



UNIVERSITÀ DI PISA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO



Mercantes y
Sociedades
entre Mercantes

Umberto Santarelli

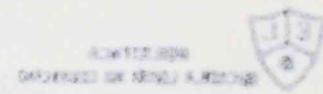
MERCANTES Y SOCIEDADES
ENTRE MERCANTES

ELD
346.4507
5233m
ej.1

MERCANTES Y SOCIEDADES
ENTRE MERCANTES

MERCANTES Y SOCIEDADES ENTRE MERCANTES

UMBERTO SANTARELLI
PISA, 1987



TRADUCCIÓN: JIMENA SILVA SALGADO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
MÉXICO, 2010

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva

Fauzi Hamdan Amad, *Rector*

Vocales

Francisco Simón Conejos
Emiliano Zubirfa Maqueo
Pascual Orozco Garibay
José Ángel Villalobos Magaña
Mauricio Oropeza Estrada

Secretarios

Renata Sandoval Sánchez, *Secretaria de Administración*
Rafael Estrada Michel, *Secretario Académico*



BIBLIOTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

No. de ASE. L00091580

CLASIFICACIÓN ELD 346.4507

5733m

1

No. de Esp. 59345

Compra

Consejo Editorial

Francisco de Icaza Dufour, *Director*
Jaime del Arenal Fenochio
Fauzi Hamdan Amad
Jorge Adame Goddard
Carlos Müggenburg
Gisela Oscós Said

Responsable de la publicación del volumen: Rafael Estrada Michel

ISBN: 978-968-6236-23-1

ÍNDICE

| | |
|----------------------------------|----|
| Presentación | 13 |
| Advertencia a la segunda edición | 17 |
| Advertencia a la tercera edición | 19 |

PRIMERA PARTE
MERCANTES

CAPÍTULO PRIMERO
HACIA LA RAÍZ DEL ARTÍCULO 2082^o
DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

| | |
|---|----|
| I. Producción e intercambio | 23 |
| II. Del "comerciante" al "empresario" | 25 |
| III. Derecho comercial y derecho industrial | 37 |
| IV. Un vocabulario antiguo y resistente | 41 |

CAPÍTULO SEGUNDO
LA FUNCIÓN DEL MERCANTE MEDIEVAL

| | |
|---|----|
| I. Una sociedad con muchas exigencias | 49 |
| II. Tantos productores para un solo mercado | 54 |

| | |
|--|----|
| III. La intermediación como función empresarial | 56 |
| IV. Un "oficio" con muchos rostros | 64 |

CAPÍTULO TERCERO

MERCANTES EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL

| | |
|--|----|
| I. Una "sociedad mercantil" | 69 |
| II. Del caballero (<i>equus</i>) romano al mercante medieval | 71 |
| III. Las razones de la especialización del derecho de los mercantes (<i>ius mercatorum</i>) | 79 |

CAPÍTULO CUARTO

UN "RIESGO DE LA PROFESIÓN": LA QUIEBRA

| | |
|---|-----|
| I. Una vida peligrosa y una "vergüenza" para todos | 93 |
| II. La <i>fuga</i> como comportamiento <i>antisocial</i> (y por lo tanto <i>antijurídico</i>) | 98 |
| III. De la <i>fuga</i> a la insolvencia | 102 |
| IV. Las consecuencias personales (y particularmente penales) de la quiebra | 108 |
| V. La formación del activo y del pasivo de la quiebra | 122 |
| VI. No se aplica el derecho común (<i>Non secundum ius dictat</i>) | 131 |
| VII. El concordato | 150 |

SEGUNDA PARTE
SOCIEDAD ENTRE MERCANTESCAPÍTULO PRIMERO
UNA "NOCIÓN" QUE NO DEFINE

| | |
|---|-----|
| I. La claridad sólo aparente del art. 2247 del Código Civil italiano | 169 |
| II. Las posibles comparaciones históricas y de sistema | 171 |
| III. Los límites propios de cada definición jurídica (<i>definitio in iure</i>) y las posibles contradicciones del "sistema" de las sociedades | 176 |

CAPÍTULO SEGUNDO
LA SOCIEDAD Y LAS SOCIEDADES

| | |
|--|-----|
| I. La sociedad como contrato y como vínculo obligatorio, es decir, como estructura de empresa | 181 |
| II. La noción "formal" de <i>actividad común</i> : la tentativa de "encuadrar un círculo" | 183 |
| III. Criterios extrínsecos de sistemación: sociedad de personas y sociedad de capitales. Verdaderas o falsas historizaciones | 186 |
| IV. Irreductibilidad de la noción de sociedad con ejercicio de la empresa por parte de una pluralidad de sujetos | 190 |
| V. La radical duplicidad de la <i>causa societatis</i> | 191 |

CAPÍTULO TERCERO
GANAR Y COMER EL MISMO PAN

| | |
|--|-----|
| I. La familia, institución eterna y continuamente variable | 195 |
| II. La familia del mercante medieval | 197 |
| III. La Compañía | 200 |
| IV. Diversidad de funciones y solidaridad hacia terceros | 206 |
| V. Familiares y extraños en la Compañía | 209 |
| VI. El "cuerpo de Compañía" | 211 |
| VII. El "nombre colectivo" de patronímico común a razón social | 212 |

CAPÍTULO CUARTO
UN PACTO ENTRE DINERO Y FANTASÍA

| | |
|--|-----|
| I. Propiedad formal y disponibilidad de hecho: la elección del mercante medieval | 217 |
| II. La harina y el saco | 223 |
| III. Dividir el lucro y limitar el daño | 224 |

CAPÍTULO QUINTO
LA PROHIBICIÓN DE LAS USURAS

| | |
|--|-----|
| I. El pobre y el logrero | 229 |
| II. Las medidas y las razones de una prohibición | 231 |
| III. Historiar y no desmentir | 237 |
| IV. Una "liberación" no realizada | 245 |

CAPÍTULO SEXTO
UN SINGULAR TIPO DE SOCIEDAD

| | |
|---|-----|
| I. Muchos nombres para una sola cosa | 257 |
| II. Los orígenes, los precedentes y las comparaciones | 262 |
| III. Mutuar, encomendar, deponer | 265 |
| IV. Una especie de sociedad | 269 |
| V. La confirmación en la decretal <i>Naviganti</i> | 275 |

CAPÍTULO SÉPTIMO
UN SISTEMA EN LA HISTORIA

| | |
|--|-----|
| I. ¿Sociedades "irregulares"? | 285 |
| II. Algunas curiosas combinaciones de hechos legales | 290 |
| III. La tipología de las sociedades | 294 |
| IV. De ciertos fósiles instructivos | 296 |

PRESENTACIÓN*

Las siguientes páginas corresponden a los apuntes de un curso (para ser más preciso: de la “parte especial” de un curso) de Historia del derecho italiano, en los cuales está puesto por escrito lo que se había dicho durante las clases: “para recordarlo a quien estaba y para hacerlo saber a quien no estaba”.

Un curso universitario es un instrumento de trabajo para los estudiantes que deben preparar el examen. No es una monografía, escrita por un especialista y destinada a ser leída por especialistas; no es tampoco un manual, donde toda la materia de una disciplina viene ofrecida al lector-estudiante según reglas expositivas respetuosas de la necesaria totalidad del contenido. Un curso obedece a sus propios cánones de planificación

* Texto traducido por Jimena Silva Salgado, doctora en Investigación Histórica de la Universidad de Pisa y profesora de Historia Antigua en Santiago de Chile. Traducción realizada en la ciudad de Pisa, en colaboración con el profesor Aldo Petrucci de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad en enero de 2009. Mis reconocimientos a los profesores Umberto Santarelli y Aldo Petrucci por difundir el pensamiento jurídico en América Latina.

y de redacción: en el caso de la historia del derecho se pretende, en primer lugar, educar la agudeza del futuro jurista, más que informarlo acerca de *antiquitates iuris*, más o menos remotas en el tiempo y gustosas al saber, con la finalidad que entienda la perspectiva histórica de cada problema jurídico e intuya aquella "tercera dimensión" del ordenamiento, que si se olvida, implica en sí misma errores y mal entendidos en una operación tan técnica como es la *interpretatio iuris*. Para lograr su objetivo, un curso debe ser claro y agradable (lo más posible), jamás agobiante ni academicista sólo por el vano deseo de demostrar científicidad. Por lo tanto, en estas páginas, el aparato bibliográfico no es reducido al mínimo, sino que es redactado para ser útil, no tanto al especialista enamorado de las imposibles (y tal vez inútiles) "plenitudes", sino al estudiante curioso e insatisfecho de aquello que encuentra escrito aquí y que desearía saber un poco más por cuenta suya.

El título, que finalmente ha sido elegido para estas páginas, tiene sabor a Medioevo, que de cualquier manera era inevitable; y es un "sabor" deseado. El primer título que me vino en mente era la no involuntaria repetición del título, en otro contexto célebre, de un libro también nacido en la escuela: *Los empresarios y la sociedad*. La elección, si se hubiese mantenido, habría tenido un significado suyo tal vez no tenue, porque también, si raramente citado, aquel gran libro de Francesco Ferrara (que volvió a ver hace poco la luz por la cuidadosa dedicación de un alumno), ha ofrecido a cada paso el estímulo indispensable para pensar y escribir las cosas que a continuación son escritas. Haber sido alumnos

de Francesco Ferrara (alumnos, como yo, en el sentido más tenue y corriente de la palabra: haber escuchado sus lecciones y leído sus libros) es una cosa que marca, especialmente cuando –con tanto menor vuelo que él, bien entendido, y en un área del saber jurídico sólo aparentemente muy lejana a la suya– quedamos (tal vez, y no tal vez, por mérito también suyo) encariñados con ciertos temas de investigación y de estudio.

El desarrollo de estas páginas revela –al menos eso espero– también otra deuda: aquella con las lecciones de Ugo Nicolini, que a temas no muy distintos a estos –el pagaré cambiario, por ejemplo– dedicó algunas de sus mejores páginas.

El esfuerzo, del que fuera antiguamente alumno, se ha proyectado entre sus alumnos y permanece dedicado a la memoria de estos maestros.

UMBERTO SANTARELLI

Pisa, Universidad, abril de 1989

ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Es difícil decir si ésta, que hoy aparece a tan poca distancia temporal de la primera (publicada en la primavera de 1989), deba considerarse verdaderamente una segunda edición o más bien una simple reedición "reducida a mejor lección".

A favor de esta última y más modesta calificación, fácilmente verificable por quienes tengan un poco de tiempo que perder, valdría la circunstancia que las modificaciones (en casi todas las páginas) son, casi siempre, simples aclaraciones formales y ajustes a los que se llegó a través de las sugerencias recibidas desde la experimentación.

En cambio, permitiría hablar un poco más solemnemente de "segunda edición" el hecho de que con este subsidio didáctico, se inaugura una colección, cuyo conjunto –coherente en todo con aquellas deseadas– se explica en el lugar apropiado.

Nada más me parece que tenga que agregar a aquello que ya está escrito en la "presentación" de la primera edición y que –deseando permanecer fiel al antiguo y

buen canon *ne bis in idem* (no dos veces en el mismo)—sería vano repetir después de una página.

La experimentación hecha, a la cual acabo de aludir, me hizo pensar en algunas necesarias correcciones, pero no en reescribir todo desde sus inicios, ni tampoco en tirarlo a la basura. De los críticos (por lo menos de aquellos que he leído: Vittore Branca, José M. Garrido y Andrea Romano), he recibido consideraciones inmerecidas, y estímulos que he tratado de recoger.

UMBERTO SANTARELLI

Pisa, Universidad, enero de 1992

ADVERTENCIA A LA TERCERA EDICIÓN

También esta tercera edición, como la segunda, es el fruto de una serie de ajustes que la experiencia didáctica, con la continua reflexión a la que obliga, ha ido sugiriendo. Las novedades pueden no ser particularmente visibles, pero son verdaderamente pocas las páginas que no han sido retocadas y algunas no rara vez en su totalidad o en parte reescritas; de todos modos, también aquellas que se mantienen intactas han estado expuestas a una revisión atenta.

Ciertamente se podría haber extendido aún más el objeto del análisis: la materia del último capítulo, por ejemplo, habría podido ser tratada más ampliamente por muchas más opiniones autorizadas en una discusión más profunda. Finalmente han prevalecido las razones de la escuela: este libro está destinado a ser leído por los estudiantes para servir a su formación como juristas, capaces de hacer bien su trabajo; por lo tanto todo exceso, que no sea estrictamente indispensable al logro de este objetivo, debe ser cuidadosamente evitado.

No obstante la declarada destinación pedagógica, este libro pretende desacalorar cualquier discusión entre los "adictos al trabajo"; de una en particular –aquella de Gianni Mignone– de quien he recibido, gustosamente, todas las consideraciones que merecía.

UMBERTO SANTARELLI

Pisa, Universidad, diciembre de 1997

PRIMERA PARTE

MERCANTES

CAPÍTULO PRIMERO

HACIA LA RAÍZ DEL ARTÍCULO 2082 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

I. PRODUCCIÓN E INTERCAMBIO

“Es *empresario* quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de *producir* o de *intercambiar bienes o servicios*”: de este modo el art. 2082 de nuestro Código Civil define las características específicas del sujeto-empresario.

Esta definición –que no es tarea nuestra analizarla detalladamente¹– tiene su punto de apoyo en la *actividad*: el empresario es aquel que “ejercita profesionalmente una actividad económica”. Este cometido se expresa en los términos de dos acepciones alternativas: de *comportamiento* (“de la *producción* o del *intercambio*”) y de *objeto* (“de *bienes* o de *servicios*”).

¹ A quien desee hacerlo por su cuenta no le faltarán los instrumentos; esencialmente podrían ser estos: Ferrara-Corsi, *Los empresarios y la sociedad*, 27 ss.; Braco, *La empresa*, 8 ss.; Buonocore, *Empresarios*. Estas obras se encuentran en la bibliografía del capítulo.

La primera de estas dos alternativas (producción/intercambio) equipara, para los efectos de la calificación como empresario, los dos grandes "momentos" de la actividad de empresa: el *industrial* (al que hace referencia el término "producción") y el *comercial* (al que el Código alude con el término "intercambio"); momentos que, sin embargo, quedan "naturalmente" diferenciados y no confundibles entre ellos, también si son funcionalmente vinculados con referencia al *mercado*, que es (no puede no ser) el "lugar" en el cual y por el cual producción e intercambio asumen significado y valor.

No obstante, esta equiparación formal de los dos momentos (de la producción y del intercambio) realizada por el legislador de 1942, un hecho permanece cierto: si debiéramos –tal vez más "sentimentalmente" que racionalmente– compilar una especie de "graduatoria" entre los diferentes sujetos (o las diferentes actividades) que pueden ser incluidos en esta definición del art. 2082, la reflexión envolvería ante todo la "producción de los bienes" (y de los "servicios") y sólo en un segundo momento a la producción se agregaría, como función sucesiva (y sobre todo *instrumental*), la del *intercambio*. En otros términos, cuando se piensa en las posibles *funciones típicas* de la empresa (o, para mantener la lógica de la definición codificada, en las *actividades típicas del empresario*), la "comercialización" del "producto" es comprendida como secundaria respecto a su "producción", es decir, el *comercio* como función *auxiliar* respecto a la *industria*. Esta, que podríamos llamar una "jerarquía *natural*" entre industria y comercio

(usando la terminología del Código, diremos: entre momento de "producción" y momento de "intercambio"), en realidad no es *natural*, sino resulta como una consecuencia de un conjunto (de funciones y de estructura) que nuestra sociedad asumió después de la Revolución Industrial; de esto hablaremos luego un poco más en extenso.

II. DEL "COMERCIANTE" AL "EMPRESARIO"

Para entender correctamente el significado y el valor de esta definición, incluida en el art. 2082, es necesario reconstruir, en síntesis, su historia a través del examen de los antecedentes legislativos más recientes (a la perspectiva más extensa, a las raíces históricas más profundas de esta fórmula legislativa, está dedicada toda la primera parte de este curso).

El punto de partida indispensable es el *Code de Commerce* (Código de Comercio) *napoleónico*², donde, en el art. 1, está escrito que "son *comerciantes* aquellos que ejercitan *actos de comercio* haciendo de ellos su *profesión habitual*"³.

La fórmula puede ser entendida adecuadamente sólo si se lee, no como descripción codificada y agotadora de un sujeto típico (el comerciante), sino como la constitucionalización de una discontinuidad "revo-

² Para el cual es suficiente dirigirse a Padoa-Schioppa, *Saggi*, 89-112.

³ Article Premier. *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.* (Artículo Primero. Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual).

lucionaria". En cuanto a la definición, de hecho, ésta se reduce a una inútil tautología: decir que es comerciante quien ejercita actos de comercio, sin preocuparse después ni siquiera de entregar una definición ni un listado de estos actos, en realidad no tiene mucho significado.

El verdadero sentido de esta afirmación —que, si bien está desprovista de un contenido normativo preciso, sin embargo, abre así, en tono intencionalmente solemne, el *Código de Comercio* de la Francia posrevolucionaria— puede ser entendido solamente no olvidando que desde los *Cahiers de doléances* de 1789 (*Cuadernos de los reclamos*) el movimiento revolucionario había solicitado la afirmación de aquella *libertad de comercio* que el *Ancien Régime* (*Antiguo Régimen*) desde siempre había negado⁴.

El art. 1 del *Código de Comercio* solamente quiso ser la deseada cancelación de toda referencia a la vieja identificación, apreciada por la ideología del *Antiguo Régimen*, del mercante con el miembro de una Corporación: la *Ordonnance de commerce* (*Ordenamiento de comercio*) de 1673 había establecido que para llegar a ser *marchand* (*mercante*) se tenía que hacer el aprendizaje con *maître* (*maestro*) (a no ser que fuese hijo de un mercante, en tal caso se gozaba del privilegio de evitar este noviciado en la *mercatura*) (Tit. I, art. 1); que, después del aprendizaje, todavía tenía que quedarse con el mismo *maestro* del cual había aprendido o con otro mercante de la misma profesión (esta antecámara no

⁴ Padoa-Schioppa, *Saggi*, 65.

podía ser evitada ni por el hijo del mercante, no obstante que él había sido exonerado del aprendizaje) (Tit. I, art. 2); y que solamente quien, habiendo cumplido la edad mínima de veinte años, pudiera exhibir las pruebas documentales de todo el *curriculum* hecho, tendría el título para ser admitido entre los mercantes⁵.

Era, como se ve, una estricta regla de cooptación aquella que determinaba —con exclusiva referencia a la adquisición de una calificación subjetiva formal (aquella de mercante, por supuesto)— la pertenencia de un determinado sujeto a una estructura corporativa y la aplicabilidad, respecto a él, de las reglas especiales dictadas a favor de los mismos mercantes⁶. En el clima "nuevo", que la Revolución había instaurado, en cambio, debía y podía contar, ya no el *privilegio* de una pertenencia a veces atávica a la agrupación corporativa, sino el *hecho* de cumplir, por *libre elección profesional*, actos de comercio.

Dicha lectura de la fórmula codificada, que desee justamente tener en la debida consideración aquellos ánimos "revolucionarios" de los cuales ciertamente los códigos napoleónicos estuvieron empapados, sin embargo, no olvidaba que esta definición —puesta a propó-

⁵ Ordenanza de comercio, 23 marzo 1673, Tit. I, art. 3. "Ninguno será aceptado como comerciante que no tenga veinte años cumplidos y no tenga el certificado de aprendizaje de servicio hecho después" (en: Isambert-Taillandier, *Recueil general des anciennes lois françaises*, París, 1822-1833, XIX, 93).

⁶ Como veremos más adelante (*infra.*, cap. II, XI), esta regla de privilegio corporativo y de cooptación era sesgada y se había consolidado en la ciudad mercantil de la Edad Media).

sito al inicio del Código— significaba también que todo el sistema codificado del derecho mercantil tenía en el *comerciante* su punto de referencia fundamental, y que, al fin y al cabo, el derecho comercial era (según una tradición que se remonta a la esencia de la Baja Edad Media aun viva en la Francia “revolucionaria”) un *ius speciale mercatorum* (un especial derecho de los mercantes).

Se trata, en todo caso, de una definición —digamos así— “vacía”, hecha *per relationem* (con referencia a otro parámetro): es *comerciante* —dijeron los codificadores— quien cumple *profesionalmente* (es decir, *no ocasionalmente*) actos de comercio (*atti di commercio*). Sólo al definir (o, por lo menos, al registrar en el modo más completo) los “actos de comercio” habría sido posible completar la definición de *comerciante* y darle un contenido concreto. Los codificadores napoleónicos nunca pensaron en completar esta definición cuando redactaron el art. 1. Ciertamente no se trató de un *lapsus*, sino de un desinterés perfectamente comprensible porque no les era necesario dar, a la solemne constitucionalización de una instancia revolucionaria, el contenido y la coherencia de una ordinaria definición normativa.

La exigencia (en sí obvia) de completar la definición, aquellos codificadores la sintieron en otro lugar, en donde faltaba la urgencia de la discontinuidad respecto al pasado: fue cuando —después de haber establecido que los “los Tribunales de comercio conocerán las controversias relativas a los actos de comercio”: art. 631, n. 2⁷—

⁷ 631. “Le tribunaux de commerce connaîtront (...) 2° entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce”.

el Código propició al listado de aquellos que “la ley considera como actos de comercio”⁸.

Es un listado que, a nuestros ojos, puede aparecer —aunque no del todo arbitrario— por lo menos redactado en un modo un poco confuso: en el art. 632 aparecen, en primer lugar: “las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural así como después de haberlos trabajado o procesado o también sólo para darlos en alquiler”, a lo cual se agrega: “las empresas de manufacturas, de comisiones y de transportes por tierra o por agua”, y después los “suministros”, las “agencias”, las “oficinas de negocios”, los “establecimientos de venta por subasta” y de “espectáculos públicos”, las “operaciones de cambio, bancos y mediación” y así sucesivamente⁹.

Inmediatamente después, pero en un lugar —por lo menos formalmente— separado (art. 633), el Código enumeró, igualando a los primeros el tratamiento (en lo concerniente a la competencia de los Tribunales de comercio y a la calificación subjetiva de *comerciante*), los “actos de comercio”, vinculados con la navegación (sea por mar o en las aguas internas)¹⁰.

⁸ 632. *La loi répute actes de commerce (...)*.

