proponemos la calificación de *societas irregularis* a aquel singular tipo que hemos visto emerger en la experiencia medieval, pues ciertamente no era una sociedad en un sentido estricto, porque de hecho no se identificaba, como la Compañía, con una gestión de la *mercatura* por parte de una pluralidad de sujetos. Esta *societas* tenía medidas diferentes de aquella “regular”, pero no por esto de algún modo era inválida o de todas maneras sancionable.

Esta propuesta podría parecer capaz de inducir a equívoco, ya que el vocabulario jurídico italiano suele definir *irregular* la sociedad que haya sido ya constituida (en modo del todo *conforme a las reglas legislativas*),

que no sea equilátero no es un triángulo “malo”, ni el verbo “hacer” merece sanción solamente porque en el imperfecto se dice “hacía” y no “hacaba”.

⁴ Santarelli, *La categoria*, 67 ss.

pero de la cual el tribunal no haya ordenado todavía la inscripción en el registro de las sociedades y en aquel de las empresas; y de esta irregularidad la *ley* hace derivar el efecto –que podría también parecer sancionatorio– de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los actos cumplidos antes de la homologación⁵. En esta moderna acepción, por lo tanto, el término “irregular” parece estar referido a las sociedades comerciales para señalar una parcial y provisoria no conformidad a la ley (por cuanto concierne a la publicidad) más que una “diferencia” o “especialidad” de las mismas respecto a otro tipo de asunto como “regular”.

Sin querer profundizar un análisis que también podría ser particularmente interesante⁶, para nosotros, en este espacio de reconstrucción histórica, nos basta solamente constatar la legitimidad de la propuesta de calificar como *irregularis* aquella *societas* que tenía como objetivo, no tanto el consentir el ejercicio de una misma *mercatura*, sino más bien el de financiar una *mercatura* (respecto a cuya gestión el financiador aparecía extra-

⁵ Para todos ver Ferrara-Corsi, *Imprenditori e società*, 198 ss. (para los códigos previgentes), 224 ss. (para la sociedad en nombre colectivo), 377 ss. (para la sociedad en comandita simple), 419 ss. (para la situación idéntica en la sociedad por acciones, a la cual, sin embargo, los autores consideran que no se puede atribuir la calificación de *irregular* por razones [cfr. 421 ss.] que no es el caso discutir aquí).

⁶ Hace muchos años Salandra, *Le società irregolari*, partic. 35 ss. hizo una contribución decisiva que aún continúa siendo muy iluminadora en diversos aspectos. También conviene ver la contribución, mucho más reciente, de Tondo, *Atti in nome di società*, que, sin embargo, no discute la legitimidad del término “irregular” cuando sea referido en la sociedad en esta fase especial de la propia existencia.

ño); se trataba de un financiamiento, a título oneroso, sin que esta onerosidad pudiera ser considerada ilícita y viciada por su contrariedad a la cláusula normativa general que impedía la percepción de un interés compensatorio en las obligaciones pecuniarias.

Para entender, no sólo el sistema de las sociedades comerciales que fue propio de la experiencia jurídica bajo-medieval, sino también el legado que, siempre en materia de sociedad, nos ha dejado aquella experiencia, aquello que, más allá de las posibles fórmulas definitorias, merece ser destacado es esta duplicidad radical, esta sustancial diferencia entre sociedad como gestión pluripersonal de la empresa y sociedad como instrumento para financiar la empresa de otros.

II. ALGUNAS CURIOSAS COMBINACIONES DE HECHOS LEGALES

Ahora podemos intentar —solamente como un ensayo y no en modo acabado y definitivo— recoger, en el sistema aparentemente armónico y satisfactorio del Código Civil italiano, los testimonios puntuales de aquel duro trabajo histórico que llevó a la formación del sistema de las sociedades comerciales que fue típico de la experiencia mercantil del Bajo Medioevo.