⁹ 632. (...) “*Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l’usage; - Toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau - Toute entreprise de fournitures, d’agences, bureaux d’affaires, établissements de vente à l’encan, de spectacles publics; - Toute opération de change banque et courtage; - Toute les opérations de banques publiques (...)*”.

¹⁰ 633. “*La loi répute pèrillement actes de commerce; - Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiment pour la navi-*

Además de cada posible realce acerca de la coherencia sistemática de estas normas napoleónicas¹¹, una constatación aparece inmediatamente obvia (y muy importante para nosotros): en todo el listado de los actos a los cuales el Código asigna la calificación de “comerciales”, el momento de la “producción” aparece absolutamente *secundario* (desearía casi decir: *olvidado*) respecto de aquello –propiamente y rigurosamente “comercial”– del “intercambio”: la “elaboración” de productos agrícolas y de las mercaderías aparece en una posición secundaria respecto a la operación claramente “principal” del “comprar para revender”; y la “manufactura” (citada solamente en el segundo lugar del listado, junto a la comisión y al transporte) aparece –entre todas las operaciones típicas enumeradas– la única completamente atingente al específico sector de la “producción”.

Solamente en el art. 633 –dedicado a los “actos de comercio” propios de la navegación– encontramos en primer lugar (pero junto a la compraventa, insistente-

gation intérieure et extérieure; - Toutes expéditions maritimes; - Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillement; - Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer (...)”.

¹¹ Naturalmente los intérpretes del Código no tuvieron dificultad al utilizar el listado de los actos de comercio contenidos en los artículos 632 y 633 para completar la definición así evidentemente elíptica del art. 1, que podía así también volver a encontrar su coherencia de norma ordinaria codificada.

Como veremos pronto, esta (por lo menos formal) anomalía sistemática resulta corregida en el Código de Comercio del Reino de Italia de 1865.

mente citada: “compras, ventas y reventas”) la mención de la construcción de buques (que es actividad típicamente “industrial”): la cosa se explica con facilidad, si se tiene en mente que la industria construcción naviera había sido organizada muy tempranamente (por motivos obvios conectados directamente a las técnicas de elaboración) en modo de realizar “dimensiones excepcionales sea por concentración de trabajo que por concentración de capital”¹².

Estas normas napoleónicas, que como tales ya habían tenido –aunque con algunos desafortunados contrastes– vigencia en Italia¹³, se encuentran, sustancialmente inmutadas, en el *Codice di Commercio del Regno d'Italia* (Código de Comercio del Reino de Italia) de 1865¹⁴, que –por lo menos en esta materia– fue casi una traducción literal del Código napoleónico. La única diferencia del Código italiano respecto al ejemplar francés fue una ubicación distinta de las normas: el art. 1 tradujo literalmente la homóloga norma napoleónica –“son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual”– mientras que en el art. 2 (que tradujo sustancialmente los artículos 632 y 633 del Código de Comercio) fueron enumerados los

¹² Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, 132.

¹³ Sciumè, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico*.

¹⁴ Perfectamente contemporáneo del Código Civil: aprobado por Víctor Manuel II con decreto real del 25 de junio de 1865 y entrado en vigencia el 1 de enero de 1866. El *Código de Comercio para los Estados de S.M. el Rey de Cerdeña* de 1842 no había, para esta materia, innovado para nada respecto al modelo napoleónico.

“actos de comercio”, para completar así, en el mismo lugar en donde se trata la materia (*sedes materiae*), la definición de comerciante¹⁵.

No se trató, por supuesto, de un puro y simple “mejoramiento” de la disposición sistemática de las normas, aunque la colocación del listado de los actos de comercio pueda aparecer de por sí más correcta, siendo puesta como una forma de completar la primera y fundamental definición del comerciante que siendo

¹⁵ “Son actos de comercio: 1) Las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural sea después de haberlos trabajado o puestos en obra o también sólo para darlos en alquiler. Por otra parte no es acto de comercio la compra de productos agrícolas y de mercancías hechas para uso familiar, a menos que no exceda las necesidades de ésta, ni la reventa que después se hiciera de las materias primas; 2) Las empresas manufactureras, de comisiones y de transportes por tierra o por agua; 3) Las empresas de suministros, de agencias, de oficinas de negocios y de espectáculos públicos; 4) Las operaciones de cambio y de mediación; 5) Las operaciones bancarias; 6) Las letras de cambio, los avales, las resacas y sus endosamientos, válidamente hechas entre todo tipo de personas; 7) Los cheques a la orden suscritos también de personas no comerciantes, con tal que dependan de causas comerciales, los avales y los endosos de los mismos; 8) Las empresas fabricantes y de construcción, si el empresario provee los materiales; 9) Las empresas de construcción y las compras, las ventas o reventas de naves para la navegación interna o externa; 10) Las expediciones marítimas; 11) La compra y la venta de aparejos, equipos y suministros para la navegación; 12) Los arriendos, los préstamos marítimos y los otros contratos relativos al comercio en el mar; 13) Las convenciones para las mensualidades tarifarias del equipaje; 14) Los alistamientos de la gente de mar al servicio de naves comerciales; 15) Los seguros marítimos, también recíprocos; 16) Los seguros terrestres, cuando no sean recíprocos, y solamente respecto al asegurador; 17) Las compras y las ventas de las acciones de sociedades comerciales”.

relegada a definir la competencia por materia de los tribunales de comercio.

En realidad los redactores del Código de Comercio del Reino de Italia no debían proclamar ninguna “verdad” revolucionaria que impusiese elecciones sistemáticas semejantes a aquellas hechas más de medio siglo antes por los codificadores franceses. También aquí, en el *Código*, el listado de los actos de comercio dejaba claramente en una posición secundaria la producción respecto al intercambio, es decir, la industria respecto al comercio.

El Código de 1865 fue mucho menos longevo que el coetáneo *Codice Civile* (*Código Civil*), y fue sustituido, en 1882, por un nuevo *Código de Comercio*¹⁶. Este nuevo Código reformó profundamente su parte general respecto al precedente: el *Primer libro* se abrió no con las normas relativas a los “comerciantes”, sino con aquellas sobre los “actos de comercio”, seguidas inmediatamente de las relativas a los comerciantes.

La nueva ubicación sistemática de los primeros tres *Títulos* del *Primer libro* del Código¹⁷ tenía un significado preciso: quería decir que el criterio de la individualización del derecho comercial —como parte autónoma del ordenamiento, provista de sus propios principios y (por lo menos entonces) de su propio sistema legisla-

¹⁶ Aprobado por Umberto I por decreto real del 31 de octubre de 1882 y entró en vigencia el 1 de enero de 1883. Para la (compleja) formación de este Código se puede remitir a la acabada y muy precisa reconstrucción de Padoa Schioppa, *Saggi*, 156-203.

¹⁷ Título I, *Disposizioni generali* (artículos 1 y 2); Título II, *Degli atti di commercio* (artículos 3-7); Título III, *Dei commercianti* (artículos 8-20).

tivo codificado— ya no era dado por la figura típica del sujeto destinatario de las normas del derecho comercial —es decir por el *comerciante*—, sino por el objeto, igualmente típico, que aquellas normas eran destinadas a disciplinar, es decir por el *acto de comercio*.

El derecho mercantil dejaba de ser *ius mercatorum* (*derecho de los mercantes*) y se transformaba en *ius mercaturae* (*derecho del mercado*): esta tendencia, que se dice que ya advertía Napoleón, llegaba así a su cumplimiento formal¹⁸. Dicha innovación, que ciertamente no tiene un pequeño valor y en general viene destacada como “*objetivización del derecho comercial*”¹⁹, no cambió de manera fundamental en nada las normas codificadas bajo el perfil que nos interesa. El art. 3 del Código de Comercio de 1882 de hecho contenía un listado muy extenso de veinticuatro categorías de “*actos de comercio*”²⁰, donde prevalecían por completo los

¹⁸ Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori*, 6 ss.; Galgano, *Storia*, 86 ss.

¹⁹ G. Ferri, voz *Derecho comercial*, 922 ss.

²⁰ 3. “La ley considera actos de comercio: 1) Las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural sea después de haberlos trabajado, de haberlos procesado o puestos en obra o también sólo para darlos en alquiler, e igualmente la compra por reventa de obligaciones del Estado o de otros títulos de créditos que circulan en el comercio; 2) Las ventas de productos agrícolas, las ventas y los alquileres de mercancías, en estado natural o trabajados y las ventas de obligaciones del Estado o de otros títulos de crédito que circulan en el comercio, cuando la adquisición haya sido hecha con la finalidad de reventa o de alquiler; 3) Las compras y las reventas de bienes inmuebles, cuando sean hechas con la finalidad de especulación comercial; 4) Los contratos de reporto (es decir, compraventa de títulos valores) de las obligaciones del Estado u otros títulos de créditos circulantes en el comercio; 5) Las compras y ventas de cuotas o de acciones

comportamientos del intercambio respecto a aquellos de la producción (el n. 1 se refería a la reventa de productos agrícolas y de las mercaderías “*después de haberlos procesado*”; en el n. 7, se recordaba la actividad edilicia; en el n. 8, la “*empresa de manufactura*”; en el n. 10, la actividad de edición tipográfica; en el n. 14, la industria de construcción de naves).

Del *Código de Comercio* francés a aquel italiano de 1882 la línea de continuidad aparece, por lo tanto, clarísima: ya sea en el caso en que el centro del sistema fuese dado por el sujeto-comerciante (*Código napoleónico* y *Código de 1865*), ya sea en el caso en que éste fuese trasladado desde el sujeto al objeto-acto de comercio (*Código de 1882*), siempre permanecía firme e impo-

de sociedades mercantiles; 6) Las empresas de suministros; 7) Las empresas de fabricación o construcción; 8) Las empresas de manufacturas; 9) Las empresas de espectáculos públicos; 10) Las empresas editoriales, tipográficas o de comercio de libros; 11) Las operaciones de banca; 12) Las letras de cambio y las órdenes en productos agrícolas; 13) Las empresas de transporte de personas o de cosas por tierra o por agua; 14) La construcción, la compra, la venta y la reventa de naves; 15) Las compras y las ventas de aparejos, equipos y vituallas, combustibles y otros objetos de armamento para la navegación; 16) Las expediciones marítimas; 17) Los enrolamientos de la gente de mar al servicio de naves comerciales y los acuerdos para las mensualidades tarifarias de la tripulación; 18) Los contratos de fletamento, los préstamos marítimos y los otros contratos relativos al comercio en el mar y a la navegación; 19) Los seguros, también recíprocos, contra los riesgos de la navegación; 20) Los seguros terrestres, también recíprocos, contra los daños y de vida; 21) Las empresas de comisiones, de agencias y oficinas de negocios; 22) Las operaciones de mediación en negocios de carácter comercial; 23) Los depósitos por causa de comercio; 24) Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones relativas a los certificados de depósito y a los bonos de prenda (*warrant*) entregadas por ellos”.

nente la prevalencia de las actividades de intercambio y de intermediación respecto a aquellas de producción. El derecho *comercial* era y se mantenía rigurosamente como tal: un complejo de normas destinadas a regular, en primer lugar y casi exclusivamente, el comprar para el revender.

Esta tradición aparece del todo infringida con el Código Civil de 1942, en el cual ya *no* se habla, en el contexto de una definición "general" (art. 2082), ni de *comerciante* ni de acto de *comercio*, sino de un "empresario" sin posteriores calificaciones, cuya actividad, en primer lugar es aquella de la "producción" y sólo en segundo lugar la del "intercambio".

La relación entre comercio e industria aparece así —aunque sin cambios formales y declarados— sustancialmente invertida. La razón de este cambio de perspectiva, en el cual se inspira el legislador de 1942, respecto a sus inmediatos predecesores y a toda la tradición precedente (de los cuales nos ocuparemos a continuación), no debe buscarse *dentro* del sistema del ordenamiento codificado y de sus "razones técnicas". La razón está *fuera* del ordenamiento, la encontramos en la *sociedad*, de la cual el ordenamiento debía proporcionar las estructuras: y es la *Revolución industrial*²¹. El rostro económico, y no sólo el económico, de Europa (y del mundo entero), es transformado radicalmente entre fines del siglo XVIII y la segunda mitad del siglo XIX: la

²¹ A este gran y complejo acontecimiento está dedicada una extensa bibliografía que sería inútil de citar aquí: bastará recordar a quien de-sease profundizar, el vol. VI, tomos 1 y 2 (*La revolución industrial y sus desarrollos*) de la *Historia económica de Cambridge*.

vieja estructura, que había tenido en el "mercante" su punto fuerte, es desplazada en pocos decenios y sustituida por un panorama económico nuevo en el cual la protagonista es la industria y su producción en masa. El empresario-tipo dejó de ser el mercante, *recolector* del producto de miles de pequeños productores, que después venía revendido en mercados frecuentemente lejanos, para transformarse en el industrial capaz ante todo de producir y después de imponer su producto en el mercado.

Se trató de una revolución de vastísimas proporciones, de las cuales todavía hoy no parece concluido el "ciclo vital", que con autoridad (y justamente) fue comparada con aquella de la Edad neolítica²².

El jurista puede registrar la conmoción de este terremoto en su pequeño universo, cuando nota aquel radical cambio en los puntos de referencia entre los códigos de comercio decimonónicos (*Código de Comercio* y códigos italianos de 1865 y de 1882) y aquellos de nuestro siglo (Código Civil de 1942, art. 2082): el oca-so del "comerciante" y la afirmación, sólida y definitiva, de la "producción" respecto del "intercambio".

III. DERECHO COMERCIAL Y DERECHO INDUSTRIAL

Este radical cambio de perspectivas y de términos de referencia, que innovó tan profundamente el Código Civil de 1942, respecto a una tradición legislativa que había permanecido constante desde el Código napo-

²² Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 291 ss.

leónico al Código de Comercio de 1882, con el tránsito de la figura típica del “comerciante” a aquella del “empresario”, tuvo lugar por causa de la convergencia de dos acontecimientos, incomparables entre sí por sus dimensiones, pero ambos en su género potencialmente capaces de transformar el entero sistema del derecho comercial.

En primer lugar, se debe considerar la “Revolución industrial”²³: este acontecimiento, de proporciones continentales en un primer momento (con orígenes en Inglaterra desde donde se difundió rápidamente por toda Europa) y después mundiales, transformó desde la raíz la estructura económica y social de los países en que se llevó a cabo, concentrando la producción en las industrias, y con ellas también los hombres llamados a realizarla (la “clase obrera”), los medios económicos (capitales frecuentemente enormes) destinados a hacerla posible, y las ganancias que, de la suma de todos estos “factores”, se podían reunir.

Fue grande la discontinuidad entre este nuevo orden y la precedente estructura social, también, si es verdad que “si se desea buscar los orígenes de la Revolución industrial es necesario volver a encontrarse con aquel movimiento de ideas y de estructuras sociales que acompañó el surgimiento de las Comunas urbanas (...) entre los siglos XI y XIII”, cuando el lugar del caballero y del monje fue tomado por el mercante, el profesional y el artesano²⁴.”

²³ Mori, *La rivoluzione industriale*.

²⁴ Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 293.

El nuevo se injertó en un viejo tronco aún fuerte, cierto; pero el resultado de este injerto fue una estructura social (más bien dicho, en primer lugar, una cultura)²⁵ profundamente renovada; esta renovación tuvo su “acontecimiento-símbolo” en la “entrega del testimonio” entre dos protagonistas: el *mercante* –que había dominado la escena desde la edad de las Comunas– y el *industrial*, que era llamado a dominar la nueva edad. El cambio de las fórmulas definitivas codificadas, con el tránsito de aquellas del art. 1 del Código napoleónico y del Código de Comercio de 1865, que encontraban confirmación en el (colocado distintamente) art. 8 del Código de 1882²⁶ a aquella del art. 2082 del Código de 1942, no es otro que la “traducción” en términos de ordenamiento jurídico de aquellos profundos cambios que habían acaecido en la sociedad²⁷.

El segundo “evento” –más modesto y mucho menos directamente relevante que el primero, pero no insignificante– que debe tenerse presente para evaluar la novedad de la definición contenida en el art. 2082 del Código de 1942 es dado por la unificación legislativa, que precisamente se llevó a cabo en 1942 entre dere-

²⁵ Landes, *Cambiamenti tecnologici e sviluppo industriale nell'Europa occidentale*.

²⁶ “Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio por profesión habitual, y las sociedades comerciales”. Una diferencia, en verdad, existe entre la fórmula utilizada por el legislador de 1865 y aquella contenida en el Código de 1882: es la afirmada igualdad, para los efectos del reconocimiento de la calidad de comerciante, entre empresarios individuales y la sociedad comercial. Pero no es el caso de profundizar ahora.

²⁷ De estos problemas se ha discutido en la parte general del curso: cfr. Santarelli, *L'esperienza giuridica basso-medievale*, 31 ss.

cho civil y derecho comercial: dos códigos, que desde Napoleón habían estado separados entre sí —no por un arbitrio del legislador, sino en observación a una diferencia y a una “especialidad” de la cual desde siempre la conciencia jurídica europea había estado profundamente convencida—, confluyeron en un solo Código.

Es una operación que ha generado largas discusiones y de la cual se han hecho muchas y diversas evaluaciones²⁸. Ciertamente se puede decir que con ella se quitaba al derecho comercial el más vistoso (y en el fondo indiscutible) título de especialidad, al punto que, desaparecido el clima político en el cual la unificación se había cumplido, las áreas se dividieron entre quienes demandaban que se regresara a la antigua diferenciación entre los dos códigos y quienes pretendían que se reconociera el final de un derecho comer-

²⁸ Ferrera-Corsi, *Gli imprenditori*, 11 ss; Bracco, *L'impresa*, 66 ss.; Ferri, voz *Diritto ommerciale*, n. 5; Galgano, *Storia*, 103 ss. De este trabajo existe una reedición con el título cambiado —*Lex mercatoria*, Bologna, 1993— pero sin ninguna diferencia sustancial respecto a la edición citada acá. Desde una perspectiva más amplia Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato della unificazione*; Id., *Natura e posizione del diritto commerciale* (donde está puesto con gran lucidez en términos generales el problema de la “comercialización” del derecho privado). Aparece, de todos modos, precipitado y lleno de prejuicios de naturaleza “ideológica”, el deseo de quien quisiera reducir la unificación legislativa del derecho privado en la Italia de 1942 a una operación reaccionaria del régimen fascista. Es un tema, que merece una seria y documentada profundización: para una primera aproximación cfr. Grossi, *La scienza del diritto privato*, 65 ss y 187 ss y Santarelli, *Un illustre (y apartado) foglio giuridico*, 695. Por último, y con una vasta discusión sobre la cual acá no podemos extendernos, Teti, *Codice civile*.

cial autónomo, no sólo como sector del ordenamiento, sino como provincia separada del saber jurídico.

En esta dirección el tránsito de la noción de *comerciante* (o de acto de *comercio*) —en cuyo ámbito el momento del intercambio prevalecía sobre aquel de la producción— a aquella de *empresario* —en la cual el acento aparece claramente trasladado a la figura del *industrial* respecto al comerciante— podía aparecer decisiva para rediseñar de una forma totalmente nueva el mapa de todo el sistema de derecho privado.

Si verdaderamente la unificación legislativa era un hecho consumado en el sistema del Código y en la común conciencia jurídica, y si, por otra parte, la Revolución industrial ya había impuesto la sustitución del antiguo comerciante por el empresario (y de esto aparecía en primer lugar la *especie* del industrial), era lógico que la experiencia jurídica se adaptase completamente a esta novedad que la historia imponía: es decir, que al interno del sistema, ahora unificado, de las obligaciones, asumían un nivel autónomo y diferenciado las normas dictadas para la empresa industrial y aquellas destinadas a gobernar los hechos de comercio, y por lo tanto que no todo el derecho de la empresa quedaba marcado con la antigua (y ya no más significativa) calificación de “*comercial*”.

IV. UN VOCABULARIO ANTIGUO Y RESISTENTE

Este último paso sobre la vía de una “racionalización del sistema”, en realidad no se ha cumplido. A pesar de la unificación legislativa, y no obstante el profun-

do cambio introducido por la Revolución industrial, la autonomía del derecho "comercial" se ha conservado y reafirmado²⁹ como autonomía científica, no radicada en una mera "convención entre doctos" o relegada al solo hecho de organización didáctica, sino reconocida como ineludible consecuencia de la "naturaleza de las cosas".

De igual modo ha permanecido inmóvil su antigua calificación de "comercial"; también en el nuevo sistema codificado no se habla más de "comerciante" o de "acto de comercio", sino de "empresario". Un derecho "industrial", en verdad existe; pero su objeto aparece restringido a términos verdaderamente "mínimos" —disciplina de la competencia, de las marcas y de las patentes, tutela del derecho de explotación de las mismas y de la firma de la compañía³⁰—, mientras que toda la materia de la empresa en general, de la sociedad, de la quiebra, de los títulos de crédito y así, sucesivamente, se mantiene designada —por común y no discutido consenso— a la tradicional provincia del derecho *comercial*.

Por otra parte, no se puede ni siquiera decir que en el Código "unificado" de 1942 no existan referencias explícitas que permiten (y casi imponen) al intérprete mantener detenida, dentro de los antiguos límites, la calificación de "comercial". Si de hecho, el art. 2082

²⁹ Ferri, voz *Derecho comercial*, n. 5.

³⁰ Esta elección también ha sido hecha por quienes celebraron la unificación legislativa y encontraron argumentos para afirmar el fin del derecho comercial dentro del indistinto conjunto del derecho privado: Rotondi, *Diritto industriale*. Referencias más breves, pero tal vez suficientes en Sordelli, voz *diritto industriale*, en *Noviss. Dig. It.*

ofrece la definición del empresario que ya hemos leído —y en torno a ella ubica otras pequeñas definiciones, como aquella del "pequeño empresario" (art. 2083) y del "empresario agrícola" (art. 2135) —, el art. 2195 recalifica explícitamente como "comercial" también la empresa y la actividad *industrial*: después de haber establecido, en líneas generales, el deber de la inscripción en el registro de las empresas para los empresarios que ejercitan una actividad industrial, intermediaria (es decir, específicamente "comercial", de transporte, bancaria o asegurativa, o auxiliar de alguna de las precedentes), al inicio del párrafo sucesivo dispone —con el evidente intento de "cerrar" el sistema haciéndolo completo y coherente— que "las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas **comerciales** se aplican (...) a **todas** las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercitan", por lo tanto —en primer lugar— también a las actividades y a las empresas *industriales*.

Inmediatamente después el art. 2196 aplica este criterio sistemático, imponiendo el deber de pedir la inscripción en el registro de las empresas "dentro de treinta días del inicio de la empresa" a cada "empresario que ejercita una actividad **comercial**", primero entre todos, como se acaba de decir, al empresario *industrial*.

No importa cuál sea la extensión a reconocer en la calificación de "comercial", en el sistema del Código Civil de 1942, está confirmada y autorizada indiscutidamente, por la misma *Presentación* del ministro de Justicia, en la cual sin términos medios está escrito que "el nuevo Código hace seguir al estatuto de la empresa

agrícola el especial estatuto de la empresa comercial, categoría que comprende no sólo a las empresas que ejercitan una actividad intermediaria, sino además a las empresas **industriales**, bancarias, aseguradoras, de transporte y a toda otra empresa que ejercita una actividad auxiliar de las precedentes³¹.

Aquella del legislador de 1942, quien conservó la calificación de "comercial" a las actividades y a las empresas *industriales*, que en otro verso asumían una posición primaria en el sistema codificado, fue una elección hecha con ojos bien abiertos, también sobre la tradición remota, si es verdad que el mismo ministro de Justicia advirtió: "así haciendo el Código (...) se fusiona a la tradición italiana del derecho comercial"³².

Esta permanente "comercialización" reconocida en el Código vigente a la actividad y a la empresa industrial no responde solamente a una modesta y, finalmente, insignificante (o, tal vez, sin más "errónea") "elección lexical" hecha por la antigua costumbre de leer el Código de 1882³³; ni desea solamente ofrecer un obsequio servil a los groseros "moldes del ordenamiento corporativo" en los cuales solamente fuese reconocida la "razón histórica" de esta sobrevivencia (ojalá junto a la frecuente dificultad inconciente de olvidar las fórmulas del viejo Código abolido)³⁴.

³¹ Presentación (...) del ministro de Justicia (Grandi) presentada (...) para la aprobación del texto del Código Civil, 901.

³² Ponencia, loc. cit.

³³ Es el parecer de Galgano, *Diritto commerciale*, I, 54.

³⁴ Lo sostiene Bracco, *L'impresa*, 142 s.

En realidad este vocabulario jurídico (y cuando se dice "vocabulario" se entiende estar aludiendo, no tanto a una mera tradición lingüística, sino más bien a una tradición de sistema y de pensamiento) se ha mostrado muy sólido porque es mucho más antiguo que las fórmulas codificadas aunque no tan recientes y justamente, por causa de esta longevidad, ha permanecido también indemne a través de la Revolución industrial.

Hoy en día aún se habla de derecho *comercial*, incluyendo además la disciplina de las empresas *industriales*, no obstante que el comerciante y el acto de comercio hayan perdido, en el sistema normativo vigente, aquella centralidad que los viejos códigos reconocían y proclamaban, porque en torno al comercio y al comerciante, por siglos, se ha ido formando y consolidando aquella vasta y articulada área del ordenamiento y de la ciencia jurídica que tal vez hoy día podríamos llamar mejor *derecho de la empresa* (y en la cual las normas y los principios atingentes al *comercio*, en el estricto sentido de la palabra, ciertamente ocuparían un lugar completamente secundario).

Ahora daremos una mirada a este extenso proceso de formación y de consolidación: el panorama que así descubriremos nos servirá, no tanto para disfrutar de un reencuentro con el pasado, sino más bien para permitirnos una comprensión más correcta del sistema vigente y de sus caracteres fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, en *Rivista Italiana per le Scienze*

- Giuridiche*, 1952-53, 36 ss. ed en ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 7.
- _____, *Natura e posizione del diritto commerciale*, en ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 127 ss.
- BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, rist., Padova, 1966.
- BUNOCORE, voz *Imprenditore-diritto privato*, en *Enc. dir.*, vol. XX, 515 ss.
- CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industrial*, 3a. ed., Bologna, 1980.
- FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, 10a. ed., Milano, 1966.
- FERRI, voz *Diritto commerciale*, en *Enc. dir.*, vol. XII, 921 ss.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.
- GROSSI, "La scienza del diritto privato" -Una rivista- progetto nella Firenze di fine secolo, Milano, 1988.
- JAEGER, *La nozione d'impresa dal Codice allo Statuto (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 65)*, Milano, 1985.
- LANDES, *Cambiamenti tecnologici e sviluppo industriale nell'Europa occidentale, 1750-1914*, en *Storia economica Cambridge*, trad. It., VI, 1, Torino, 1974, 296-650.
- MORI, *La rivoluzione industriale*, Milano, 1972.
- PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- ROTONDI, *Diritto industriale*, 5a. ed., Padova, 1965.
- SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale -lezioni introduttive*, 2a. ed., Torino, 1980.
- _____, *Un illustre (e apparato) foglio giuridico*, en *Quaderni fiorentini*, 16 (1987), 665-715.
- SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico (1806-1808)*, Milano, 1982.

- SORDELLI, voz *Diritto industriale*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. V, 86 ss.
- TETI, *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FUNCIÓN DEL MERCANTE MEDIEVAL

I. UNA SOCIEDAD CON MUCHAS EXIGENCIAS

El tentativo de reconstruir los *lineamientos* y la *historia* de aquel sujeto típico que fue el *mercante* (las huellas de su presencia hegemónica aún están legibles –como acabamos de ver– en nuestro sistema codificado vigente) debe partir desde la sociedad *comunal*: no por vana reverencia a una cronología canonizada, sino justamente porque desde la Baja Edad Media *comunal* (que precisamente también suele definirse *mercantil*) aquella historia se inició y después prosiguió –con sustanciales características de continuidad¹– hasta la gran crisis determinada por la Revolución industrial².

¹ Aquella de la *continuidad* es una categoría sobre la cual se podría discutir tanto: quien deseara profundizar puede recurrir a Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, 51 ss.

² Lo hemos ya notado (*cf. supra* cap. I), también desde la base de una observación de Cipolla (nota 21 del mismo capítulo).

De modo totalmente convencional y sin indulgencia a simbolismos sin significado³, podríamos poner como término inicial el Año Mil⁴, o con un poco menos de precisión cronológica, el así llamado “renacimiento medieval”⁵: aquel “punto crítico”, por lo tanto, que en Italia marcó la transición a la Edad de las *comunas*.

A los ojos del jurista –por su “vocación” más atento a los cambios que inciden en los grandes contextos de la convivencia colectiva y sobre las “reglas” que la gobiernan– aquel tránsito marcó sobre todo el *paso* desde una sociedad “*cortesana*” a una sociedad *urbana*. La *curtis*, la corte (de la que deriva el adjetivo que hemos usado, muy conocido a los “especialistas”, tal vez un poco menos conocido a quienes no lo son) fue por siglos el sitio cerrado en el cual se había desarrollado todo: la vida de los hombres, su trabajo, la producción, el intercambio (sobre todo el trueque), el consumo⁶.

³ Algunas consideraciones ya las hemos hecho en otro lugar: Santarelli, *L'esperienza giuridica*, cit., 73 ss.

⁴ Para profundizar el tema, a propósito de realidades y mitos de la historia milenaria se puede leer Duby, *L'Anno Mille*.

⁵ De este periodo y de su significado escribió algunas páginas aún hoy recomendables Calasso, *Medio Evo del Diritto*, 345 ss. A este análisis, en cierto modo “clásico”, se deben agregar algunos instrumentos didácticos más recientes para los cuales, indispensablemente, se debe recurrir a: Padoa Schioppa, *Il diritto*, 195 ss.; Grossi, *L'ordine*, 144 ss.; Cortese, *Il diritto*, I, 351 ss.; 5 ss., 247 ss.

Naturalmente no nos corresponde a nosotros discutir aquí la (*discutidísima*) categoría historiográfica de “renacimiento”, a la cual dedicó algunas gustosas páginas Febvre, *Come Jules Michelet inventò il Rinascimento*.

⁶ Bloch, *La società feudale*, 82 ss.; Luzzato, *Storia economica d'Italia – Il Medioevo*, 88 ss.; Fumagalli, *Terra e società nell'Italia Padana*, 25 ss.;

Fue una sociedad ciertamente muy pobre, con una economía que bien puede definirse “de sobrevivencia”, sin embargo fue también una sociedad internamente *equilibrada*: no sólo en el sentido que todos habían compartido –salvo pocas (y no siempre grandes) excepciones– un mismo estado de indigencia⁷, sino también en el sentido de que cada uno con su propio trabajo y el de los “suyos” –intenso, pero suficientemente versátil– había sido capaz de proveerse las pocas cosas que le permitían –es el caso decirlo– “ganar para el puchero”. No hubo, en una sociedad así constituida, la necesidad de una profunda diferenciación de las funciones.

Toda comunidad, aunque a duras penas, se valía por sí misma: todos sus integrantes juntos se procuraban lo necesario con su propio trabajo, sin necesidad –o, digámoslo mejor, sin posibilidad– de proveerse en otro lugar aquello que *in loco* (*en ese lugar*) no se podía producir⁸; en este sentido –que no tiene nada que ver con la idea de opulencia que ciertamente no conocieron– los historiadores suelen decir que la *corte* fue *autosuficiente*.

En un contexto similar la función mercantil era necesariamente marginal: la función, por así decir, de quien

Cherubini, *Agricoltura e società rurale nel Medioevo*. Para los perfiles más jurídicos, Grossi, *Le situazioni reali*, 64 ss.; Id., *Ordine giuridico*, 87 ss.

⁷ Un diseño muy general en Mollat, *I poveri nel Medioevo*, 29 ss.

Sobre identificación alto-medieval entre “pobre” y “campesino” Le Goff, *I contadini e il mondo rurale nella letteratura dell'alto Medioevo*, en Le Goff, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, 99 ss (partic. 108 ss.).

Observaciones de método y consideraciones generales, en Mazzi, *Note per una storia dell'alimentazione nell'Italia medievale*.

⁸ Cherubini, *Agricoltura e società*, 8.

fuera profesionalmente dedicado a comprar para revender, *intermediario* en el *mercado*, entre una *demanda* y una *oferta* particularmente intensas y capaz de operar entre lugares muy distantes entre sí generando oportunidades de ganancia a veces también importantes.

El panorama cambió profundamente en la sociedad urbana de la edad comunal⁹. Por razones directamente ligadas a la *estructura* misma de esta sociedad, primero que todo: si en la sociedad rural y fragmentada de la corte feudal cada *casa*¹⁰ había sido capaz de proveerse lo poco necesario para la vida (cuando más se había recurrido a la artesanía para la confección de algunos utensilios), en la ciudad nadie, concretamente, tenía posibilidad de producir todo lo necesario para el propio consumo, las funciones se venían especializado necesariamente (o, si se prefiere, el trabajo necesariamente se dividía), y el *mercado* se imponía así como componente *esencial* de esta "nueva" sociedad, como instrumento imprescindible para volver a dar a *todos* mediante el *intercambio*, aquella disponibilidad de *bienes* que en la *corte* había sido fruto "natural" del trabajo mancomunado.

A esta razón fundamental, vinculada desde la raíz al modelo de vida urbano, se agregaron otras razones para hacer aún más fuerte el mercado de la ciudad co-

⁹ Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 163 ss.

¹⁰ La *casa*, en la sociedad agraria alto medieval también fue protagonizada por la experiencia jurídica: la costumbre, hecho de formación dominante, fue frecuentemente *consuetudo fundi* (la tradición establecida en sectores agrícolas), *consuetudo casae fundi* (la tradición establecida para la adquisición de viviendas en sectores agrícolas).

munal. Eran motivos, por así decir, "*culturales*", relacionados más a la *mentalidad* colectiva que a la simple y objetiva estructura de la sociedad.

El triunfo político y social de una clase burguesa y ciudadana, con su peculiar escala de valores, también tuvo consecuencias revolucionarias en el campo económico. Esta nueva escala de valores determinaba nuevos tipos de deseos y el suceso económico de las nuevas clases daba a estos deseos el soporte de un notable poder de adquisición. Si las últimas consecuencias de la historia de la ciudad medieval fueron así de diferentes a las de la historia de la polis griega, de la *urbs* (*ciudad*) romana o de la ciudad china, fue porque dependió en gran parte de los niveles y estructuras de demanda efectiva que, al reflejar peculiares valores culturales, eran sustancialmente favorables al desarrollo mercantil, manufacturero y tecnológico¹¹.

Todas estas exigencias, diferentes entre sí, pero cada una eficaz en su género, componían una interrogante más que considerable, que en el mercado de la ciudad debía encontrar, y de hecho así fue, la respuesta a una oferta adecuada.

A todo esto es necesario agregar, como factor no secundario de crecimiento, sea de la oferta como de la demanda, el enorme aumento de la movilidad social en la Edad comunal, respecto de la feudal. En esta última fueron modelos típicos de comportamiento colectivo —y por lo tanto, "fuerzas fundantes" del ordenamiento

¹¹ Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 167.

jurídico—la *stantia* (*estadía*), la prolongada *manentia* (*permanencia*) en el fundo que mejorar y que cultivar y del cual en varios modos finalmente “apropiarse”, en virtud de tal permanencia y de la *melioratio*¹² (*mejoramiento*).

En la Edad de las comunas (y de los mercantes), en cambio, el viajar por tierra y por mar, se hizo común y corriente no únicamente como comportamiento de una elite, sino como hecho habitual y en algún modo “de masa”: las Repúblicas marítimas y las Cruzadas pueden ser consideradas como síntomas típicos (e imponentes) de este nuevo y diferente modo de ser del hombre en la baja Edad Media. Y el mercante fue ciertamente entre aquellos que hicieron, al máximo, de la movilidad una de sus características esenciales¹³.

Este auténtico cambio absoluto de perspectiva vital y esta transición de un ideal de vida estática a uno de movimiento más fácil y desenvuelto tuvieron como “natural” consecuencia la necesidad y al mismo tiempo la posibilidad de disponer de una masa mayor y más diversificada de bienes, lo que se tradujo, por lo tanto, en un estímulo potente para el mercado¹⁴.

II. TANTOS PRODUCTORES PARA UN SOLO MERCADO

Aquello de las ciudades comunales fue entonces un mercado muy fuerte. El volumen de la demanda era

¹² Grossi, *Situazioni reali*, 95 ss.

¹³ Con consecuencias puntuales también sobre un plano específicamente jurídico: Piergiovanni, *Il Mercante e il Diritto canonico*.

¹⁴ Un *riepilogo* crítico de muchos debates fue hecho por Hibbert, *Le origini del patriziato urbano medievale*.

alto por razones *objetivamente* vinculadas a la estructura urbana y por motivos más propiamente “culturales”: en síntesis, podríamos decir que una sociedad vivaz traducía las propias exigencias (necesidades y deseos) en términos de una demanda sostenida y diferenciada.

La satisfacción de esta demanda fue confiada a una pluralidad de pequeños productores artesanales, normalmente propietarios de sus propios instrumentos de trabajo, que laboraban en sus “talleres” valiéndose de un limitado número de colaboradores (familiares o dependientes). Este trabajo artesanal, frecuentemente de óptima confección, era, sin embargo, por cada taller individual, absolutamente insuficiente en cantidad respecto de las imponentes exigencias del mercado. El artesano individual no era capaz de disponer de sus propios capitales, necesarios para el completo ciclo productivo (abastecimiento de las materias primas, pago del personal asalariado) y para las sucesivas operaciones de “comercialización” del producto final (gastos y riesgos de la bodega, transporte y otros)¹⁵.

En suma, entre la demanda —imponente por cantidad y exigente por calidad— y la oferta —técnicamente buena, pero fragmentada en una multitud de pequeños productores— había el riesgo de crear una tal discontinuidad, que habría hecho imposible la formación de un mercado.

¹⁵ Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 79 s., 130 ss.; Galgano, *Storia del diritto commerciale*, 31 ss.; Greci, *Forme di organizzazione del lavoro nelle città italiana*, 92 ss.

III. LA INTERMEDIACIÓN COMO FUNCIÓN EMPRESARIAL

Si la sociedad comunal no corre este riesgo de discontinuidad y de incoherencia entre demanda y oferta, y el mercado que se formó fue tan floreciente, se lo debe precisamente al *mercante*.

El mismo nombre con el cual este personaje típico fue y es designado exige una aclaración preliminar. En nuestro vocabulario común y corriente con el término *mercante*, y su moderno sinónimo *comerciante*, se suele definir a aquel que ejercita *profesionalmente* la actividad de comprar para revender (entre empresarios, en el caso del comercio mayorista; de empresarios a consumidores en el comercio detallista). La suya es una actividad que se interpone entre dos términos diferentes y al mismo tiempo funcionalmente *complementarios*: por una parte la *producción* y por la otra el *consumo*.

Respecto de la *producción* (agraria o industrial, hoy esta última prevalece sobre la primera), sin embargo, el *comercio* adquiere una función *instrumental*, como medio de conexión entre la producción misma y el consumo: por decir todo esto en una sola palabra, los *economistas* hablan de *comercio* (y de servicios) como de sector terciario respecto de la agricultura y de la industria. La demanda (que el comerciante satisface directamente con su oferta en el mercado detallista) se forma sobre la base de las necesidades, reales o inducidas, que el productor estimula (por ejemplo, con la publicidad) y después confía al comerciante para satisfacerlas directamente.

Si partiésemos de esta idea *nuestra* de *terciarización* de la función comercial, no *entenderíamos* nada de la figura

típica del mercante *medieval*¹⁶, quien fue mucho más que el ejecutor de una función terciaria. Fue, por el contrario, aquel que —usando una terminología moderna— “*analizó el mercado*” para averiguar la demanda potencial, en términos de calidad y cantidad, previendo su evolución. Sobre la base de esta previsión el mercante encargó la producción a los artesanos *dirigiendo* las varias etapas de la elaboración confiada muchas veces a diversos talleres. Después *almacenó* el producto y lo *introdujo* en el mercado (naturalmente no sólo en el de la propia ciudad, sino también en aquellos —a menudo también muy *lejanos*— en los cuales la demanda era más vivaz y por consiguiente la ganancia podía ser más abundante).

De todas estas operaciones el mercante asumía la *carga* y el *riesgo*: del análisis del mercado, de la consiguiente elección de las mercaderías a producir, de las modalidades y de los tiempos de producción, de la acumulación de los productos en las bodegas, de su transporte y finalmente de su venta.

Las dificultades *técnicas* eran, como es evidente, diversas y enormes; y requerían gran pericia a quien

¹⁶ Cuando aquí y en otras partes de este curso hablamos de mercante *medieval*, este adjetivo debe ser entendido juiciosamente (*cum grano salis*). Por cierto esta figura nació en el Medioevo (y, más precisamente, en el *Bajo* Medioevo), y por lo tanto es correcto definirla *medieval*. Pero (y aquí está la indispensable atención) con el Medioevo no terminó: adecuándose a la novedad de los tiempos, ésta sobrevivió sustancialmente sin mutación hasta la Revolución industrial. Aquellos comerciantes de los cuales habló el Código de comercio napoleónico (seguido después por aquellos otros Códigos “hijos” y “nietos” suyos) no eran tan diferentes (al contrario, eran muy similares) al *mercante* de la ciudad comunal del Bajo Medioevo.

debiera afrontarlas y superarlas. No menor era el riesgo económico: un error en el análisis de mercado y en las previsiones de venta; un defecto en la dirección de la producción, que habría aumentado sus costos o prolongado sus tiempos; un exceso de mercaderías en la bodega, que habría inútilmente inmovilizado cantidades también enormes de capital, o –por el contrario– una carencia de las reservas que habría hecho imposible satisfacer un aumento repentino de la demanda obteniendo ganancias: eran todos peligros (y peligros graves) a los cuales el mercante estaba expuesto cotidianamente.

El mercante, y sólo él: no los artesanos-productores, que se limitaban a ejecutar los trabajos confiados a ellos, cobrando al mercante el pago pactado y quedando así ajenos a aquello que hoy llamamos riesgo de empresa (pero obviamente esta indemnización se compensaba con la pérdida de una parte importante de su potencial remuneración a favor del mercante).

Esto significa que de todos aquellos que a varios títulos y con diversidad de funciones participaban en el proceso productivo, sólo el mercante tenía efectivamente la calificación de empresario porque sólo a él le competía primero la planificación y después la dirección total del proceso productivo, delegando solamente la ejecución de algunas fases de este proceso a terceros (que como función sustancial asumían el rol de trabajadores a domicilio), y asumiendo –justamente como conviene al empresario– el riesgo económico de todo.

De toda esta situación, es decir, del hecho que sólo al mercante correspondía la función (y la consiguiente

calificación) de empresario, existen precisas y convincentes verificaciones. Nos limitamos a plantear una, particularmente puntual. Es sabido que entre todas las Comunas italianas, Florencia, fue aquella en la que, tal vez más que en cualquier otra, la organización corporativa tuvo relevancia constitucional, tanto que precisamente allí se habla de *Comuna de las Artes*. Entre todas las Corporaciones una de las principales, si no la más importante, fue el Arte de la Lana que constituyó la actividad fundamental en el mercado florentino¹⁷.

El estatuto del Arte de 1317 dicta muchas reglas, de donde se desprende un cuadro muy exacto del tipo de relaciones entre los “laneros” y aquellos que intervenían como trabajadores autónomos, en las diversas fases de la elaboración de los tejidos. En primer lugar era un principio fundamental (y primer instrumento de incomparable superioridad económica del mercante sobre los fabricantes menores) que estos últimos debieran estar sometidos a la jurisdicción del Arte¹⁸, puesto que esta inclusión autoritaria ciertamente no equiparaba a quienes, de hecho, eran (en las relaciones económicas y de producción) tan diferentes.

Esta situación es verdadera a tal punto que los “ocho hombres buenos legalmente pertenecientes al Arte”, que cada semestre eran electos en el Consulado (es decir, en el gobierno de la Corporación), debían ser ya no

¹⁷ Hoshino, *L'Arte Della Lana in Firenze nel Basso Medioevo*.

¹⁸ Estatuto del Arte de la Lana, libro IV, rubrica II. De los tintores, tiradores, hiladores, bataneros y curtidores que están bajo del Arte de la Lana (*Quod sub arte lane tintores, tiratores, affetatores, gualcherarii et conciatores existant*).

hiladores, ni tejedores, ni tundidores, ni tintoreros u otros símiles, sino "laneros" que produjeran (en el tradicional sentido de dirigir, en vista de la producción, el trabajo de los artesanos) cada año más de cien "paños florentinos" (más allá que ser "guelfos y fieles de la sacrosanta iglesia romana"¹⁹, lo que en la Florencia de aquella época era superfluo decir).