Al saberlo leer, el Código nos restituye, “duplicados”, algunos de aquellos hechos legales que en el proceso de formación de la experiencia jurídica medieval habían confluído en unidad; pero se trata de “duplicaciones” fruto del olvido del proceso, que serían del todo “inútiles” si aquel sistema codificado hubiese

estado construido y fuera interpretado, no como universo bidimensional cerrado en una combinación y complaciente “perfección”, sino como “producto” contingente y provisorio de un duro y prolongado trabajo histórico que lo supera, lo incluye y lo justifica.

La más instructiva de estas “duplicaciones” es ciertamente aquella constituida por la sociedad comandita (simple) y por la asociación en participación: duplicación de apariencia “perfecta”, si se piensa en la diferente colocación de las dos figuras, sociedad comercial la primera, contrato bilateral el segundo y, como tal, productivo solamente de relaciones obligatorias entre las partes. Esto es tan cierto que todos los intérpretes están firmemente de acuerdo en recordar que, contrariamente a ciertas semejanzas superficiales que podrían inducir a engaño solamente a un lector inexperto del Código Civil italiano, las dos instituciones no son confrontables entre sí⁷.

Esta imposibilidad de confrontación normalmente es deducida por un argumento sistemático que parece a todos particularmente impugnable: la asociación en participación es un contrato sinalagmático, mientras que la sociedad (cualquiera sociedad y, por lo tanto, también aquella comandita) es un contrato asociativo. Para explicarse mejor y para aducir la prueba decisiva de la diferencia se agrega, también con opiniones muy

⁷ Sobre la asociación en participación *cfr.* Ghidini, voz *Associazione in partecipazione* y la rica bibliografía aquí citada.

autorizadas⁸ que en la asociación no hay comunión de empresa.

De frente a tanta seguridad nadie recuerda cómo el sistema de las sociedades comerciales se formó, y no se ha olvidado cómo y por qué surgió aquella que ahora se define una *societas irregularis* (relación de mutuo con *nomen iuris* mutado por razones tanto contingentes como instructivas), no se deja de verdad conmover mucho por ciertas argumentaciones "sistemáticas" a primera vista así de irresistible.

Es verdad que en las asociaciones en participación no hay comunión de empresa, pero también en la comandita, si se remueve el (de verdad muy superficial) "vestuario" societario, nos damos cuenta que las cosas no son tan diferentes, por la buena razón que en los inicios la comandita no se diferenció de lo que hoy todos dicen que es la asociación en participación: un contrato sinalagmático que no determinaba comunión de empresa entre *stans* y *tractator*, sino que disciplinaba simplemente una relación obligatoria entre los dos.

Fue el trasplante de este contrato sinalagmático, en el sistema de las sociedades comerciales, que determi-

⁸ Casación italiana, I civ., 18 junio 1987, n. 5353, en *Dir. fallim.*, 1987, II, 587 ss., donde es recordado que "en la asociación en participación no se tiene la formación de un sujeto nuevo, ni la constitución de un patrimonio autónomo, ni la comunión del negocio o de la empresa; el negocio o la empresa permanece de exclusiva pertenencia al asociante, así como a él solamente continúan perteneciendo todos los medios para la conducción del uno y de la otra y todos los relativos poderes de gestión y de decisión" (ivi, 590).

nó después su "renacimiento" como contrato, pero se trata, precisamente, de una "duplicación" que puede también permanecer así como es, con tal que el intérprete sepa y recuerde que se trata de una "duplicación"⁹.

Un discurso análogo podría hacerse para aquella "empresa familiar" que el reformador italiano del derecho familiar de 1975 introdujo y que tanta pena dio y está dando a quien busca ver claro en esta especie de figura monstruosa del derecho (*monstrum iuris*)¹⁰.

De frente a tanto empeño el historiador sería tentado de recordar la *Compañía*, su naturaleza y función de instrumento para hacer de la familia una estructura empresarial y, por lo tanto, de sugerir —al intérprete de las nuevas normas así como al legislador apresurado— examinar la sociedad en nombre colectivo como nos ofrece el Código Civil italiano. Sólo así podría verse si en la descendencia legítima de la vieja *Compañía* no hubiese (quizás de una forma mucho mejor ordenada y reconocida por una experiencia plurisecular) todo

⁹ Algún intérprete del sistema codificado toma estas dificultades de distinción y las dice con franqueza, también si al final permanece anclado a las opiniones divulgadas: *cfr.* Ferri, voz *Associazione in partecipazione*, 1436, 6.