El mismo Estatuto de 1317 dicta muchas otras normas: para disciplinar la relación (contrato de obra o de arrendamiento) entre "laneros" y tejedores²⁰, lavadores, tintoreros, curtidores²¹ o tiradores²²; para prohibir

¹⁹ Estatuto cit., lib. I, rub. II. Sobre la elección de los cónsules y del notario de dicho Arte (*De electione consulum et notarii dicte artis*).

(...) ocho hombres buenos y legales de dicho Arte, que fabriquen lanas, en cada año y por cada año, en medida superior a cien paños florentinos, y que sean Güelfos y fieles de la Santa Romana Iglesia (*octo bonos et legales homines dicte artis, lanifices facientes, anno quolibet et pro quolibet, centum pannos florentinos ultra, guelfos et fideles sacrosante romane Ecclesie*).

²⁰ Estatuto cit., lib. II, rub. LXVIII Que ningún lanero dé o haga dar ninguna tela a ningún tejedor para tejerla a menos que no fuera entregada por medio de los mismos laneros en las casas de aquéllos. (*Quod nullus lanifex det vel dari faciat aliquam telam alicui tessitori ad texendum, nisi orditam per ipsos lanifices in eorum domibus*) y LXVIX (*Quod tessitores teneantur resignare peneros*).

²¹ Estatuto cit., lib. I, rub. XII Que los laneros sean obligados a satisfacer a los tintores y a los curtidores de paños largos. (*Quod lanifices teneantur satisfacere tintoribus et conciatoribus de annis longis*) y XIII De la elección de algunos oficiales para los daños ocasionados por la tinturación de los paños y por las demás tareas de dicho Arte. (*De electione quorundam officialium super dampnis datis in tintura pannorum et aliorum misteriorum dicte actis*).

²² Estatuto cit., lib. III, rub. XLIV Que los tiradores de los paños florentinos sean obligados a suavizar todos los paños que tirarán. (*Quod tiratores pannorum florentinorum teneantur pianere omnes pannos quos tirabunt*).

a los curtidores²³ y a los hiladores²⁴ vender sus paños terminados (es decir, de usurpar el sitial privilegiado y lucrativo de los mercantes); para imponer (no de modo muy diferente a como se hace hoy y por razones no tan diversas) la agregación de una "ficha" a los fardos de lana mandados a hilar en el taller del tejedor²⁵, o de registrar en un libro específico –a cargo del tintorero– cada partida enviada a él para teñirla inmediatamente después de haberla recibido²⁶; y finalmente para vetar a los laneros la concesión de préstamos a quien trabajaba para ellos²⁷, en especial a los tintoreros²⁸.

²³ Estatuto cit., lib. II, rub. XXVII Que los curtidores no puedan vender o mostrar paños. (*Quod conciatores non possint vendere vel monstrare pannos*).

²⁴ Estatuto cit., lib. II, rub. XLVII Que no se dé lana para ser hilada. (*De non mittendo lana ad filandum*).

(...) Y que nadie vaya a comprar o bien encargue comprar algún paño o algunos paños a una hiladora o a un hilador. (*Et quod nullus vadat vel mittat ad acquirendum aliquem pannum vel pannos ab aliqua vel filatore*).

²⁵ Estatuto cit., lib. II, rub. XLVI De la escritura, sobre cualquier fardo o montón o ruma de lana dada para hacerla hilar, en pequeñas fichas que indiquen el nombre y el apellido del propietario y el peso de la lana. (*De scribendo super qualibet pesa lane, staminis et accie ad filandum, in quibusdam cedulis parvis, nimina et pronomina illius, cuius fuerit, et pondus*).

²⁶ Estatuto cit., lib. III, rub. XLIII Que los tintores sean obligados a fichar todos los paños inmediatamente después que los hayan recibido para teñirlos. (*Quod tintores teneantur omnes pannos et alia scribere statim, quando eisdem data fuerint ad tingendum*).

²⁷ Estatuto cit., lib. II, rub. XLVIII Que los laneros no hagan préstamos a quienes trabajan para ellos. (*De non mutuando laboratoribus per lanifices*).

²⁸ Estatuto cit., lib. II, rub. XLVIII Que los laneros no hagan préstamos de una cierta cantidad de dinero a los tintores. (*De non mutuando tintoribus per lanifices aliquam quantitatem pecunie*).

Estas normas nos prueban dos hechos a los cuales ya nos habíamos referido: por un lado, la *dependencia* del cuadro *forzosamente* unitario del único Arte, de los *trabajadores* a domicilio (hiladores, tejedores, tintoreros, lavanderos, tiradores y así sucesivamente) de los *empresarios* laneros; y por otro lado, la autonomía técnica y jurídica de aquellos que cumplían solamente la fase de la elaboración de los paños de lana (hiladuría, tejeduría, tintorería, etc.) respecto del mercante-empresario, en cuyo interés y bajo cuya dirección todos prestaban su servicio: por lo tanto, talleres separados y contratos separados, en los cuales se intercambiaba (como en cada contrato de trabajo autónomo) la realización y el resultado de un trabajo con un pago en dinero (en proporción este último, no al tiempo empleado, sino a la cantidad de trabajo proporcionado, en peso o medida).

Que esta fuese la situación, y cuanto ésta apareciera en la práctica insoportable –por vía de la sumisión contemporánea de todos a un único Arte, exclusivamente hegemonizado por los “laneros”, y por vía de la autonomía de las relaciones laborales que exponía a los trabajadores, al juego aparentemente “libre” y sustancialmente desigual del mecanismo contractual– se vio claramente cuando estalló el Tumulto de los Ciompi en 1378, cuyo resultado más vistoso, aunque provisorio, fue el de hacer institucionalmente autónoma el arte de la curtiembre clasificada en el Arte XXII (constituida justamente entonces), y en la XXIII aquellas –menores, pero relevantes, en el sistema de la producción lanera– de los cardadores, enjabonadores, peinadores, tejedo-

res y lavanderos, mientras en la XXIV (e ínfima) viene recogida “la masa de los obreros laneros inferiores”²⁹.

Este episodio es la contraprueba, sea de la *instancia* de liberación, difundida y profunda entre los artesanos que prestaban su obra en la elaboración de los tejidos de lana, así como del *hecho* –para nosotros sumamente *relevante*– que se trataba, precisamente, de trabajadores *autónomos* (“trabajadores a domicilio”, como también los habíamos llamado nosotros según la terminología moderna), que *no* pertenecían a una *estructura* empresarial *unitaria*, similar a aquellas que después se afirmaron en la moderna Edad industrial, y que estaban desprovistos –ya sea de *hecho*, sobre el plano económico y de la función social, así como desde un punto de vista más exquisitamente *jurídico*– del *estatuto* propio del *empresario*.

Todo esto explica y documenta aún mejor lo que dijimos en el capítulo anterior para ilustrar aquella sucesión legislativa que va desde el *Código de Comercio* napoleónico al *Código Civil* italiano de 1942: caracterizada, en el plano de las disposiciones jurídicas, por el paso de la noción de comerciante a aquella de empresario, a través de la mediación del acto de comercio (*Código de Comercio* italiano de 1882); y, sobre el plano de las estructuras económicas y sociales subyacentes, por la Revolución industrial.

La tradición secular de la que acabamos de hablar determinó que se mantuviese el *centro* de gravedad del entero *sistema* en una declarada definición de “*comercial*”; ocurrió así, por ejemplo, que durante la vi-

²⁹ Doren, *Le arti fiorentini*, 216. Ver también Rodolico, *I Ciompi*.

gencia del Código de 1882, cuando también en Italia ya se daban los primeros pasos de aquella Revolución industrial, que en otros lugares había echado raíces profundas y dado frutos vistosos, algunos *juristas*, por otros aspectos también atentos a la realidad de los hechos circundantes, continuaron con sutiles elaboraciones *dogmáticas*, todas destinadas al solo objetivo de definir *comercio*³⁰ sin ninguna atención en el naciente fenómeno de la empresa industrial.

IV. UN "OFICIO" CON MUCHOS ROSTROS

Una última cosa hay que agregar, para completar el perfil, si bien apenas esbozado, del *mercante*: un dato tal vez secundario, pero no del todo inútil para entender el significado y la función de este protagonista único de una etapa tan larga. Y es que el mercante —precisamente a través de aquello que era su comportamiento típico, su función específica en el mecanismo de la producción y del intercambio— no estaba necesariamente siempre ligado a un solo tipo de mercadería. La lana, la seda, el comercio de las especias, el cambio, el crédito, eran todos sectores, en los cuales el mercante indiferentemente se podía involucrar en ocasiones diversas, o también contemporáneamente, en los diferentes lugares (a menudo muy distantes entre ellos), en los cuales desarrollaba la propia actividad mercantil³¹.

³⁰ Calamandrei, *Definizione del Commercio*.

³¹ Doren, *Le arti fiorentini*, 193; Saporì, *Il mercante italiano nel medio evo*, 4 s.

La cosa no debe ni maravillar ni aparecer extraña. Basta pensar en aquella que era la función específica del mercante: no la de producir, y por lo tanto no la de resolver los miles de problemas técnicos conectados al trabajo de producción, diversos para cada tipo de mercancía; sino, más bien, la de conocer el mercado y prever sus desarrollos, la de disponer de los capitales necesarios o proveerlos con operaciones de financiamiento oportuno, la de organizar la producción y controlar sus éxitos, la de almacenar el producto terminado, y, en fin, la de ponerlo en el mercado en los tiempos y en los lugares para él más oportunos. Respecto de éstas que eran *sus* operaciones típicas, la específica naturaleza de la mercadería, objeto de sus tráficós, era casi una variable *irrelevante*: por esto el mercante demostró tanta versatilidad.

Si deseáramos hacer un parangón, tal vez un poco arriesgado, pero no arbitrario del todo, podríamos recordar al moderno *manager* de industria: también él tiene una función primaria e infaltable que desarrollar: organiza, planifica y dirige el trabajo de todos aquellos que operan al interior de una cierta estructura de producción; pero también él, como el mercante de un tiempo, no es personalmente capaz de producir ni de conocer las técnicas de producción; y, justamente por esto, el desarrollo —correcto y eficaz— de su tarea es independiente del tipo de mercadería en que opera la empresa dirigida por él. Aquella del *manager*, así como la del *mercante*, es —se diría— *empresarialidad* "en estado puro".

Ahora estará claro —y podríamos tal vez también evitar esta conclusión aparentemente agobiadora— que

cuando, desde el título de estas lecciones, hemos utilizado el término "mercante" en lugar de aquel, que parecía más "moderno" y corriente, de "comerciante", no lo hicimos por resaltar nuestro discurso con un vano y malo arcaísmo. En realidad —si se entiende correctamente— mercante quiere decir otra cosa y mucho más que comerciante, este último es un simple intermediario entre la producción y el consumo, el primero es el que dirige e impulsa la totalidad del proceso productivo y distributivo, capaz de llevar a cabo tareas y funciones muy difíciles y tan diferentes entre ellas.

Finalmente, jamás habríamos podido emplear, refiriéndonos a la "edad del mercante", el término moderno de "empresario", que habría terminado simplemente no significando nada y llevado al lector irremediabilmente fuera del argumento.

BIBLIOGRAFÍA

- BLOCH, *La società feudale*, trad. it., Torino, 1965.
 CALAMANDREI (RODOLFO), *Definizione del Commercio*, Firenze, 1986.
 CALASSO, *Medio Evo del Diritto - I - Le fonti*, Milano, 1954.
 CHERUBINI, *Agricoltura e società rurale nel Medioevo*, Firenze, 1972.
 CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industrial*, cit.
 DOREN, *Le arti fiorentini*, trad. it., Firenze, 1940.
 DUBY, *L'Anno Mille - Storia religiosa e psicologia collettiva*, trad. it., Torino, 1976.

- FEBVRE, *Come Jules Michelet inventò il Rinascimento*, in Febvre, *Problemi di metodo storico*, trad. it., Torino, 1976, 55 ss.
 FUMMAGALLI, *Terra e società nell'Italia Padana - I secoli IXe*, Torino, 1976.
 GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit.
 GRECI, *Forme di organizzazione del lavoro nelle città italiana tra età comunale e signorile*, en *La città in Italia e in Germania nel Medioevo: cultura istituzioni, vita religiosa*, gestionado por ELZE-FASOLI, Bologna, 1981, 81, ss.
 GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giurídica medievale. Lezioni di storia del diritto*, Padova, 1968.
 _____, *L'ordine giurídico medievale*, Roma, Bari, 1995.
 HIBBERT, *Le origini del patriziato urbano medievale*, in *Città, storia, società*, a cura di ABRAMS-WRIGLEY, trad. it., Bologna, 1983, 93 ss.
 HOSHINO, *L'Arte Della Lana in Firenze nel Basso Medioevo. Il commercio della lana e il mercato dei panni fiorentini nei secoli XIII-XV*, Firenze, 1980.
 LE GOFF, *I contadini e il mondo rurale nella letteratura dell'alto Medioevo*, en LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, trad. it., Torino, 1977.
 LUZZATTO, *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, 2a. ed., rist., Firenze, 1963.
 MAZZI, *Note per una storia dell'alimentazione nell'Italia medievale*, in *Studi di storia medievale e moderna per Ernesto Sestan*, Firenze, 1980, vol. I, 57 ss.
 MOLLAT, *I poveri nel Medioevo*, trad. it., Bari, 1983.
 PIERGIOVANNI, *Il Mercante e il Diritto canonico medievale*, *Monumenta Juris Canonici, C*, vol. 9, 617-634.

RODOLICO, *I Ciompi. Una pagina di storia del proletariato operaio*, Firenze, 1945 e 1971.

SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale*, cit.

SAPORI, *Il mercante italiano nel medio. Corso di Storia economica*, Firenze, 1945.

WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*.

CAPÍTULO TERCERO

MERCANTES EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL

I. UNA "SOCIEDAD MERCANTIL"

Aquel mercante, de quien tratamos de esbozar un perfil esencial, en el capítulo precedente, participó de protagonista en la constitución –en las ciudades bajo medievales– de una sociedad "*mercantil*". No fueron los mercantes individuales, evidentemente, quienes cumplieron esta obra, sino el mercante como sujeto colectivo, la *clase mercantil*: porque los mercantes fueron –y tuvieron clara conciencia de serlo– una clase, y una clase *protagonista*¹.

Cuando se habla de "*sociedad mercantil*", está bien concordar respecto del significado a dar a este término: por "*sociedad mercantil*" no se entiende simplemente la referencia a una sociedad en la cual hubo muchos mercaderes laboriosos y emprendedores. Si bien es cierto que –en comparación con aquella urbana

¹ Cassandro, *La società mercantile italiana nel Medioevo*.

bajo medieval— la sociedad feudal y agrícola del Alto Medioevo nos aparece casi desprovista de una clase mercantil, pero también es cierto que otras sociedades —aquella romana, por ejemplo— tuvieron una conspicua y muy vivaz clase de mercantes.

Si a estas sociedades no se piensa, con razón, en calificarlas de “mercantiles”, como en cambio se reconoce a la sociedad comunal por consenso unánime, esto depende de consideraciones que tienen que ver no con la “cantidad” del “hecho” mercantil sino con su “cualidad”, con la función que este “hecho” ejercitó en la dinámica de la sociedad comunal.

Ésta fue “mercantil”, y hoy en día nosotros correctamente la consideramos como tal, porque la clase de los mercantes fue protagonista, porque ejercitó en ella una *hegemonía* social, cultural y política muy evidente, plasmando en aquella sociedad —sus “valores”, su “cultura”, su mismo *ordenamiento*— en medida y en conformidad con *sus* valores y con *sus* mismos intereses.

Cuando, en muchos Comunes, constatamos que el último tramo de su historia está marcado por la asunción por parte de las Corporaciones, de una función primaria y dominante en los contextos políticos y constitucionales², este hecho no nos debe parecer ciertamente casual, es más bien la traducción puntual, en términos de instrumentos jurídicos públicos, de una realidad que había permeado todas las vicisitudes de la civilización comunal.

² De Vergottini, *Arti e Popolo nella prima metà del sec. XIII*; Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 240 ss.

II. DEL CABALLERO (*EQUES*) ROMANO AL MERCANTE MEDIEVAL

La comparación entre sociedad romana, sociedad comunal y postcomunal (sociedad europea preindustrial podríamos decir, extendiendo al máximo el ámbito cronológico de nuestro discurso) amerita ser profundizada.

En Roma, como es de por sí evidente, si se piensa en las medidas extracontinentales asumidas con el tiempo por la estructura política de la antigua *civitas* romana, la actividad comercial tuvo ciertamente proporciones imponentes y un relieve análogo tuvieron aquellos que la ejercitaron.

En este sentido podemos decir que todo el largo itinerario histórico de la sociedad romana muestra algunos caracteres constantes que merecen ser destacados.

Los descubrimientos arqueológicos más recientes parecen confirmar un intenso desarrollo comercial en la Roma de los siglos VI y V a.C., y una sucesiva decadencia vinculada con el fin del predominio etrusco en Italia tratándose, en el plano político, de aquella recuperación de hegemonía de los antiguos grupos gentilicios que caracterizó la instauración de la república.

Al mismo tiempo parece seguro el hecho que sobre todo los intereses comerciales influenciaron la política exterior de Roma hacia fines del siglo III a.C. orientándola, no sin resistencia por parte de los grupos senatoriales más ligados a una concepción estática y “continental” de la comunidad romano-italica, hacia la Primera Guerra Púnica y hacia una expansión transmarina acompañada de la progresiva destrucción de

los centros comerciales capaces de operar una activa competencia. La contemporánea destrucción de Cartago y de Corinto, en 146 a.C., y la institución en Delos, ya en 168, de un puerto libre, que en el curso de un año redujo en un 85% las entradas aduaneras de Rodas, constituyen claras manifestaciones de esta política que marca la primera fase de la expansión extratálica.

Hubo así una larga difusión en el Mediterráneo de *negotiatores* (empresarios) romano-italícos, los cuales dirigían mercaderías y esclavos en Italia, donde el comercio, sobre todo de importación, se alimentaba de las sumas enormes de los impuestos provinciales licitados por los *publicanos*, que era la parte más conspicua y representativa de los caballeros (*equites*).

Estos últimos, que ya en 218 a.C. (y es sintomática la coincidencia cronológica con el inicio de la Segunda Guerra Púnica) había obtenido Claudio con el plebiscito, la exclusión de los senadores de la actividad comercial y financiera, acrecentaron con el tiempo el propio peso también en la dirección de la vida política interna.

Constituidos además en orden (*ordo*) sobre la base censitaria, los caballeros (*equites*) consiguieron desde el primer tribunado de Cayo Graco (en 123 a.C.) el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo menos en el proceso por abuso de poder (*quaestio de repetundis*) e inspiraron en seguida ya sea la guerra Numídica, que tuvo como causa desencadenante la muerte de algunos empresarios (*negotiatores*) itálicos en Cirte, así como las tentativas de reforma de Livio Druso en 90 a.C., para encontrar después decisivos portavoces en Craso y

Pompeyo y cooperar activamente en la parcial destrucción del orden silano. Con iniciativas maduras en ambientes ecuestres, de hecho, están unidos el proceso de Verres y los comandos extraordinarios de Pompeyo en las guerras contra la piratería y mitridática³.

En la edad augusta, en fin, vino reservada al orden ecuestre una estable carrera pública (*cursus*) paralela a aquella senatorial y, a partir de Vespasiano, las más importantes procuradurías (*procuraciones*) del aparato administrativo progresivamente incrementado, mientras que, sólo en la edad de los Severos, tenemos noticias de carreras públicas (*cursus*) mixtas senatoriales-ecuestres.

En época sucesiva la decadencia económica y la crisis monetaria determinaron una progresiva reducción de las actividades comerciales, que se manifestó indetenible, no obstante los muchos y diferentes intentos individuales de los emperadores para promover tales actividades⁴.

Las actividades económicas recibieron muy tarde una adecuada evaluación por parte de la cultura y de la reflexión política romanas, dominadas por una inspiración "griega" y aristocrática, reflejada ya sea en algunos párrafos del *De republica* ciceroniano así como en la constante, si bien confusa, presencia de la polémica contra el lujo (*luxus*) y la avaricia (*avaritia*), que se pue-

³ Gabba, *Riflessione antiche e moderne sulle attività commerciali a Roma nei secoli II e I a.C.*

⁴ Salvioli, *Il capitalismo antico*; Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*; De Martino, *Storia economica de Roma antica*, I, 125 ss, II, 217 ss., 323 ss.

den encontrar en la historia antioligárquica, retomada en particular por Salustio.

En cambio, sobre todo en las oraciones ciceronianas (y, en particular, en las Verrinas y en la *Pro Lege Manilia*), es resaltada la función de los empresarios (*negotiatores*). Además en el *De officiis* tiene lugar la teorización de una *mercatura* (actividad comercial) que, sólo si se practica en medida elevada, puede ser fuente de prestigio social, en cuanto pueda ser aprobada por el derecho (*videtur posse iure laudari*) (1.151)⁵.

Es, esta última, una observación en algunos aspectos ambigua, que puede parecer opuesta a la sincera valorización de los *mercatores* que se lee en las oraciones: eso demuestra por sí solo cuan difícil fue contrastar la preexistente tradición cultural romana.

No obstante sus límites, este tentativo ciceroniano, de abierta defensa de los intereses y de las posiciones del mundo ecuestre, merece ser destacado como señal del contraste existente en la profundidad de la cultura romana, entre el apego a los antiguos cánones agro-militares y oligárquicos de los ciudadanos-senadores-romanos (*cives-patres-quirites*) y la apertura a una más franca valorización de la actividad empresarial (*negotiatio*) y de la clase de aquellos que habían hecho de ésta su elección de vida.

No cabe duda, sin embargo, que el contraste se resolvió a favor de los antiguos cánones romanos: es decir, la sociedad romana, su cultura, su cuadro valórico

⁵ Nicolet, *L'ordre équestre à l'époque républicaine*, Gabba, *Per un'interpretazione politica del De officiis di Cicerone*.

y, en consecuencia, su ordenamiento, se mantuvieron por siempre marcados por esos cánones. Esto no quiere decir que los negociantes-caballeros (*negotiatores-equites*) no fueran una clase de la antigua Roma, ni que no tuvieran gran espacio o éxitos conspicuos en la sociedad romana. Significa, más bien, que a pesar de que fueron ricos y potentes, su poder se mantuvo siempre en un segundo orden respecto a aquel *hegemónico* de los ciudadanos-senadores (*quirites-patres*), titulares de la propiedad *inmobiliaria*⁶.

Sobre la propiedad inmobiliaria la experiencia jurídica romana se construyó con rigurosa coherencia: la propiedad con base en el derecho de los *Quirites* (*dominium ex iure Quiritium*) como poder absoluto y exclusivo sobre la cosa (*res*) ejercido por un sujeto titular de los tres estatus –(*status*) libertad, ciudadanía, familia (*libertatis, civitatis, familiae*)– inherentes a un ciudadano padre de familia libre (*liber civis pater*), que representó la viga maestra de todo el edificio del ordenamiento jurídico privado romano⁷.

⁶ Salvioli, *Il capitalismo antico*, 11 ss. Para entender correctamente los juicios de este autor, que a nuestros ojos frecuentemente pueden aparecer muy simplificados, necesita tener en cuenta su pertenencia a esta corriente de pensamiento que suele definirse como "Socialismo jurídico": para profundizaciones útiles, *cfr.* Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli y Giardina, Analogía, continuità e l'economia dell'Italia antica*. Una revisión de estos problemas –muy bien documentada aun que usando lentes diferentes a aquellos de los juristas– fue propuesta por la estudiosa De salvo, *Il giudizio sulla "mercatura"*.

⁷ Basta dirigirse a Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 17 ss.; para ulteriores, y en parte diferentes profundizacio-

Las consecuencias de este modo de ser del ordenamiento romano se advierten claramente en el sistema de las obligaciones, precisamente en lo que concierne a ciertas situaciones contractuales, de por sí típicas de las actividades de los empresarios (*negotiatores*), que habrían podido tener una disciplina autónoma, si los intereses de la clase de los negociantes-caballeros (*negotiatores-equites*) hubieran parecido meritorios a una primera tutela por parte del ordenamiento.

Esto no ocurrió; y no fue una casualidad, ciertamente. Basta pensar en el contrato de arriendo (*locatio conductio*). Fue enseñado con autoridad que "los juristas romanos, a diferencia de los modernos, configuraron el arriendo en un modo unitario, constantemente bajo el aspecto de la entrega de una cosa durante un cierto tiempo a una persona determinada"⁸; y que en la unidad conceptual del arriendo (*locatio conductio*) vino a reunirse una vasta pluralidad de figuras bajo una sola reglamentación⁹.

Así contratos y relaciones obligatorias, en las cuales una de las partes era (no podía no serlo), como nosotros decimos hoy, un "empresario" (si se piensa en las licitaciones, en el contrato de obra, en el transporte) no encontraron una colocación autónoma como contratos y relaciones específicamente "comerciales", sino

nes, ver Capogrossi-Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, vol. I.

⁸ Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, 511 ss. (el párrafo citado se lee en la p. 515).

⁹ Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, 47-102; Id., voz *Locazione-Diritto romano*, parte n. 2.

que confluyeron en aquel único e indiferenciado género (*genus*) del arriendo (*locatio*), cuya especificidad remitía a la subjetividad típica del dueño con base en el derecho de los *Quirites* (*dominus ex iure Quiritum*), que concede la simple detención de la cosa (*res*), sobre la cual tiene dominio y posesión (*dominium* y *possessio*) en cuanto dueño (*dominus*).

Esta amplitud del espectro de eficacia del arriendo romano, a la que corresponde la irrelevancia de la posición (y de los intereses *típicos*) del *comerciante* y del artesano (digamos también, comprensivamente: del *empresario*) se debe entender no como una confusión indebida entre situaciones diferentes entre sí, ni como signo de una más alta capacidad de la jurisprudencia romana de percibir homologías objetivas más profundas y más amplias, sobre las cuales construir un sistema más límpido y coherente¹⁰; sino, simple y realmente, como una *homologación* conciente de una vasta serie de situaciones a una —aquella, justamente, del arriendo de la cosa (*locatio rei*)— considerada *típica* más que las otras, es decir meritable de una más intensa *tutela* y capaz de representar el punto de referencia para un vasto género de obligaciones contraídas por consentimiento (*obligaciones consensu contractae*), solamente en virtud de su referencia al padre de familia dueño (*pater-dominus*).

Esta elección de política del derecho, que la experiencia jurídica romana hizo sin dudas ni acomodos,

¹⁰ Betti, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, 219 ss.; Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 345 ss.

no fue dictada por motivos técnicos ni por razones de pura precisión del derecho (*elegantia iuris*): ésta representó la traducción, al interior del sistema romano de los contratos, de aquella hegemonía de la clase senatoria que dejó a los empresarios (*negotiatores*) una función y una importancia social ciertamente secundarias¹¹.

Por esto no tiene sentido hablar de un "derecho comercial romano"¹², no porque no hubiera en Roma relaciones comerciales que regular, sino porque estas reglas fueron elaboradas al interior de un unitario sistema de derecho civil (*ius civile*) construido a medida de una ciudad (*civitas*) cuyos "valores" no correspondían a aquellos de la clase mercantil. Ocurrió precisamente lo contrario a lo que caracterizó la esencia de aquella sociedad urbana de las ciudades comunales del Bajo Medioevo, que suele definirse por antonomasia, *mercantil*, y en la cual surgió y se desarrolló, de modo totalmente *natural*, un derecho de los mercantes (*ius mercatorum*)¹³.

¹¹ Es ahora el caso de recordar que cuando se dice *secundario* no se quiere decir también *pequeño*: aquella de "secundario" es calidad que deriva de una comparación con otro que desea calificar "primario"; *menor*, si se quiere, respecto a otro *mayor*: éste más "grande" que aquél, pero aquél no necesariamente "pequeño".

¹² Ya lo reconocía Golschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, 60 ss.; además se dio una explicación no muy satisfactoria, cuando enseñó que "a su (de los romanos) enérgica tendencia a la abstracción y a la concentración (...) repugnaba absolutamente el pensamiento de una rama especial del derecho regulador del comercio" (60): la cursiva última es del mismo Golschmidt.

¹³ Cassandro, *La società mercantile italiana nel Medioevo*; Galgano, *Storia del diritto commerciale*, 29 ss.

III. LAS RAZONES DE LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS MERCANTES (*IUS MERCATORUM*)

Las premisas que vimos hasta aquí nos permiten entender, en modo adecuado, cuál era, a partir de la experiencia jurídica bajo-medieval, el fundamento que justificaba la existencia de un sistema normativo destinado a regular las relaciones comerciales; es decir, cuál era la *diferencia específica* que individuaba, en el conjunto del ordenamiento jurídico, un derecho especial (*ius speciale*) reservado a los mercantes y a su actividad típica: un "derecho comercial", en suma, adaptado a las exigencias específicas de la *mercatura*.

Cierto, un primer fundamento de este *ius speciale* era de naturaleza *institucional*: la *Corporación*¹⁴ no fue sólo un hecho asociativo relacionado con un objetivo genérico de socorro mutuo o con un objetivo, del mismo modo genérico, de "representación de los intereses" de sus asociados: la Corporación fue *también* esto; pero en primer lugar no solamente esto. La corporación fue, ante todo, una institución provista de un originario poder de deliberación (*potestas statuendi*) no diferente —en el fondo— de aquel del cual fue desde siempre provista la Comuna (municipio) y que había encontrado su Carta Magna (*magna charta*) en el reconocimiento imperial de la Paz de Costanza en 1183.

¹⁴ De Vergottini, *Arti e popolo*, cit.; Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 240 ss.; Thrupp, *Le corporazioni*.

Un poder de deliberación (*potestas statuendi*) de la Corporación, que no se mantuvo estéril ciertamente: los estatutos mercantiles constituyeron un complejo normativo imponente¹⁵, cuya aplicación fue tarea de los propios jueces de las mismas Corporaciones. Al interior de este sistema cerrado en sí mismo –determinado por: la institución corporativa, la potestad normativa, los estatutos que gracias a esta potestad fueron promulgados y la aplicación de estos mismos por parte de los jueces corporativos– se formó paulatinamente un derecho especial (*ius speciale*) propio de los *mercatores*.

Pero esta estructura institucional, la cual también se debe tener muy presente, no tendría ciertamente algún significado, ni habría podido por sí sola determinar el surgimiento del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*) en las ciudades bajo medievales, si este *ius* no hubiese representado la respuesta puntual, orgánica y coherente a un conjunto de instancias que la sociedad advertía en modo igualmente puntual, orgánico y coherente, y del cual era portadora una clase que por su cuenta tenía la autoridad y la fuerza necesarias para imponer soluciones conforme a sus intereses¹⁶.

Por estas razones, ciertamente complejas, pero no contrastantes entre ellas, un “derecho comercial” –como estructura normativa “especial”, destinada a tener vigor gracias a una mayor adecuación a los in-

¹⁵ Calasso, *Medio Evo del diritto*, 431 ss. Ver también Padoa Schiopa, *Giurisdizione e statuti delle Arti*.

¹⁶ Algunas consideraciones “generales” ulteriormente en Santarelli, *L'esperienza giuridica basso - medievale* 31 ss., 89 ss.

tereses de la clase de los mercantes elevados al canon más general de “bien común” – pudo tomar forma y desarrollarse en un sistema. Por supuesto, este desarrollo no hace sucumbir el otro complejo normativo más general, válido para todos los sujetos, mercantes y no mercantes, y para las materias que no tuvieran que ver con la *mercatura*.

También este sistema más amplio estaba en una evolución radical. Una sociedad que transformaba rápidamente sus cánones de convivencia y sus valores fundantes y estaba continuamente adecuando y renovando el propio patrimonio normativo: concurrían al cumplimiento de esta obra: la legislación estatutaria; el esfuerzo gigantesco de la Iglesia de darse un nuevo Cuerpo Jurídico (*Corpus Juris*) para responder a sus exigencias internas como institución tan singular, siempre reformada y siempre en curso de reforma (*semper reformata semper reformanda*), y a aquellas que en el mismo tiempo emergían en el más largo contexto de la sociedad de los hombres; la desenvuelta, desprejuiciada y creativa interpretación (*interpretatio*) que una joven y ya vigorosa ciencia jurídica (*scientia juris*) hacía sobre la “redescubierta” *Compilación Justiniana* y sobre los demás textos normativos (canónicos y estatutarios) para construir un sistema que respondiese, en modo adecuado y coherente, a los problemas siempre nuevos de la sociedad contemporánea¹⁷.

¹⁷ Indicamos aquí, en modo sintético y casi solamente alusivo a los problemas que bien exigirían otra tratación más amplia. La parte “general” de un curso de historia del derecho sirve para dar las nociones preliminares indispensables de esta profundización.

Tal vez podríamos hablar, sirviéndonos del vocabulario jurídico moderno, de “derecho civil”¹⁸ y de “derecho comercial” como dos sistemas diversos aunque conectados entre sí, llamados a formar el conjunto del ordenamiento jurídico privado; diferencia y conexión que encontraban su fundamento en aquellos que fueron los valores fundantes de la sociedad occidental a partir de la Edad de las comunas, primero entre todos el rol protagonista (y a veces también hegemónico) de la clase mercantil sobre la cual pudo poner las propias bases sólidas la autonomía y la “especialidad” del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*).

De todo esto –del hecho que en el ordenamiento debiese haber una *isla autónoma* constituida por el complejo de normas que regulaban la actividad de los mercantes, según principios que fueran coherentes con los intereses de categoría de los mismos mercantes– también la ciencia jurídica tuvo conocimiento muy lúcido.

No sería difícil reconstruir, paso a paso, la historia de esta reflexión. Pero nuestro discurso resultaría, tal vez inútilmente abrumador.

Nos limitaremos, por lo tanto, a un solo testimonio autorizado –eso sí– no únicamente por su peso, sino por el hecho de que éste puede llegar a representar a

¹⁸ Cuando aquí se habla de “derecho civil”, se hace sirviéndonos, como hemos dicho, del vocabulario jurídico moderno; no traduciendo al italiano el término medieval *ius civile* (derecho civil), con el cual se aludía más bien a la *lectura* a la cual los doctores de la *scientia juris* supeditaban el *Corpus* Justiniano. Algunas reflexiones adicionales en Santarelli, voz *Recezione*.

nuestros ojos el resultado significativo de una larga tradición de pensamiento.

Es la voz de Benvenuto Stracca, jurista (oriundo de Ancona) del siglo XVI¹⁹, uno de los primeros que vio el derecho comercial con los ojos de un especialista²⁰, cuando ya este sistema (normativo y no sólo normativo) se había consolidado largamente.

Entre tanto habían cesado –dentro de las estructuras reunidas y autocráticas de los Estados señoriales y principados– aquellas realidades políticas e institucionales (la hegemonía de la clase mercantil y la autonomía de las corporaciones) que habían puesto los fundamentos y las condiciones para la formación del derecho de los mercantes (*ius mercatorum*).

El discurso de Stracca es iluminador para nosotros por dos motivos puntuales. El primero es que la discusión sobre la especificidad del derecho comercial es desarrollada por Stracca, manteniendo inalterable, como punto de referencia, la alternativa entre equidad (*aequitas*), como criterio típico en el ejercicio de la jurisdicción mercantil especial²¹ y la sutileza del derecho (*apices iuris*), como signos de una jurisdicción ordinaria

¹⁹ Chiudano, voz Stracca Benvenuto; Lattes, *Stacca* giureconsulto.

²⁰ Calasso, *Negozio giuridico*, 314 ss.

²¹ Sobre la *aequitas*, en general, en la experiencia jurídica medieval, nos basta remitir a Calasso, que retomó el tema más veces: *Medio Evo del Diritto*, 476 ss.; voz *Equità-premessa storica*; y –en el sentido especial, del cual se razona aquí, de *aequitas mercatorum*– *Negozio giuridico*, 313 ss. Sobre la relación entre *aequitas* y *rigor*, Cortese, *La norma giuridica*, I, 51 ss., 202 ss.; II, 339 ss., 347 ss.

más vinculada a la observancia rigurosa y lógicamente motivada del derecho estricto (*strictum ius*²²).

Era una alternativa que Stracca compartía autorizadamente, pero que ciertamente él no había creado: él la recogía de una larga y ya reconocida tradición de pensamiento. En la cima de la Escuela de los Comendadores²³, en la segunda mitad del siglo catorce, Baldo degli Ubaldi —como abogado y no como teórico del derecho— había advertido que “entre mercantes no es el caso ponerse a discutir sutilezas jurídicas, sino más bien conviene atenerse a la simple verdad de los hechos y a las costumbres mercantiles”²⁴. La especialidad, por lo tanto, no era el

²² Stacchia, *Tractatus de mercatura seu mercatore*, VIII: En qué modo tenemos que proceder en las causas de los mercantes, 1, Se debe observar en sumo grado la equidad en el fuero de los mercantes, y en las causas de ello se debe proceder conforme al bueno y al equitativo rechazando las sutilezas del derecho (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, 1, *Aequitas in curia mercatorum praecipue spectanda est, et ex bono et aequo in causis eorum procedendum reiectis iuris apicibus*).

²³ Calasso, *Medio Evo*, 563 ss.; Bellomo, *Società e istituzioni*, 484 ss.

²⁴ Baldus de Ubaldi, *Concilia*, vol. V, cons. 400, n. 10: entre mercantes no conviene discutir sobre las sutilezas del derecho, sobre la mera verdad y la costumbre mercantil (*inter mercatores non convenit de iuris apicibus disputare, sed de mera veritate et consuetudine mercantie*). Cfr. también Id., *Consilia*, vol. V, cons. 466, n. 4: de la misma manera en las causas de los mercantes, en donde se trata de la buena fe, no conviene discutir sobre las sutilezas del derecho (*item in causis mercatorum, ubi de bona fide agitur, non congruit de iuris apicibus disputare*). Las sutilezas del derecho no eran constituidas necesariamente por el *ius commune*; también con referencia a los estatutos comunales y a la pretendida solemnidad de sus normas sustanciales y procesales el derecho del foro y del mercado (*ius fori et mercati*) podía reivindicar, y de hecho a veces reivindicó, su propia especialidad porque estaba fundado en la costumbre del foro y del mercado (*consuetudo fori et mercati*). Para el Esta-

verdadero e *incalificable* aislamiento de una especie de “subconjunto” normativo convencionalmente referido a una materia específica: era, más bien, una *especialidad* que se fundaba *realmente* en un complejo de exigencias, las cuales de hecho postulaban la formulación de un sistema *autónomo* de principios: lo que Baldo había, casi simbólicamente, recogido en aquella fórmula que contraponía las “sutilezas” teóricas utilizadas por los civilistas, por un lado, y por otro la “simple verdad” y la inmediatez concreta de la “costumbre mercantil”.

Un “contra punto”, éste, que se había consolidado después sin fatigas ni replanteamientos; si pocos decenios después, en el Consejo (*Consilium*) de un canónigo culto y agudo como Andrea Barbazza²⁵, se podía leer que los estatutos mercantiles se fundaban sobre la equidad (*aequitas*)²⁶ y no —se podría agregar— sobre “sutilezas” de los doctores.

El segundo motivo de interés del discurso de Stracca —y no sólo de Stracca, sino de toda la tradición de pensamiento en la que se debe leer y entender aquel discurso —es ofrecido por la relación entre autonomía normativa mercantil y sistema de los intereses merito-

tuto de Bolonia de 1250 ver las observaciones puntuales de Garancini, *Statutum et consuetudo*, 37.

²⁵ Liotta, voz *Barbazza Andrea*.

²⁶ Barbatia, *Consilia*, vol. II cons. XXIX, 5: ...los estatutos de estos mercantes están caracterizados por la equidad... (...*statuta istorum mercatorum innituntur aequitari*...). El discurso sobre la relación *aequitas-lex* en la experiencia jurídica medieval, a desear hacerlo hasta el final, sería en verdad interminable: cotejos mínimos en Calasso, *Equità-premessa storica*; y más difundidos en Cortese, *La norma giuridica*, I, 22, 51 ss., 202 ss., 308.

rios de tutela. La especialidad "objetiva" del *ius mercatorum* se fundaba, por supuesto, sobre la autonomía normativa de las Corporaciones mercantiles: un problema que estuvo vivo en la sociedad comunal, pero que ya se había atenuado en gran parte (si no ya apagado completamente) cuando Stracca componía sus Tratados varios (*Tractatus varii*).

La ciencia jurídica medieval había discutido de eso cuando, interpretando el muy célebre exordio de las *Institutiones* de Gaio –conservado también en D. 1. 1. 9. y leído aquí por los *doctores* del Medioevo²⁷– y construyendo, a partir de este texto, el sistema –complejo y muy articulado– de las *libertates* y de las *iurisdictiones*²⁸, había abordado también el problema de la autonomía normativa de las Corporaciones de los *mercatores* y de los artesanos (*artifices*). Y lo había resuelto con dos sucesivas aproximaciones: la primera, genérica y directamente derivada de la idea misma de autonomía propia de la experiencia jurídica bajo-medieval, se limitaba a constatar que la Corporación mercantil, así como cada colegio lícito y aprobado (*collegium licitum*

²⁷ Gai, *Institutiones*, I, 1, 1 (= D. 1. 1. 9). El fragmento del Digesto era conocido en el Medioevo, según el modo de citación entonces en uso, como 1. *Omnes populi*, ff. *De iustitia et iure*. El texto de las *Institutiones* galianas en su complejo, como todos saben (Arangio Ruiz-Guarino, *Introduzione alle Institutiones*, en *Breviarium Iuris Romani*, 7), fue encontrado por Niebuhr, en un palimpsesto de la Biblioteca capitular de Verona, en 1816 y sólo desde entonces nos es conocido.

²⁸ Un cuadro general de estos problemas es trazado por Calasso, *Ordinamenti giuridici*, 93 ss. Una síntesis más concisa en el mismo Calasso, voz *Autonomia-premessa storica*, en *Enc. dir.*, N. 6. Sobre el problema específico de las *iurisdictiones* se debe ver Costa, *Iurisdictionis*, 138 ss.

et approbatum), podía darse un estatuto en las materias concernientes a sus poderes y que tenían relación con las personas pertenecientes al *collegium* mismo²⁹: era un poco más que una tautología, de cuya pacífica adquisición a la *opinión común* (*opinio communis*) el mismo Stracca nos atestigua bien³⁰.

La segunda aproximación, calificada y motivada de manera diferente, fundaba la potestad normativa mercantil (y, por esto mismo, también la autonomía de un derecho especial de los mercaderes (*ius speciale mercatorum*) sobre el interés que aquella normativa especial buscaba tutelar: un interés, que ciertamente podía ser un genérico y general "interés público"³¹, pero podía también identificar el interés de la clase –"proveer a los mercantes y a las Artes y hacer en modo que el comercio sea

²⁹ Lo afirmó, entre otros, Bartolo da Sassoferrato (Bartolus a Saxoferrato, ad 1. *Omnes populi*, ff., *De iustitia et iure*, D.1.1.9), n. 6: Los Colegios lícitos y aprobados pueden crear estatutos para aquellos asuntos para los que tienen jurisdicción y en la medida en que concierne a los mismos colegiados. (*Collegia licita et approbata in his in quibus habent iurisdictionem et quoad ea quae ad ipsos collegiatos pertinent possunt facere statuta*). Sobre este tema específico se debe ver Padoa Schioppa, *Giurisdizione*, 15 ss.

³⁰ Stracchia, "En qué modo se debe proceder en las causas de los mercantes" (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*), cit., n. 8: ¿Cuál derecho propio podrían constituir para sí mismos los Colegios de los mercantes? (*Collegia mercatorum quod possint sibi ius proprium constituire*), donde se cita la *lectura* de Bartolo a la 1. *Omnes populi* o ahora citada y muchas otras *autoritates*: de Baldo y Angelo de los Ubaldos, de Jasón del Maino, de Bartolomé de Saliceto y así respectivamente y nn. 15 ss.

³¹ Bartola enseñó así, comentando el fragmento de Ulpiano conservado en D. 50.9.4: Bartolus a Saxoferrato, ad 1. *Ambitiosa*, ff. *De decretis ab ordine faciendis*, nn. 21 y 22.

ejercitado mejor— con el *status* de la Ciudad y el “bien público” y hacer de este interés así calificado y “sublimado” el título justificativo de aquel derecho especial (*ius speciale*³²) y —finalmente— llevar a común opinión (*communis opinio*) esta identificación de los intereses de los mercantes con el interés público³³.