¹⁰ Sobre "empresa familiar" la bibliografía es más que abundante y las polémicas florecientes (para confirmar se diría, de la no excelencia de estas normas tan nuevas); bastará enviar a Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, 209 ss.; y sobre todo a un reciente y documentado ensayo de Mancini (*Natura giuridica*) que concluye reconociendo —tan juiciosamente y sin tener en cuenta muchos pareceres diferentes— como "la empresa familiar pueda ser calificada en términos de empresa colectiva y específicamente como empresa societaria" (317 ss.).

aquello que el legislador se esforzó en inventar otra vez tan aceleradamente.

III. LA TIPOLOGÍA DE LAS SOCIEDADES

Si a la luz de las conclusiones a las cuales nos ha conducido el análisis histórico de la experiencia jurídica bajo-medieval, examinamos el sistema de las sociedades comerciales típico de los ordenamientos modernos en general, y del italiano en especial, podemos hacer algunas consideraciones no del todo inútiles.

Sobre el plano genético vimos a este sistema tomar forma en torno a dos polos, diferentes entre ellos, pero históricamente muy ligados el uno al otro. Por un lado, la *familia* –estructura compleja y articulada, pero hecha compacta por un sistema de poderes fuertemente centralizado– traduciéndose en estructura de empresa que dio forma a una sociedad comercial en la cual la unidad de la estructura, la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los compañeros en las obligaciones sociales, la diferencia de los poderes y su ejercicio en un cuadro de referencia rigurosamente unitario, constituyeron bastiones sobre los cuales tomó forma y se consolidó la misma idea de sociedad comercial como ejercicio colectivo de empresa (aquella que –inventándonos un sabor medieval– definimos *societas propiissime dicta*).

El otro polo se constituyó en torno a un contrato de *financiamiento* estipulado entre un mercante, que conservaba el ejercicio de la propia empresa, y un tercer financiador, que aunque permaneciendo fuera de la

mercatura, participaba en cuotas a sus utilidades y a los riesgos en los límites del conferimiento hecho; no es el caso repetir por qué este contrato –que societario en el origen y en la sustancia no era– llegó a ser societario. Fue aquella especie de sociedad, que antes ya hemos definido *improprie dicta*, y poco atrás –tal vez no del todo impropriamente– *irregularis*, sin embargo, se trata de una sociedad efectiva como elemento constitutivo del mismo sistema de las sociedades mercantiles.

Este proceso *genético*, que aparece muy claro a quien busca reconstruirlo, *condicionó* –naturalmente– las estructuras del sistema que aparecen hoy. De hecho, quien buscó coger la estructura que sostenía aquel sistema y definir en sus líneas esenciales la tipología de las sociedades, terminó reconociendo, después de un análisis muy elegante y argumentado¹¹, que esta tipología está fundada sobre una distinción radical que contrapone por una parte la sociedad simple y aquella en nombre colectivo –incluidas en las “*normativas generales del fenómeno societario*”¹²– y por otra parte la sociedad en comandita simple la cual “*a diferencia de la sociedad simple y de la colectiva (...) goza de una precisa identidad sobre el plano negocial*”, construida sobre la base de dos elementos específicos: “*una esencial limitación de la participación a las pérdidas por algunos socios y una reserva de administración, también especial, específica o genérica, a favor de otros*”¹³.

¹¹ Spada, *Tipicità*, 435 ss.

¹² Spada, *Tipicità*, 435 ss.

¹³ Spada, *Tipicità*, 443 ss.