La reflexión de la ciencia jurídica cierra el cerco de una experiencia en sí concluida y muy coherente y nos muestra cómo el proceso de formación de un derecho de los mercantes (*ius mercatorum*), autónomo y auto-fundado, no haya sido un hecho accidental, sino haya representado el trámite que el ordenamiento predispuso para tutelar adecuadamente los intereses propios de la clase (mercantil) que tenía fuerza y prestigio suficientes para pretender una tutela tan calificada. Sobre todo los *doctores* pusieron el sello prestigioso de sus lúcidas argumentaciones.

BIBLIOGRAFÍA

AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, LXII (1959), 9-119.

³² Esta fue la intuición lúcida de Francesco Accolti (1416 o 17-1488) llamado el aretino (originario de la ciudad de Arezzo): Franciscus de Aretio, *Concilia*, cons. XXIX, n. 19: Los Estatutos, mediante los cuales se provee a los mismos mercantes y a las artes para que la *mercatura* y las artes sean ejercitadas mejor, concierne la situación general de la ciudad y el bien público (*Statuta per que providetur ipsis mercatoribus et artibus ut melius mercatura et artes exercentur pertinent ad statum civitatis et bonum publicum*).

³³ Stracchia, “*En qué modo se debe proceder en las causas de los mercantes*” (*Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*), cit., n. 49.

- AMIRANTE, voz *Locazione* (en general) — *Diritto romano*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, 991 ss.
- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1966.
- BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, 5a. ed., Catania-Roma, 1991.
- BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, parte I, Padova, 1962.
- CALASSO, *Medio Evo del diritto*, cit.
- _____, *Negoziio giuridico — Lezioni di storia del diritto italiano*, 2a. ed., Milano, 1959.
- _____, voz *Autonomia — premessa storica*, en *Enc. dir.*, vol. IV, 349 ss., republicado en CALASSO, *Storicità dil diritto*, Milano, 1966, 351 ss.
- _____, voz *Equità-premessa storica*, en *Enc. dir.*, vol. XV, 65 ss., reeditado en CALASSO, *Storicità dil diritto*, Milano, 1966, 365 ss.
- _____, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2a. ed., reeditado, Milano, 1965.
- CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell'età repubblicana*, vol. I, Milano, 1969.
- CASSANDRO, *La società mercantile italiana nel Medioevo*, en CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1974.
- CHIUDANO, voz *Stracca Benvenuto*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, 468 ss.
- CORTESE, *La norma giuridica — Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, 1964; reeditada, Milano, 1995.

- COSTA, *Iurisdictio – Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1110-1433)*, Milano, 1969.
- _____, *Il "solidarismo giuridico" di Giuseppe Salvioli*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-1975), 457 ss.
- DE MARTINO, *Storia economica de Roma antica*, I, 125 ss., II, 217 ss., 323 ss.
- DE SALVO, *Il giudizio sulla mercatura nel mondo romano*, en *Università di Macerata – Annali della facoltà di Lettere e Filosofia*, XX (1987), 9-32.
- DE VERGOTTINI, *Arti e Popolo nella prima metà del sec. XIII*, Milano, 1943, reeditado en DE VERGOTTINI, *Scritti di Storia del diritto italiano*, Milano, 1977, vol. I, 387 ss.
- GABBA, *Per un'interpretazione politica del De officiis di Cicerone*, *Atti Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, XXXIV (1979), 117 ss.
- _____, *Riflessione antiche e moderne sulle attività commerciali a Roma nei secoli II e I a.C.*, en *memorie Accademia Americana di Roma*, XXXIV (1980), 95 ss.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit.
- GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulat pari passu*, en *Rivista di Storia del Diritto italiano*, LVII (1985), 19-55.
- GIARDINA, *Analogia, continuità e l'economia dell'Italia antica*, en SALVIOLI, *Il capitalismo antico*, cit.
- GOLSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. It., Torino, 1913.
- GROSSI, *Le situazioni reali*, cit.
- LATTES, *Stacca giureconsulto*, en *Riv. Dir. Comm.*, VII (1909), 624 ss.
- LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, 3a ed., Milano, 1950.

- LIOTTA, voz *Barbazza Andrea*, en *Dizion. Biografico degli Italiani*, vol. 6, 146 ss.
- NICOLET, *L'ordo équestre à l'époque républicaine*, I, Paris, 1966, 163 ss.
- PADOA SCHIOPA, *Giurisdizione e statuti delle Arti nella dottrina del diritto comune*, en *"Studia et Documenta Historiae et Iuris"*, 30 (1964), 170-234; reeditada en Id., *Saggi*, cit., 11-62.
- ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero Romano*, trad. It., Firenze, 1953.
- SALVIOLI, *Il capitalismo antico*, reeditada, Bari, 1985.
- SANTARELLI, *La experiencia jurídica bajo-medieval*, cit.
- _____, voz *Recezione*, en *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 58 ss.
- THRUPP, *Le corporazioni*, en *Storia economica Cambridge*, vol. III, *Le città e la politica economica nel Medioevo*, trad. It., Torino, 1977, cap. V, 265 ss.
- VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, reeditada, Roma, 1977.

CAPÍTULO CUARTO

UN "RIESGO DE LA PROFESIÓN": LA QUIEBRA

I. UNA VIDA PELIGROSA Y UNA "VERGÜENZA" PARA TODOS

Hemos visto¹ cuál era, en la dinámica de la producción y del comercio de los bienes, la función del *mercante*; y cómo sólo al mercante, entre todos aquellos que participaban en la producción y en el intercambio, podía corresponder aquella que hoy llamamos "calificación de *empresario*".

El mercante planificaba la producción y anticipaba los medios financieros necesarios y a menudo imponentes; asumía la carga y el riesgo del almacenaje del producto (que comprendía, por lo menos, la inmovilización de cifras, ciertamente no pequeñas); proveía el eventual transporte del producto a las plazas de venta (a veces muy distantes de aquellas de producción), es-

¹ Ver *supra*, cap. II, n. 7.

tos costos eran también elevados y a veces tenía que afrontar graves peligros; concedía a los compradores, si era el caso, plazos de pago, exponiéndose así al riesgo del incumplimiento y al daño cierto del cobro diferido. Para realizar todo esto era necesario disponer de capitales muy vastos, que el mercante no siempre tenía: por lo tanto necesitaba encontrar quien los anticipase (no gratuitamente, se entiende)², asociándose así, en algún modo, al riesgo de la empresa y a su ganancia. Era, por lo tanto, un problema de *crédito* fundado sobre la *confianza*.

Si la empresa tenía éxito, sus resultados (la diferencia final entre costos y ganancias era con frecuencia más que pingüe) habrían reembolsado a todos a la saciedad, pero si no lograba tener éxito —y miles podían ser los tropiezos: un error de previsión, una información errónea de plaza a plaza, un accidente en el viaje (lo que no era insólito, si se piensa solamente en la piratería y en los otros riesgos del mar), el incumplimiento de un comprador con la obligación de pagar el precio acordado, una especulación errada—, por lo tanto si la cadena no se cerraba, aunque fuera por un solo anillo que se rompiera, el beneficio esperado se transformaba en daño.

Era un *daño del mercante* y basta, siendo sólo él —se diría hoy— el *empresario*: el proveedor de la materia prima deseaba ser pagado, así como pedía lo suyo el artesano que había procurado la obra; quien había puesto los capitales pedía su restitución, con la inclusión, eventualmente, de los intereses (*usura*); y del mismo modo

² Ver *infra*, parte II, caps. III y IV.

quien había prestado varios servicios pedía su compensación. Eran todos acreedores de un solo deudor, el mercante; y no es cierto que en aquel momento él no tuviese un patrimonio: podía tener sumas disponibles, créditos (pero no todos exigibles de modo pronto y cierto), también bodegas llenas de mercaderías (que entonces no se podían vender a los precios esperados, sino sólo liquidadas en modo ruinoso al típico "buitre" de turno). Era, por lo tanto, una cuestión de *balance*: a las muchas deudas que necesitaban ser pagadas todas juntas no correspondían en aquel momento los medios económicos suficientes.

Podía darse que, a lo largo del tiempo, el balance volviera al equilibrio: los créditos podían vencerse y ser cobrados, o bien podía cesar su temporánea inexigibilidad; las mercaderías almacenadas en las bodegas podían recobrar en el mercado su esperado valor y conseguir un precio, finalmente significativo, que valiese para satisfacer a todos. Pero no se podía esperar, no por mala voluntad ni por voracidad, sino porque todos tenían en realidad necesidad de cobrar de inmediato sus créditos para no encontrarse a su vez excluidos de otras oportunidades de trabajo y de ganancia. La dura ley del mercado imponía liquidar estas relaciones en crisis lo más rápidamente que fuera posible, eventualmente también con pérdidas o bien arruinando (en apariencia por lo menos, inútilmente) al deudor común; pero necesitaba en primer lugar, proceder con rapidez.

Estas crisis —no obstante— no eran solamente económicas, si bien el perfil económico parecía prevalecer sobre los otros. La insolvencia de un mercante también

contravenía –y era este, finalmente, el aspecto más grave– las reglas más importantes de la ética profesional mercantil.

Si mercadería, confianza y crédito eran (y no podían no serlo) los tres pilares sobre los cuales se fundaba la entera dinámica de la sociedad mercantil, la quiebra –que desvanecía el crédito y hacía inútil, además de perjudicial la confianza que todos habían puesto en el mercante, después quebrado– se manifestaba como un evento y un comportamiento que contradecía, desde la raíz, las razones fundantes de aquella sociedad. Tanto más que aquella hegemonía económica, social, cultural y finalmente política, que la clase de los mercantes se había conquistado, y que conservó por largo tiempo, no podía ser dañada por nada tan grave como la constatación que no fuera prudente tener confianza en quien ejercitaba la *mercatura*, darle crédito o confiarle los propios capitales para que los invirtiese y los hiciese producir.

Así la quiebra se vino cargando, a los ojos de la opinión pública, de una grave nota de *antisocialización*; y los legisladores reaccionaron como se reacciona a un hecho marcado por un indeleble carácter de *antijuridicidad*. Los estatutos comunales y corporativos fueron unánimes en el detectar, para la quiebra, una disciplina manifiesta y pesadamente represiva.

Los juristas, por su parte, no fueron menos. Bastaría, para convencerse, leer cuanto afirmaba, en su largo y complejo *consilium* en materia de quiebras, Baldo degli Ubaldi: “según lo que frecuentemente ocurre, los arruinados son tramposos y estafadores; y se pue-

de presumir que en cada caso suceda aquello que casi siempre sucede; ni pueden pretender ser excusados por causa de un imprevisto golpe de fatalidad”³. Ni faltó, después, quien –como especialista– recogió los muchos hilos de un solo discurso y compendió toda una opinión pública (*communis opinio*) ya consolidada en una fórmula destinada a mantenerse en la tradición, también en el lenguaje de los prácticos, hasta casi nuestros días: los arruinados son infames (*falliti sunt infames*)⁴.

La quiebra, en conclusión, desde el principio fue vista más como un grave delito que como un infortunio: prevaleció el perfil de la bancarrota por sobre el de la insolvencia. Una sociedad mercantil vio en aquel hecho típico, más que otro tipo de cosas, el desmentido radical de sus valores fundantes y a este juicio inapelable de desvalorización, adecuó los instrumentos legislativos con los cuales hacerles frente (que después son poco cambiados y mal adecuados a los tiempos, los mismos de los cuales aún hoy día estamos obligados a servirnos también nosotros)⁵.

³ Baldo degli Ubaldi, *Concilia*, vol. V, cons. CCLXXXII, n. 20 “(...) a communiter accidentibus falliti sunt deceptores et fraudatores; praesumitur omnibus inesse quod quasi omnibus est commune, nec excusatur ob adversam fortunam (...)”.

⁴ Straccha, *Tractatus de decoctoribus*, III, 1.

⁵ En el caso italiano la referencia es el R.D. 16 marzo 1942, n. 267, que con varias y profundas modificaciones sigue estando vigente en este país.

II. LA FUGA COMO COMPORTAMIENTO ANTISOCIAL (Y POR LO TANTO ANTIJURÍDICO)

Las primeras normas estatutarias, que —en torno a la mitad del siglo XIII— comenzaron a dictar una disciplina sobre la quiebra, se encontraron ante la necesidad de resolver un problema aparentemente definitorio, en realidad sustancial: quién debiese considerarse quebrado o mejor cuándo, a la aparición de algunos síntomas (y ya aquí el problema demostraba ser bien distinto a una simple cuestión de definiciones más o menos bien logradas), se pudiese o se debiese hablar de *quiebra*.

La cuestión está viva también hoy, cuando se trata de describir detalladamente los llamados “presupuestos de la quiebra”⁶; entonces, en los orígenes de la institución, la fatiga era infinitamente más ardua, porque por un lado se trataba —en algún modo— de leer una realidad de los hechos que venía desordenadamente tomando su primera forma, y por el otro, había que organizar una primera repuesta normativa eficaz.

Después de alguna incerteza inicial, sobre la cual no es el caso detenerse ahora⁷, los legisladores vieron en la *fuga* de un mercante el síntoma típico e infalible de la ruina del mismo: “*si algún ciudadano de Siena, o de un territorio sujeto a la jurisdicción senese, huyera, con el haber de uno o más ciudadanos, fuera de la ciudad o de la ju-*

⁶ Bione, *Della dichiarazione di fallimento*.

⁷ Quien desee puede ver Santarelli, *Per la storia del fallimento*, 28 ss. Recientemente estos problemas de la historia de la quiebra han sido atenta y cuidadosamente reestudiados en el contexto de las *concorsuali* de Migliorino, *Profilo storico*.

risdicción de Siena...”⁸, se lee en la Constitución senese de 1262.

El estatuto del Capitán del pueblo de Florencia de 1322, en una norma que se remonta tal vez más lejana en el tiempo, confería al Corregidor y al Capitán del pueblo el poder de someter a investigación (también con uso de la *tortura*) y de encarcelar a “*todos aquellos mercantes y otros sujetos que como consecuencia de su profesión públicamente ejercitada, reciben habitualmente dinero o mercaderías teniendo contabilidad de éstas y que huyen o se ausentan con dinero u otras cosas ajenas*”⁹.

Esta orientación legislativa llegó a ser rápidamente tradicional, manteniendo siempre detenida la relación entre fuga y insolvencia: se huía, en definitiva, porque no se quería o no se podía pagar las propias deudas; esta *fuga*, así calificada por las circunstancias que la determinaban y por los objetivos que con ella se perseguían, viene sancionada como *comportamiento* objetivamente (y gravemente) *ilícito*.

El estatuto, del siglo XIV, de la ciudad de Como, queriendo definir al quebrado, dijo explícitamente que se debía considerar como tal a “*cualquier mercante o ban-*

⁸ *Costituto del Comune di Siena del 1262*, dist. II, LXXXIII.

“*si aliquis civis Senensis vel de iurisdictione Senensi aufugerit cum avere civis vel civium vel asportaverit extra civitatem vel iurisdictionem Senensem*”.

⁹ *Estatutos del Capitán del Pueblo de Florencia del 1322*, lib. II, rub. XXV.

“*Potestas et Capitaneus Florentie (...) habeant plenum arbitrium (...) et teneantur cogere et ad tormenta ponere et omni alia via (...) investigare quoscunque mercatores (...) et omnes alios qui pro eorum ministeriis publicis consueverunt recipere pecuniam vel mercantiam ad scripturam libri aufugientes et se absentantes (...) cum pecunia vel rebus aliorum (...)*”.

quero que desde ahora en adelante huyera por no querer responder a sus acreedores"¹⁰. Y más de un siglo después una norma señorial, siempre lombarda, de Galeazzo Maria Sforza (de 1473) confirmó puntualmente, con argumentos presentados en estilo cancilleresco, el vínculo entre el gesto de huir y la voluntad de faltar a la confianza¹¹.

Fuga e insolvencia se encontraron conectadas inseparablemente entre sí como el síntoma siempre intrínsecamente unido a la enfermedad que fue considerada ciertamente como muy grave, al punto que fue necesario imponer una cura quirúrgica inexorable, si con referencia al quebrado –como hemos visto en los estatutos florentinos de 1322– se llegó a autorizar hasta el uso de la tortura¹².

Esa, no obstante, no fue una operación arbitraria de los legisladores particularmente severos: en realidad los estatutos recogieron en normas lo que la mentalidad corriente ya había afirmado ampliamente. La

¹⁰ Estatuto de la ciudad de Como del 1336, *De causis civilibus*, CCLXXVIII, *De campsoribus seu mercatoribus fugitivis*.

"*quicumque negociator vel campsor qui de cetero fugerit pro eo quod nollet vel noluerit respondere suis creditoribus*".

¹¹ Edicto de G. M. Sforza, en *Statuta Civitatis Cremonae*, 1578, 251-252.

"Con base en un conocimiento cierto al deliberar, después de mucha reflexión, y con base en la plenitud de nuestra potestad absoluta, queremos y declaramos que cualquier mercader en nuestro dominio (...) mediante una fuga actual de nuestro dominio haya faltado a la fe y, por lo tanto, no haya satisfecho a sus acreedores (...)" "*Ex certa scientia animo mature deliberato, et de nostrae plenitudine potestatis etiam absolutae, volumus et declaramus, quod quicumque in dominio nostro mercator (...) per fugam actualem a dominio nostro a fide defecerit et iccirco creditoribus suis non satisfecerit (...)*".

¹² Fiorelli, *La tortura giudiziaria*, vol. I, 251-256.

fuga, en suma, era el remedio –primitivo, cierto, pero tal vez no completamente ineficaz– con el cual el mercante arruinado buscaba alejarse, del mejor modo, de los apuros: muchos acreedores enfurecidos pretendían que se les pagara amenazando, en caso contrario de solucionar ellos mismos la cuestión "por sus propios medios"; frecuentemente no era tan larga la vía a recorrer huyendo fuera de la jurisdicción de la propia ciudad en el tentativo de encontrar un lugar seguro entre parientes o amigos; con el pasar del tiempo las cosas podían cambiar y una vez disminuida la ira de los primeros días se podía también llegar, de algún modo, a un acuerdo con los acreedores.

Los legisladores no hicieron otra cosa que observar estos hechos que sucedían cotidianamente bajo sus ojos, buscando dictar reglas que tendiesen, en cualquier modo, a disciplinarlos evitando resultados peores y, al mismo tiempo, sancionando con toda la severidad posible los comportamientos que todos condenaban, sin reserva, en la ciudad de los mercantes. La lógica propia de la sociedad mercantil no podía, de todos modos, tolerar un evento como la quiebra de un mercante, así radicalmente contradictorio respecto a sus valores fundantes sin marcarlo de infamia.

Baldo degli Ubaldi lo afirmó sin términos medios: los arruinados "son infames e infamantes" ("*sunt infames et infamosi*") y agrega que merecerían ser entregados, como antiguamente se hacía, a los acreedores para que se repartieran sus miembros¹³. Esta conclusión (*conclu-*

¹³ Baldus de Ubaldi, *Concilia*, vol. I, cons. CCXLIX, n. 1.

sio) despojada de sus detalles inútilmente crueles, la encontramos repetida en los más acreditados repertorios de opiniones públicas (*communes opiniones*)¹⁴.

III. DE LA FUGA A LA INSOLVENCIA

La relación entre hecho emergente y sintomático –la fuga– y situación subyacente constitutiva de la crisis –la insolvencia– se mantuvo siempre como era: una relación instrumental, en efecto, como siempre en cada constatación presuntiva, el reconocimiento del hecho conocido es instrumental para deducir la existencia del hecho ignorado y no directamente constatable¹⁵. Por lo tanto, al fin fue claro para todos que la aplicación de las normas, en materia de quiebra, era consecuencia de la crisis, no de la fuga; y que si ésta y no aquella era objeto de constatación, eso dependía solamente del hecho que la fuga era una circunstancia constatable más inmediatamente que la insolvencia y, por lo tanto, era

¹⁴ Mascardus, *Conclusiones*, DCCXXXVIII.

¹⁵ No es ciertamente el caso de adentrarnos ahora en una discusión a propósito de las razones sobre las cuales se funda y de los instrumentos lógicos con los cuales funciona este singular instrumento probatorio que es la presunción, de la cual bastará recordar la definición que da el Código Civil italiano en el art. 2727 (“las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez saca de un hecho conocido para remontarse a un hecho ignorado”). Quien quisiera profundizar la reflexión sobre el plano “general” puede útilmente consultar la voz en la *Enciclopedia del Derecho* del Cordopatri, *Presunzione* (provista de una riquísima bibliografía), por los perfiles propiamente más históricos y con referencia directa a la experiencia jurídica medieval, para nosotros es suficiente enviar a la voz, en la misma enciclopedia, de Adriana Campitelli, *Presunzione – diritto intermedio*.

más simple limitarse a constatar la fuga y de ésta después deducir la insolvencia.

Hay que agregar que desde el inicio fue difícil, también para los legisladores, adquirir la conciencia de esta objetiva relación entre los dos hechos típicos de la fuga y de la insolvencia; comprender, es decir, que la insolvencia, y no la fuga, era la situación que necesitaba ser disciplinada como factor constituyente del estado de crisis.

El paso de la consideración del hecho superficial e imponente a la intuición de lo que era subyacente a este hecho, no fue de inmediato simple, pero se cumplió igualmente. Ya un conspicuo grupo de estatutos lombardos, todos modelados sobre la base de aquel mercantil milanés de 1330, estableció que las normas en materia de quiebra fueran aplicadas desde que se constataba la fuga del mercante, y agrega que la fuga debía darse por verificada “si el interesado no se presentara delante de los Cónsules después de que haya sido llamado a juicio, o si se presentara y no prestara idónea garantía de pago”¹⁶, donde claramente no la fuga (es decir, la falta de presentación delante de los Cónsules), sino la falta de prestación de la garantía de pago (es decir, la insolvencia) era declarada requisito efectivo de la quiebra.

¹⁶ Estatuto de los Mercantes milaneses de 1330, *Sobre el acreedor fugitivo y la inmisión sumaria en la posesión y administración de sus bienes* (De creditorum fugitivi ponendo summarie in possessionem et tenentiam bonorum eius) (c. CCVII r.). Estatuto de los Mercantes de Cremona de 1388, *rub. CII*; Estatuto de los Mercantes de Brescia de 1429, *rub. 92*; Estatuto de Mercantes de Bérgamo de 1457, *cap. XXXVII y LXXXVII*; Estatutos de Bérgamo de 1491, *coll. V, cap. XLVIII*. Cfr. Santarelli, *Per la storia*, 70.

Así el estatuto paduano de 1420 declaró irrefutablemente como fugitivo (*fugitivus*) a quien no hubiese tenido, en Padua o en su territorio, bienes suficientes para satisfacer a los propios acreedores¹⁷; el estatuto mercantil boloñese de 1509 identificó la *fuga* con el ejercicio irregular de la empresa¹⁸, y, en fin, el estatuto de los mercantes florentinos de 1585 declaró “suspendidos de la profesión y fugitivos” (*quebrados*, es decir, según el vocabulario ya afirmado desde hace siglos en la legislación de aquella ciudad) a los mercantes “que en cualquier modo huirán a la presencia de sus acreedores, cerrando sus tráfico, o rehusando el cumplimiento del deber a quien les dará crédito”¹⁹.

¹⁷ Estatuto de Padua de 1420, *De fugitivis rub.* XXX.

“Se considere fugitivo cualquier deudor, que no posea bienes suficientes para pagar sus deudas en Padua o en el distrito paduano y así él haya huido porque había público rumor que él había huido por sus deudas (...)” (*intelligatur quilibet debitor fugitivus, qui non possideat bona sufficientia ad debita sua solvenda in Padua vel Paduano disctrictu et ita recesserit quod publica fama sit ipse aufugisse pro debitis suis*).

¹⁸ Estatutos de los Mercantes de Boloña de 1509, *Quién debe entenderse como fugitivo o suspendido de la profesión*, Sección XXXXVI.

“Del mismo modo se entienden que han quebrado todos aquellos Mercantes y artífices de los cuales se hace mención en los presentes Capítulos, los cuales además de tres días laborales estarán escondidos y ocultos en las habitaciones de sus casas o en otro lugar, de modo que no estén en la bodega según su costumbre, y no usan el arte y el oficio suyo según el modo acostumbrado, y no andando por la tierra en el modo acostumbrado, teniendo la bodega cerrada o bien teniéndola abierta, pero de otra forma y en modo insólito, es decir, no estando en aquella por sí ni por sus empleados en el modo acostumbrado, y no andando por la tierra en el modo acostumbrado durante un espacio de tres, o más días laborales”.

¹⁹ Estatuto de los Mercantes florentinos de 1585, lib. III, De los suspendidos de la profesión y fugitivos (*Delli cessanti e fuggitivi*), *rub.* II.

En todos estos casos, si se considera bien, los legisladores disciplinaron el caso del fugitivo que no huía (pero daba la prueba en otra manera, igualmente presuntiva, de la propia insolvencia): progresivamente se aclaró en la conciencia común, el hecho que la insolvencia era sólo el requisito necesario de la quiebra, independientemente de los diversos síntomas que podían hacer suponer su existencia.

El itinerario, a estas alturas, aparece nítidamente marcado. La *fuga* fue, desde el inicio, el remedio más acostumbrado que el mercante arruinado utilizó para sus males; y de la *fuga* los legisladores estatutarios, desde el principio, se preocuparon como de un hecho típico y al mismo tiempo de un síntoma, del cual quisieron puntualmente disciplinar los efectos (que en su conjunto constituyeron el entero procedimiento de la quiebra), pero en poco tiempo se hizo claro que no la *fuga*, sino la insolvencia era el requisito real del *status* (*categoría*) de quebrado, progresivamente se fue aclarando en la conciencia común, y al fin se tradujo en fórmulas normativas, el hecho que la insolvencia era sólo el requisito de la quiebra, independientemente de los diversos síntomas que podían hacer suponer su existencia.

“y se consideran ser (...) los Mercantes y Artífices (...) suspendidos de la profesión y fugitivos con el dinero y las cosas de otros que en futuro en la Ciudad, Condado o distrito de Florencia, o de alguna parte del mundo notoriamente se detendrán y huirán con el dinero y las cosas de otros o que escaparán en franquicia, o en cualquier modo huirán a la presencia de los acreedores, cerrando sus tráfico, o rehusando cumplir con el deber a quien les dio crédito (...)”.

No siempre, sin embargo, fue necesario pasar a través de este proceso de decantación que consintiera descubrir, no sin fatiga, la condición esencial de la quiebra a través de la pantalla de su síntoma vistoso. No faltaron, en realidad, legisladores capaces de comprender, también en época sorprendentemente temprana, en la insolvencia el requisito de la quiebra sin necesidad de alguna mediación sintomática. El estatuto florentino del Arte del Cambio, desde 1295, definió en la cesación del regular cumplimiento de las propias obligaciones la condición de la quiebra del banquero²⁰; y lo mismo hicieron —entre los otros— los Estatutos mercantiles veroneses de 1319²¹, aquellos, también mercantiles, de

²⁰ Estatuto del Arte del Cambio de Florencia de 1299, LXXXX, *De cómo los suspendidos de la profesión satisfacen a sus acreedores. (De cessantibus suis creditoribus satisfacere)*.

Fue establecido (...) que los mercaderes (...) quienes (...) están vinculados en la corporación de los cambistas y que cesaron de satisfacer a sus acreedores dentro de la mitad del mes de diciembre del año del Señor mil doscientos noventa y cinco (...) o bien anteriormente cesarán (...) de satisfacer en modo integral a sus acreedores (...) se consideren y se entiendan como mercaderes suspendidos de la profesión y fugitivos hasta que les hayan satisfecho (...)” “[(...) Statutum (...) est, quod (...) mercatores (...) qui (...) astricti sunt sub arte camporum, et suis creditoribus cessaverunt satisfacere a medio mense decembris sub annis Domini millesimo ducentesimo nonagesimo quinto (...) citra, vel in antea cessabunt (...) integre satisfacere suis creditoribus (...) habeantur et intelligantur pro mercatoribus cessantibus et fugitivis donec satisfecerint (...)].”

²¹ Estatuto de los Mercantes de Verona de 1319, Lib. I, cap. I, Cuando el deudor cesa de pagar a sus acreedores y pasados quince días después de un inventario de sus cosas, que dichas cosas sean preconizadas para venderlas y sean estimadas; y después sean preconizadas también en el Consejo General de la Casa de los Mercantes. (*Cessante debitore solvere creditoribus, et elapsis quindecim diebus post tenutam datam rerum*

Siena de 1342-1343²²; y en época muy tardía, los estatutos genoveses de los primeros años del siglo xv²³ y de fines del siglo xvi²⁴.

suarum preconizentur res ad vendendum, et aestimentur; et praeconizentur etiam in Consilio generali Domus Mercatorum).

Y cesando el deudor de pagar “*Et debitore cesante in solutione (...)*”.

²² Estatuto de los Mercante de Siena 1242-43, Lib. IV...

“(XLVIII) (79), *Que si algún banquero dentro de dicho tiempo no respondiese a sus acreedores, etc.*”

“(...) si algún banquero o bien cambiador (...) no respondiese dentro del término (...) a sus acreedores (...) y (...) los cónsules (...) deban proveer (...) que todas las cantidades de dinero las cuales aquel banquero debiese recibir (...) se conviertan en el pago y satisfacción de dichos deudores (?) de banqueros”.

²³ Estatuto de Génova 1403-1407, De los banqueros que hacen bancarrota (*De bancheriis rumpentibus*).

Establecimos y ordenamos que si haya ocurrido que un banquero haga bancarrota o no pueda responder a sus acreedores (...) (“*Statuimus et ordinamus si contingerit aliquem bancherium rumpere seu non posse suis creditoribus respondere (...)*”).

De los banqueros y los demás que hacen bancarrota (*De bancheriis et aliis rumpentibus*).

Si un (...) mercader (...) haya hecho bancarrota, haya escapado y haya sido contumaz o bien sea insolvente hacia los acreedores (...) “*Si quis autem (...) mercator (...) ruperit fugerit latitaverit seu fuerit creditoribus non solvendo (...)*”.

²⁴ Estatuto de Génova de 1589, Lib. IV, cap. VII. De los quebrados y del deudor insolvente. (*De decoctis et debitore non solvendo*).

Cualquiera que se haya presentado frente al Magistrado de los quebrados y haya probado de ser deudor de mil libras o más declarando que no puede satisfacer a sus acreedores, sea declarado quebrado por dicho Magistrado. “*Quicumque comparuerit coram Magistratu ruptorum et docuerit se esse debitorem librarum mille, in plus, asserendo non posse creditoribus suis satisfacere, declaretur a dicto Magistratu ruptus*”.

IV. LAS CONSECUENCIAS PERSONALES (Y PARTICULARMENTE PENALES) DE LA QUIEBRA

Acabamos de ver cómo la quiebra contradecía desde la raíz los cánones más sentidos de la ética social y las razones constitutivas fundantes de la sociedad mercantil; por lo tanto la "respuesta", que los legisladores dieron a los problemas que la quiebra comportaba, fue sustancialmente represiva y sancionadora. La quiebra fue considerada por sí misma un *delito* singularmente grave y *punido* como tal. Aparte de los ejemplos, que no faltan, de significativa *equiparación* de la quiebra al *robo*²⁵ o de aplicación a los quebrados de las máximas penas de la *muerte* o de la *cadena perpetua*²⁶, la sanción más

²⁵ Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322, Lib. II.

"XLVIII: De los fugitivos y de los suspendidos de la profesión con el dinero ajeno". (*De fugitivis et cessantibus cum pecunia aliena*).

"Y (...) los fugitivos de este tipo puedan ser acusados de ladrones por parte de los acreedores (...) de hurto y ser condenados y expulsados como ladrones por parte del régimen de Florencia (...) y también ser condenados a la restitución de las cosas y del dinero sustraídos tan deshonestamente". *Et (...) possint (huiusmodi fugitivi) tanquam fures per creditores accusari (...) de furto, et per regimina Florentie tanquam fures exbanniri et condemnari (...) et etiam ad restitutionem rerum et pecunie tan nequiter ablatarum (...)*"

Es de notar que esta norma entró en vigencia el 1 de enero de 1289 (según el cálculo florentino: 1288).

²⁶ Constituciones del Dominio de Milán. (*Constitutiones Domini Mediolanensis, 1541*), Lib. V, Sobre el Oficio de los abades y de los Cónsules de los Mercaderes Milaneses (*De officio abbatum et Consulium Mercatorum Mediolani*).

"Cualquier mercader en el dominio de Milán haya faltado a la fe por medio de la actual fuga desde el Dominio de Milán y por esta causa no haya satisfecho a sus acreedores éste, cualquiera edad tenga, aunque

generalmente reservada a los quebrados fue aquella de la *expulsión*, a veces como indiscriminada consecuencia de la quiebra²⁷, en otros casos especificada en cada uno de los empeoramientos de la condición jurídica (*capitis deminutiones*) que tradicionalmente concurrían a constituir su contenido, por ejemplo, la *expulsión* de la Comuna y la *privación* del derecho de *ciudadanía*²⁸,

haya pasado los sesenta años, en el caso en que se le pueda capturar, sea condenado a la horca, o bien sea enviado para siempre a remar en las galeras, según el arbitrio del Príncipe o del Senado" (*Quicumque in Dominio Mediolani mercator (...) per fugam actualem a dominio a fide defecerit, et eam ob causam creditoribus suis non satisfecerit, is cuiuscunque etatis sit etiam si sexagenariam excesserit, si detineri potuerit, furcius suspendatur, vel ad triremes perpetuo mittatur, arbitrio tamen Principis vel Senatus*).

²⁷ Estatutos de los Mercantes de Roma de 1317, 116; Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322, Lib. II, rub. XXII (XXIII); Estatutos de los Mercantes de Milán de 1330, rub. De la expulsión de los fugitivos (*De fugitivis banniendis*) (= Estatuto de los Mercantes de Cremona de 1388, rub. CVIII; Estatutos de los Mercantes de Brescia de 1424, rub. 99; Estatuto de Bérgamo de 1491, coll. V, cap. 52); Estatuto de Como de 1336, rub. CCLXXVIII; Estatutos de los Mercantes de Siena de 1342-43, lib. II, rub. 26; Estatuto de Florencia de 1415, lib. III, rub. I; Estatuto de Bolonia de 1509, rub. LIII.

²⁸ *Constituto de Siena de 1262*, Dist. II, rub. LXXIII (el constituto senese de los años 1309-1310 -II, XCV- es la traducción vulgar del texto del siglo XIII); *Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322*, Lib. II, rub. XLVII, *Estatutos de los Mercantes de Milán de 1330*, rub. De cómo tiene que ser punido y condenado el fugitivo que haya sido encarcelado y que toda su injuria venga condenada (*De fugitivo qui in fortiam communis pervenerit puniendo et condemnando et quod omnis iniuria remaneat impurita*) (= Estatuto de los Mercantes de Cremona de 1388, rub. CXVI; Estatuto de los Mercantes de Brescia de 1429, rub. 104); *Estatuto de Pirano de 1358*, lib. II, rub. XIV (= Estatuto de Umago de 1528, cap. LXXX); *Estatuto de Génova de 1414* (ahora en los Estatutos estampados en 1498, lib. IV, cap. LXXX); *Estatuto de Padua de 1420*, rub. XXX.

la falta de *protección* del quebrado frente a su eventual *ofensor*²⁹, la *privación* del poder de pedir justicia (explícitamente calificada como sanción *penal* y no como simple consecuencia procesal del despojamiento)³⁰, la *prohibición* para el quebrado de utilizar el ministerio de un *defensor*³¹.

Esta identificación de la expulsión de la ciudadanía (*eiectio e civitate*) con el núcleo esencial de la sanción de la expulsión no era una "invención" de los legisladores estatutarios, por supuesto, pero que correspondía puntualmente a una opinión común (*communis opinio*) de la doctrina del derecho común: para esto ver Ghisalberti, *La condanna al bando nel diritto comune*, 30-37 (7).

²⁹ *Constituto de Siena de 1282*, Dist. II, rub. LXXIII (= *Constituto de Siena 1309-1310*, II, XCV); *Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322*, Lib. II, rub. XLI y LV; *Estatutos de los Mercantes de Milán de 1330*, la misma rúbrica citada en la nota precedente (con los mismos textos "paralelos", por supuesto); *Estatutos de los Mercantes de Bolonia de 1509*, rub. LVI.

Sobre las dos cuestiones, entre sí conectadas, de la licitud de la ofensa al expulsado y si al expulsado mismo se le puede dar muerte impunemente (*an bannitus possit impune occidi*), ver Ghisalberti, *La condanna al bando*, 69-74 (15) y Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale*, 232-233 (este último también a la luz de las normas estatutarias, precisando que no en todos los casos era lícito matar al expulsado, dependiendo esto –por los estatutos– de la gravedad del delito por el cual la condena a la expulsión había sido pronunciada).

³⁰ *Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322*, Lib. II, rub. XLI (casi idéntico al *Estatuto de Florencia de 1415*, lib. III, rub. I); *Estatutos de los Mercantes de Bolonia de 1509*, rub. LVI.

³¹ *Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322*, Lib. II, rub. LIII (= *Est. de Florencia de 1415*, lib. III, rub. I); *Estatutos de los Mercantes de Milán de 1330*, rub. Los fugitivos no pueden estar presentes en el juicio en la persona de un procurador (*Quod fugitivi non possint stare in iudicio per procuratorem*) (= *Estatutos de los Mercantes de Cremona de 1388*, rub. CXV; *Estatutos de los Mercantes de Brescia de 1429*, rub. 103; *Estatutos de los Mercantes de Bérgamo de 1457*, cap. XX; *Estatuto de Bérgamo de 1491*,

Se trataba, evidentemente, de la expulsión perpetua (*bannum perpetuum*) que significaba la *exclusión* de la *comunidad* de los ciudadanos (*cives*): una pena que se asemejaba no poco a la excomunicación (*excommunicatio*) del derecho canónico³² y mostraba instructivas similitudes con la antigua expulsión (*Friedlosigkeit*) germánica³³; pero, sobre todo, era una *pena* que se adecuaba en modo muy puntual –bajo el perfil específicamente medieval del "talión"– al comportamiento antijurídico típico del quebrado-*fugitivo*: como éste había contravenido los cánones fundamentales del código de comportamiento típico del mercante mediante la *fuga*, así el ordenamiento –previando las *sanciones* de la *expulsión*, que en el fondo se identificaba con la privación de la ciudadanía para el expulsado– transformaba en pena (pena potencialmente perpetua) el mismo hecho que entendía sancionar: el mercante que había huido desde su ciudad, después de haber causado daños así de imponentes y contravenido, con la insolvencia, un canon fundamental de la *mercatura* como era la confianza, debía permanecer por siempre fuera de la ciudad, a título de pena, para siempre privado de todas las tutelas que a los ciudadanos les eran aseguradas por aquel ordenamiento comunal del cual, con la fuga, el quebrado había buscado escape³⁴.

coll. V, cap. LVI); *Estatuto de Roma de 1363*, lib. I, cap. 148; *Estatuto de los Mercantes de Lucca de 1376*, lib. III, p. 122.

³² Ghisalberti, *La condanna al bando*, 37-41 (8).

³³ Del Giudice, *Diritto penale germanico*, 511 ss.; Scovazzi, *Le origini del diritto germanico*, I, 276 ss.

³⁴ Santarelli, *Per la storia*, 126 ss.

A esta sanción "general" de la expulsión se agregaron, a veces, otras más específicas, por ejemplo, en relación con la *interdicción* de los *oficios* públicos o del *ejercicio* de la *mercatura*, que representan obviamente los empeoramientos de la condición jurídica (*capitis deminutiones*) puntualmente proporcionales a la *naturaleza* propia de la quiebra, que era crimen público (*crimen publicum*) (es decir, un *delito* contra el *estado*) naturalmente conectado con el ejercicio de la *empresa* comercial (ejercicio del cual debía, por lo tanto, mantenerse *excluido* el *quebrado*)³⁵.

Otros efectos típicos que recaían sobre la persona del quebrado, teniendo también ellos naturaleza sustancialmente *aflictiva* (y por esto correctamente asimilables a aquellos más propiamente penales) fueron la *inscripción* del *quebrado* mismo en un *elenco*³⁶ especial y —como una sanción un poco rara, típica (según lo conocido) solamente de la legislación florentina— su *retrato pintado* como un fresco en un lugar público a su perpetua infamia (*ad perpetuam eius infamiam*)³⁷. El primero

³⁵ Santarelli, *Per la storia*, 128-132 y las fuentes aquí citadas.

³⁶ *Estatuto de los Mercantes de Bolonia de 1509*, rub. LV; *Ley toscana* (de Francesco I de Médicis) del 20 de abril 1582; *Estatuto de Mercancías de Florencia de 1585*, lib. II, rub. II.

³⁷ *Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322*, Lib. II, rub. LII.

"(...) Y que de todos los que en futuro serán suspendidos de la profesión (...) a partir de las próximas calendas de enero en el corriente año del Señor de 1284 (según el cálculo de Florencia) se haga un retrato y se escriban sus nombres y apellidos (...) y que de estas penas (...) en ningún modo sean exonerados a menos que no hayan restituido todo el capital (...)" [(...) *Et quod omnes qui in futurum cessabunt (...) a kalendis ianuarii venientibus in antea currentibus annis domini MCCLXXXIII* (estilo

de estos efectos estuvo en vigor, en el ordenamiento jurídico italiano casi hasta hoy³⁸, y los intérpretes le habían reconocido —junto a una obvia función de *publicidad*— también un objetivo más marcadamente *aflic-*

florentino = 1284) (...) *pingantur et scribantur nomina et prenomia eorum (...) et de predictis penis (...) nullatenus eximantur, nisi restituerint sortem integram (...)*; y lib. II, rub. LIII: Fue establecido (...) que el Podestá y Capitán (...) deba hacer pintar un retrato de cada mercader o (...) artífice que haya sido suspendido de la profesión en el palacio del Podestá (...) de modo que se pueda ver claramente y públicamente quien es el que ha sido suspendido de la profesión y así se hagan escribir con letras grandes y claras su nombre y apellido y el nombre del Arte del que él ha sido suspendido y ha huido. "*Provisum (...) est quod Potestas et Capitaneus (...) debeat omnem mercatorem seu (...) artificem qui cessaverit (...) facere pingi in palatio Potestatis (...) ita quos videri possit palam et publice, et de lictera grossa et patenti facere scribi nomen et pronomem talis qui sic cessaverit, et vocabulum artis de qua talis cessans et fugitivus fuerit (...)*". *Estatuto de Florencia de 1415*, lib. III, rub. I. Y sea obligado el Podestá y Capitán y ejecutor, después de que se pronunció una sentencia sobre la suspensión de la profesión y de la fuga de alguien, hacer pintar, a su perpetua infamia, el retrato del mismo en su palacio dentro de un mes desde el día de la pronunciación (...) de modo que el nombre del suspendido y el nombre del Arte a la que pertenecía se puedan ver claramente y se hagan escribir con letras grandes "*Et teneatur potestas, et capitaneus et executor, postquam quis pronuntiatu fuerit cessans et fugitivus et ad perpetuam eius infamiam facere ipsum depingi in palatio suo infra unum mensem a die declarationis (...) ita quod videri possit palam, et de lictera grossa (...) facere scribi (...) nomen (...) cessantis, et vocabulum artis de qua talis fuerit*".

Nos limitamos, aquí como en otros lugares, a citar sólo las compilaciones editadas, pero en realidad en la legislación florentina se tienen otros conspicuos testimonios de la pintura de los quebrados en los estatutos, aún inéditos, de 1355 y de 1408; *cfr.* Para esto las puntualizaciones de Masi, *La pittura infamante della legislazione e nella vita del Comune fiorentino*.

³⁸ *Ley de quiebras italiana* (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), art. 50, donde estaba previsto y disciplinado el "público registro de los arruinados". Este artículo fue derogado por el art. 47 del Decreto Legislativo 9.1.2006 n. 5.

tivo, si es verdad que la inscripción estaba destinada a ser cancelada cuando le hubiera sido concedida al quebrado la así llamada (y el nombre por sí solo era sumamente instructivo) "rehabilitación civil"³⁹.

El segundo de estos efectos –la "pintura" (una pintura, es de suponer, cruelmente caricaturizada)– tenía un más descubierto (y efectivamente declarado) objetivo *infamante*⁴⁰: el quebrado merecía, como consecuencia de su comportamiento así contrario a irrenunciables cánones, tanto éticos como jurídicos, perder por entero la propia dignidad y honorabilidad de persona. Quien ha leído y meditado estas singulares normas florentinas ha justamente escrito que en Florencia los quebrados "caían en el bullir de los hombres pequeños y vituperados"⁴¹: lo que para los mercantes, habituados a vivir en la clase más potente y respetada de la ciudad, era lo peor que les podía ocurrir.