Respecto a esta fundamental diversidad de situaciones típicas las ulteriores "figuras" societarias no agregarían elementos cualitativamente nuevos y diferentes: así, por ejemplo, en la sociedad por acciones se indicaría como "*esencial un intento de limitación integral (entendiendo: a favor de todos los socios) de la participación a las pérdidas*"¹⁴, que sería solamente la extensión del carácter específico de la sociedad en comandita¹⁵.

A estas conclusiones, recorriendo sus propias vías, también llega el historiador cuando constata cómo se fue formando el sistema de las sociedades comerciales, en torno a la doble *causa societatis* alternativamente identificable en la *Compañía* y en la *Commenda*.

IV. DE CIERTOS FÓSILES INSTRUCTIVOS

Si después el historiador, llegado al final de la indagación, quisiera investigar en el sistema codificado vigente, en Italia, algunas no pequeñas confirmaciones de la bondad de sus conclusiones, tal vez no quedaría desilusionado: no faltan, de hecho, en el Código algunos "fósiles" que testimonian en modo directo el desarrollo de este proceso formativo que el historiador reconstruye con sus instrumentos específicos de investigación. También aquí nos contentaremos con algún sondeo superficial orientado a encontrar las pruebas

¹⁴ Spada, *Tipicità*, 445; Spada, *Dalla nozione al tipo*.

¹⁵ Es una consideración perfecta, que confirma lo que ya hemos observado (*cfr. supra*, cap. II, 6, 115 ss.), sobre la no existencia de la distinción entre sociedad de personas y sociedad de capitales.

de la existencia, en el sistema italiano vigente, de aquella segunda *causa societatis* que sustancialmente identifica la obtención de la calidad de socio con un negocio de financiamiento de la empresa de otros.

Al limitar las indagaciones solamente a la sociedad por acciones (pero el discurso podría repetirse, en línea general, también para la sociedad de responsabilidad limitada), podríamos en primer lugar notar que en este tipo de sociedad (en aquellas, por lo menos, que no usurpan —como algunas veces ocurre— el nombre que usan) aquello que aparece relevante *no* es la calidad de *socio* como *partícipe* de una relación "plurilateral" o como *cotitular* —aunque por una cuota muy pequeña— del *poder* de *gestión* común de una empresa.

El dato más relevante aparece relacionado con la cuota del capital conferido y con la libre *transferencia* de este conferimiento. El socio —también en el lenguaje común— es identificado, por un lado, con el *ahorrante* y, por otro, con el *especulador*. Con el *ahorrante* el socio tiende a identificarse con respecto al conferimiento de la cuota del capital social: él la confiere con la esperanza que la gestión de la sociedad sea tal que le permita recibir una pingüe utilidad de ejercicio y un aumento de la suma invertida también en línea capital (a través de un aumento del valor de mercado de las acciones respecto a su valor nominal).

En suma el socio se preocupa de aquello que en los inicios se llamó *usura* y que dio tanto quehacer a teóricos y operadores. Con el *especulador* el socio es identificado por vía de la posibilidad que le es reconocida, de ceder a terceros su calidad de socio (representada

por la acción) por un precio también mucho mayor de aquel de la compra. En todo esto –como es evidente– la sociedad como empresa común no tiene mucho que ver y aquella cierta noción, contenida en el art. 2247 del Código Civil italiano, muestra toda su inconsistencia con aquella referencia así de inútil al “ejercicio en común de una actividad económica”.

Si después analizamos más de cerca la *acción* –en la cual se concretiza la calidad de socio– aparece aún más evidente la presencia de aquella cierta *causa societatis* fundada sobre el financiamiento y no ya sobre la gestión colectiva de la empresa común. Basta pensar en el problema, que ha sido permanentemente planteado y resuelto en diversos modos, si la *acción* es o no *título de crédito*¹⁶. A nosotros aquí nos interesa saber cuál de las opiniones compartir, si aquella que afirma¹⁷ o aquella que excluye¹⁸ que la acción sea un título de crédito.

Nos basta constatar que el problema sea de por sí propuesto, que no sea a primera vista absurdo preguntarse si el documento que “incorpora” la calidad de socio sea o no un título de crédito: el problema es formalmente proyectado (y de hecho resuelto en sentido positivo) precisamente porque en el sentir común no hay diferencia entre el socio (que ha financiado con su conferimiento la empresa social) y cualquier otro acreedor de la sociedad.

En términos técnicamente más rigurosos se habla de “la participación accionaria como un objeto”¹⁹ y de esto tenemos signos, por decir poco, imponentes. No sólo la cesión de acciones se realiza mediante un contrato correctamente calificable como *venta*²⁰ (con la cual se transfiere además de la propiedad, también cualquier otro derecho: art. 1470 del Código Civil italiano)²¹; pero sobre las acciones pueden constituirse derechos reales, así llamados, “fraccionarios”, ya sea de gozo –el *usufructo*– como de garantía –la *prenda*– (art. 2352 del Código Civil italiano)²²: señal evidente que la *acción* es considerada, más que como el documento de prueba de la *calidad* de socio, como *bien* sobre el cual es posible ejercitar un derecho *real*.

La señal, sin embargo, más convincente de cómo –por una tradición de la cual hemos tratado de reconstruir el proceso– en determinadas formas de sociedad (aquellas que pertenecen a la categoría de la sociedad-financiamiento) la calidad de socio tiende a identificarse con aquella del financiador-acreedor, se ve en aquella norma que admite la *convertibilidad* de las *obligaciones en acciones*²³.

Se trata de una norma que el legislador italiano introdujo, adecuándose a cuanto en otros ordenamien-

¹⁹ Spada, *Dalla nozione al tipo*, 114 ss.

²⁰ Romano, *Vendita*, 105.

²¹ Romano, *Vendita*, 21 ss., 102.

²² Sobre la *prenda* y el *usufructo* de acciones *cfr.* Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 460 ss.

²³ Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 592 ss. La norma reciente a la cual se alude en el texto es la Ley de 7 de junio de 1974, n. 216.

¹⁶ Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 434 ss.

¹⁷ Por ejemplo, *cfr.* Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 188 ss.

¹⁸ Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 434 ss.

tos era establecido desde hacía tiempo y a exigencias muy advertidas por la práctica. Sólo en una sociedad comercial en la cual la posición de socio sea sustancialmente *equivalente* a aquella de *acreditor* puede tener sentido esta regla que permite la transformación del *acreditor* en socio; lo que ocurre, mejor aún, en una sociedad que en el fondo no sea otra cosa que un conjunto de conferimientos de capitales en una empresa en donde la titularidad sea por lo menos de la titularidad perfectamente equivalente. Esta transformación es posible porque, mirando bien, no es de hecho una transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- BIROCCHI, *Causa e categoria*, cit.
- CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. II, en *Trattato di diritto civile e commerciale (...) Cicu (...)* Messineo, cit., vol. VI, t. II, sez. 2, Milano, 1984.
- FERRARA-CORSI, *Imprenditori*.
- FERRI, voz *Associazione in partecipazione*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. I, 2, 1433.
- GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit.
- GHIDINI, voz *Associazione in partecipazione*, en *Enc. del Dir.*, vol. III, 849 ss.
- GROSSI, *Sulla "natura" del contratto*, en *Quaderni fiorentini*, cit., 15 (1986), 593.
- MANCINI, *Natura giuridica dell'impresa familiare*, en *Rivista di diritto civile*, XXXVII, 1991, II, 301 ss.
- PADOVANI, *Perchè chiedi*, cit.

- ROMANO (Salvatore), *Vendita. Contratto estimatorio*, en *Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santero Passarelli*, vol. V, 1, Milano, 1960.
- SALANDRA, *Le società irregolari nel diritto vigente*, 2a. ed., Roma, 1935.
- SANTARELLI, *La categoria*, cit.
- SPADA, *La tipicità delle società*, cit.
- _____, *Dalla società al tipo*, cit.
- TONDO, *Atti in nome di soviet di capitali non ancora iscritte*, en *Rivista di diritto commerciale*, XCII (1994), I, 1-38.