Esta indiscriminada *calificación* de la quiebra como *crimen* (mejor dicho, para usar nuestra moderna terminología penalística, como *delito* de particular gravedad) –calificación que debe ser señalada como marco originario y típico de esta institución desde su origen–,

³⁹ Santarelli, *Della riabilitazione civile*.

⁴⁰ Lo había dicho en claras letras el Estatuto de 1415: a su perpetua infamia (*ad perpetuam eius infamiam*). Sería aquí oportuna una digresión sobre la *infamia* que fueron una sanción y un *status* típicos de la sociedad medieval. Quien desee hacerla por su cuenta, esta digresión, podría disponer de un instrumento excelente: el libro de Migliorino, *Fama e infamia*. Notaremos, solamente, que sobre el hecho que los quebrados se concibieran *infames* consentía, sin alguna incerteza, también la *communis opinio doctorum*: Toschi, *Practicae Conclusiones*, CV, 1.

⁴¹ Masi, *La pittura infamante*, 628.

pero no estaba destinada a sobrevivir indefinidamente en el tiempo. Emergió, en un cierto momento, en los legisladores atentos, y mientras que la clase mercantil estaba *perdiendo* su *hegemonía* cultural y social, la exigencia de *distinguir*, al interior del complejo caso típico de la quiebra, las hipótesis que ameritarían sanciones penales para los más notables caracteres *ilícitos* de aquellas respecto a las cuales la relevancia penal podía aparecer inadecuada y excesiva.

Precisamente aquí se debe marcar el paso, que a los ojos del jurista aparece tan *relevante*, de la quiebra-crimen al crimen de quiebra: el primero, que no permitía ni distinciones entre casos, en sí objetivamente diferentes, ni graduaciones de reacciones punitivas; el segundo, en el cual la quiebra era "degradada" de hecho *constitutivo* a supuesto de la *punición* del crimen mismo⁴². Es digno de ser destacado el hecho de que este nuevo ordenamiento, de política del derecho, se haya afirmado cuando la clase mercantil había perdido su propia hegemonía, y que durante todo el tiempo en que aquella hegemonía había sido conservada, la clase hegemónica había apretado tanto la mano contra quien, perteneciéndole, hubiese faltado en un modo considerado tan grave a sus propios deberes.

En suma, durante todo el tiempo en que la clase de los mercantes fue hegemónica, el mercante quebrado

⁴² No podemos detenernos en esta distinción, que debería ser, de otro modo, bien conocida. Requiriendo alguna distinción esencial, se le puede encontrar en Mantovani, *Diritto penale*, 147 ss. (sobre hecho-crimen) y 727 ss. (sobre las condiciones objetivas de punición, con referencia específica –730– también al delito de bancarrota).

fue tratado con extrema gravedad; cuando aquella hegemonía se perdió, el mercante quebrado vio mejorada (poco o tanto, lo veremos de inmediato, pero de todos modos mejorada) la propia posición.

La primera señal nítida de este nuevo y diferente tratamiento penal, reservada al quebrado, nos viene de un decreto de Galeazzo María Sforza (Duque de Milán) de 1473 (de una norma señorial, por lo tanto, colocada claramente fuera del periodo histórico de la hegemonía política de la clase mercantil): el quebrado debía ser declarado "rebelde" al señor y al estado, a menos que no hubiese parecido claro que algún "infortunio" había sido la causa de la quiebra o que hubiera sido, de todos modos, una causa *objetiva* de no punibilidad (una causa –como escribió de una forma poco extraña el mismo Sforza– que legitimara el haber defraudado la confianza de los acreedores)⁴³.

La sanción ciertamente resultaba muy dura (y, de hecho, ulteriormente agravada por la referencia explícita a una calificación de rebelde (*rebellis*), la posición procesal del quebrado no era de ningún modo fácil, siendo

⁴³ Decreto de Galeazzo Maria Sforza, 1473.

"(...) cualquier mercante en nuestro dominio (...) que haya faltado a la fe y por eso no haya satisfecho a sus acreedores, a menos que hayamos constatado que le ocurrió por casualidad un infortunio o bien hubo una causa para defraudar legítimamente, sea declarado y juzgado rebelde de nuestro Estado al haber defraudado la fe y violado nuestras prescripciones. [...] *quicumque in dominio nostro mercator (...) a fide defecerit et iccirco creditoribus suis non satisfecerit, nisi nobis de aliquo fortassis eius infortunio vel de legitime fraudanda (sic nell'ediz) fidei causa constiterit ipso facto post fidem fraudatam et praedicta secura noster et status nostri rebellis factus sit et censeatur (...)*".

constrañido a ofrecer la prueba liberatoria de su propia inocencia (una prueba que en determinadas circunstancias podía también manifestarse invenciblemente "diabólica")⁴⁴; pero el hecho previsto como crimen cambiaba radicalmente: no toda quiebra habría sido punida, sino sólo aquellas connotadas por *ulteriores* elementos ilícitos. La quiebra, en cuanto tal, llegaba a ser por primera vez relevante por sí misma: como el derrumbe de un mercante, y basta; nacía así, como "*ulterior*" caso *criminal*, la quiebra *dolosa* (aquella que hoy nosotros llamamos, con un término que también se remonta lejanamente en el tiempo, *bancarotta fraudulenta*)⁴⁵.

La primera huella dejada por Sforza fue seguida por otros legisladores: se mantuvo el criterio de declarar dolosa la quiebra si no aparecía *manifiesta* la subsistencia del caso *fortuito*⁴⁶, la quiebra determinada por negligencia, prodigalidad o fraude⁴⁷ se equiparó al robo,

⁴⁴ La sanción consistente en la calificación de "rebelde" pone, en cualquier modo, este caso criminal en el ámbito reconocido como (gravísimo) *crimen lesae maiestatis* (*crimen de lesa majestad*). Para profundizar esta materia bastaría consultar el trabajo de Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis*.

⁴⁵ Para evitar grandes equívocos, es ahora el caso de agregar, aquí en la nota, que para evaluar adecuadamente esta norma "sforzesca", es necesario leerla sin usar la misma óptica con la cual podríamos (y, por el contrario, deberíamos) leer uno de nuestros modernos códigos penales, en los cuales es una regla obvia de "civilización del derecho", aquella de no imponer al imputado la carga de la prueba liberatoria, por su naturaleza insoportable.

⁴⁶ *Estatuto de Perugia de 1523*, rub. 74.

⁴⁷ Pfo V, 1 de noviembre de 1570, *Motu proprio "Postquam eousque"* (*Magnum Bullarium Romanum*, VII, 863-864).

en fin, se impuso –como hizo Francesco I de Medici en Toscana en 1582– al quebrado, en el (brevísimo) plazo de tres días de la quiebra, de “*justificar no ser intervenido dolo o culpa en la quiebra y en la suspensión de la profesión*”, mediante la exhibición de las escrituras contables y la constitución ante la autoridad⁴⁸ y se asignó el conoci-

“(…) quienes hayan malversado y dilapidado todo su patrimonio (….) no por casos fortuitos, sino por su propia incuria, negligencia, prodigalidad y lujo gastándolo en sus placeres y respondiendo a sus concupiscencias por causa de una gran intemperancia, y quienes simulando la quiebra de sus bienes, la ocultan fraudulentamente a sus acreedores y malversan todo su dinero en su propia utilidad para que induzcan a sus acreedores a acordar con ellos más fácilmente, deben ser punidos con la pena del último suplicio y con aquella con la que suelen punirse los mismos ladrones con base en el derecho o a la costumbre o bien con base en un estatuto privado o municipal”. “(…) *qui omnem substantiam non (...) de casibus fortuitus, sed incuria, negligentia, prodigalitate et luxu suis, proprias voluptates explendo et cupiditatibus non mediocri intemperantia servantes, subverterint et dilapidaverint; nec non qui se bona sua decoxisse simulantes, illa in fraudem creditorum suorum occultant, et eorum pecuniam totam in eorum utilitatem forsitan converterint, ut eorum creditores ad secum componendum facilius alliciant, ultimi supplicii (poena?) et ea qua fures ipsi, de iure vel consuetudine aut particulari vel municipali statuto, plecti solent, puniri debeant*”.

⁴⁸ *Ley contra aquellos que llegarán al acto de la quiebra y de la suspensión de la profesión, sobre todo con fraude y dolo del día 20 de abril de 1582 ab Inc.*

“(…) cada y cualquier mercante (….) el cual en futuro llegará al acto de la quiebra (….) sea tenido (….) dentro (….) de tres días desde aquel de la quiebra llevar (….) al Magistrado de los *Otto di Guardia e Balía* y en el Dominio de aquel Rector que tomará conocimiento de las causas criminales (….) todos sus libros y escrituras (….) pertenecientes en cualquier modo (….) al quehacer (….) de la quiebra. Y además constituirse espontáneamente en las cárceles públicas (….) para (….) justificar en tiempo conveniente otorgado (….) por dicho Magistrado la calidad y suerte de su quiebra y dar (….) noticia de todos sus bienes (….) Y (….) defenderse y justificar que en la quiebra y en la suspensión de la profesión no haya

miento de la específica materia penal a un órgano judicial –los *Otto di Guardia e Balía*– diferente a aquel al cual se mantenía asignada la competencia sobre la liquidación del patrimonio del quebrado y sobre la satisfacción de las razones de los acreedores⁴⁹.

Es una norma severa, también ésta, pero no “*draconiana*” ni “*prueba de un inconsulto acto de arbitrio*” o de “*una voluntad determinada por un real error de pers-*

intervenido dolo o culpa (….) Y siempre que por legítima decisión de dicho Magistrado hecha con participación de S.A. sea declarado que dicha quiebra no fue fraudulenta y el quebrado sin culpa de modo que pueda ser liberado de dichas cárceles (….) con garante (….) y sin garante como parecerá justo y conveniente a dicho Magistrado (….)”.

⁴⁹ *Ley toscana del 20 de abril de 1582*, mencionada en la nota precedente.

“(…) En Florencia al Magistrado de los *Otto di Guardia e Balía* y por el Dominio de aquel Rector que hará el reconocimiento de las causas criminales (….)”.

“(…) Pero transmitiendo en todo y por todo el conocimiento, y la jurisdicción de las causas civiles concernientes así la diputación de los *Sindici* (….) así como su autoridad y facultad, y el modo y forma de distribuirse los bienes del quebrado entre los acreedores, y la orden de hacer los pagos, y cada capítulo y causa civil a aquellos jueces y tribunales que hoy los ejercitan y administran. No deseando en algún modo que ésta pueda ser o hacer una innovación o alteración en eso”.

Por Ley del 8 de noviembre de 1622, la Regente Cristina de Lorena y María Magdalena de Austria, constatado que la doble competencia (de los *Otto* por el juicio penal y de los otros jueces por las cuestiones patrimoniales) comportaba no pocos equívocos por la dificultad de los unos y de los otros jueces de poder consultar toda la documentación del quebrado, establecieron que –aunque se debía proceder, ante todo, al juicio penal– los *Otto* no impidieran en nada el trabajo de los otros magistrados, y que los inventarios fueran hechos por todos juntos evitando inútiles duplicaciones y aumento de los gastos, dándose después, de los mismos inventarios, una copia para cada oficio (Cantini, *Legislazione toscana*, XV, 302-304).

pectiva del Soberano y de sus Consejeros"⁵⁰; sino, se trata de la clara toma de conciencia de la radical *diferencia* entre quiebra y delito de quiebra ya sea sobre el plano sustancial como sobre aquel procesal: en suma, un progreso muy claro en la dirección de la justicia y de la necesaria distinción entre los dos perfiles de la quiebra –aquel patrimonial y aquel penal– cuya confusión viene (justamente) reprochada aún hoy día a nuestros legisladores.

Esta nueva línea de política del derecho, fundada sobre la disciplina autónoma del delito de quiebra respecto a la quiebra, fue seguida por muchos legisladores⁵¹ y tuvo su coronación, a inicios del siglo XVIII, en las *Constituciones* piemonteses de 1723⁵², donde el caso criminal de la quiebra dolosa fue detalladamente *descrito* y definido⁵³, aunque las sanciones –aparte de la aplica-

⁵⁰ Este juicio inexacto es de Saporì, *La registrazione dei libri di commercio in Toscana*, 35 ss.

⁵¹ Sciumè, *Ricerche sul fallimento*, 55 ss.; Santarelli, *Per la storia*, 152 ss.

⁵² Viora, *Le Costituzioni Piemontesi*.

⁵³ *Leyes y Constituciones de Su Majestad*, lib. II, tit. XXIV, cap. V.

"1. Cada, y cualquier Banquero, Mercante o Negociante, que se retire de su Casa o del Negocio o Banca, sin dejar en su lugar los Libros, Inventarios y Balances, será reputado por quebrado doloso.

2. Lo mismo ocurre cuando después de haber dejado dichos Libros y Balances, resultase que los Libros e Inventario no fueran hechos en el modo prescrito, o también, si siendo tales en la forma extrínseca, se les encontrara tenidos con fraude y engaño en el intrínseco de los mismos.

3. Será también tenido por Quebrado doloso, o bien autor de una Bancarrota fraudulenta, quien habrá ocultado los Efectos del Negocio en perjuicio de Acreedores, o declarado a alguien como Acreedor de una mayor suma de aquella, que le fuera legítimamente debida".

ción, ya tradicional, de la infamia– eran indicadas en modo genérico⁵⁴, mientras –por respeto, probablemente, a una tradición normativa desde tiempo consolidada en la vecina *Francia*⁵⁵– se declaró, legislativamente, la total correspondencia de la "quiebra *dolosa*" y de la "bancarrota *fraudulenta*"⁵⁶. Este modelo legislativo de la Casa Saboya, que en 1770 habría tenido por parte de Carlo Emanuele III un significativo retoque con las indicaciones específicas de las penas⁵⁷, fue recibido puntualmente en el Ducado de Módena con un edicto de Francesco III d'Este de 1755⁵⁸.

⁵⁴ Lib. II, Tit. XIV, Capítulo V, 10.

"Los quebrados dolosos, además de sufrir la sanción de infamia, serán punidos criminalmente según el tipo de Quiebra y de las circunstancias que se puedan presentar y siendo en algún modo alejados, se procederá en contra de ellos en Contumacia, como se hace contra los otros Delinquentes".

Para el procedimiento penal de la contumacia, *cfr.* Lib. IV, Tit. XIX.

⁵⁵ Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, 68 ss., 187 ss.

⁵⁶ *Leyes y Constituciones*, lib. II, tit. XXIV, cap. V, 3, cit. en la nota 52.

⁵⁷ *Leyes y Constituciones de Su Majestad. Loix et constitutions de Sa Majesté*.

Lib. II, Tit. XXIV, Cap. V, 5.

"La pena de los Quebrados dolosos será siempre aquella de la cadena perpetua, con la ejemplaridad, que se considerará mayormente adecuada para expresar un justo (...) horror hacia un fraude tan grave (...) y se extenderá también hasta la muerte, si la gravedad del caso así exigiera, por la convergencia de una maliciosa maquinación de dolo y un engaño en perjuicio del Público".

⁵⁸ *Edicto de Francesco III d'Este del 7 de julio de 1755*, XI, I.

"I. Los Quebrados dolosos, además de sufrir la infamia y la perpetua inhabilitación para poder ejercitar la *mercatura*, si son Mercantes, serán punidos criminalmente según el tipo de quiebra y de las circuns-

Naturalmente, junto a los delitos del quebrado, los legisladores se preocuparon de prever y punir también aquellos comportamientos de los terceros que podían obstaculizar o hacer imposible el cumplimiento de los actos más importantes del procedimiento de quiebra: tales fueron la complicidad con el quebrado⁵⁹, el encubrimiento de sus bienes⁶⁰ y la falsa insinuación de créditos⁶¹.

V. LA FORMACIÓN DEL ACTIVO Y DEL PASIVO DE LA QUIEBRA

El gran énfasis que desde el inicio asumieron, en el cuadro de las normas destinadas a disciplinar la quiebra, los perfiles penales de la institución, no debe hacernos olvidar que en la raíz de la quiebra, como hecho típico, permanecía desde siempre la *crisis* de un mercante transformado en incapaz de hacer frente al cumplimiento ordinario de las propias obligaciones, y como *institución* no era otro (ni podía ser) que el complejo de los *instrumentos* y de las *reglas* predispuestas para la li-

tancias que se presenten, y huyendo o ausentándose del Estado se procederá en contra de ellos con contumacia (...).

II. Por quebrado doloso se entienda cada Banquero, Mercante o Negociante, que se retire de su Casa, Negocio o Banco, sin dejar en su lugar Libros, Inventarios o Balances, o también que dejándolos, sean encontrados defectuosos, o que haya ocultado los efectos del Negocio en perjuicio de los Acreedores, o declarado a alguien como Acreedor de una mayor suma, que le fuese legítimamente debida".

⁵⁹ Santarelli, *Per la storia*, 158 ss.

⁶⁰ Santarelli, *Per la storia*, 159 ss.

⁶¹ Santarelli, *Per la storia*, 161 ss.

liquidación general y oficiosa del patrimonio del quebrado en el *interés* de sus acreedores y para la *repartición* entre los acreedores mismos (según los criterios que veremos luego) del dinero obtenido en esta liquidación.

La crisis del mercante aún permanecía –por las razones que hemos visto– caracterizada, en manera indeleble, por su radical e insanable condición *antijurídica*. Y de esta condición antijurídica derivaba, sobre el plano de las disposiciones normativas, que el entero *procedimiento* de quiebra estaba dirigido a realizar al máximo las *expectativas* de los *acreedores* y a tutelar, en modo exclusivo, sus *intereses* sin que nunca emergiese la más mínima preocupación de equilibrar, también en parte, estas expectativas y estos intereses con aquellos –naturalmente contrastantes– del deudor quebrado.

Una así radical "elección de bando", a la cual los legisladores se mantuvieron siempre rigurosamente fieles (con la sola, y por tantos lados singular, excepción de la República Véneta), y de los cuales hemos tenido una muy puntual confirmación en las páginas ahora dedicadas a las normas penales en materia de quiebra, también se explica con las razones fundantes de la "sociedad mercantil".

Sobre el plano penal y personal, este hecho era sancionado con el exilio y con la infamia, a los cuales correspondía, en el sentir común de la opinión pública (*opinio vulgi*), una sustancial repulsión respecto al quebrado, el corte de toda relación con él, su reducción a ser un objeto de la piedad (*pietas*) más grande de la cual todo pobre (*pauper*) podía tener derecho en una sociedad "cristiana", pero por el cual era sabio y

prudente no mostrar en público alguna solidaridad concreta⁶². Sobre el plano *patrimonial* este rechazo se concretaba en una *tutela* indiscriminada de los *intereses* de los *acreedores* considerados como *ratio legis*, que objetivamente justificaba normas que ciertamente no se proponían como objetivo un acuerdo equitativo de intereses contrapuestos.

De esto, que podríamos llamar *favor creditorum*, las normas estatutarias relativas a la *formación* del *activo* de quiebra ofrecen verificaciones muy claras. Éstas se fundan sobre el principio, constantemente afirmado, de la subordinación a la *ejecución* forzada del entero *patrimonio* del quebrado, que sufría el *despojo* como *consecuencia* directa e inmediata de la *quiebra*⁶³.

Junto a esta regla general, que implicaba el paso de la *administración* del patrimonio del quebrado a los *órganos* predispuestos para esta administración⁶⁴, con la

⁶² Un ejemplo entre los muchos, que se podrían agregar, es aquel de Giovanni di Pagolo Monelli, mercante florentino, que en los primeros años del siglo XV, en uno de sus *Recuerdos*, así advertía a sus lectores: "Y sobre todo (acuérdate bien) no te obligues nunca por ningún quebrado, ya sea él un familiar o bien un amigo; nunca, si tú vieras con el ojo que él tiene a rendir cuarenta céntimos por lira, no te confíes nunca, a menos que tú no quisieras perderlos por él. No quites ni prenda ni nada, ni tampoco te confíes de las grandes promesas: haz que no esté contigo (no lo olvides), no te dejes engañar, ten cuidado a que no se te vaya de las manos. Y pasada la tormenta, tú lo contentarás con una porción de grano o con diez florines; y esto te será más útil que su precedente patrimonio porque este último va a los acreedores, mientras que esto lo mantiene él". Morelli, *Ricordi*, III, en V. Branca (a cargo de), *Mercanti scrittori*, 185.

⁶³ Santarelli, *Per la storia*, 107, ss.

⁶⁴ Santarelli, *Per la storia*, 316, ss.

finalidad de proceder a la liquidación del mismo patrimonio⁶⁵, hubo otras más específicas que impusieron a los *terceros*, detentores de las *cosas* del quebrado, *entregarlas* a la *masa* de la quiebra⁶⁶ y a los *deudores* del quebrado pagar las propias deudas, ya no al mismo quebrado, ahora despojado, sino a los *órganos* predispuestos para la quiebra⁶⁷; con la obvia consecuencia, que es válida aún hoy en día, que el pago hecho al quebrado estaba viciado por nulidad y debía ser pedido a los *órganos* de la quiebra en beneficio de los *acreedores* del quebrado.

El objetivo que los legisladores estatutarios constantemente se propusieron fue aquel de encontrar y someter a liquidación general y oficiosa cuantas más cosas (y créditos) del quebrado fuese posible, con la finalidad de limitar al máximo el daño que infaltablemente, derivaba de la quiebra a los *acreedores*; y en el perseguir este objetivo, no tuvieron consideraciones, no sólo con el quebrado, sino también con aquellos *terceros* —detentores a varios títulos de las cosas del quebrado o sus *deudores*— cuyo comportamiento, si oportunamente disciplinado en el interés exclusivo de los *acreedores*, podía llegar a aumentar, también en modo considerable, la *masa* a dividir.

Si los bienes y los créditos que el quebrado tenía al momento de la quiebra ponían a los legisladores el solo problema "de hecho" de cómo encontrarlos (y

⁶⁵ Santarelli, *Per la storia*, 269, ss.

⁶⁶ Santarelli, *Per la storia*, 192, ss.

⁶⁷ Santarelli, *Per la storia*, 196, ss.

consecuentemente ponerlos a disposición de la masa de la quiebra), más compleja –y no sólo “de hecho”– aparecía la tarea de someter a evaluación crítica aquellos *negocios* con los cuales el *quebrado* objetivamente hubiese *depauperado* su patrimonio (haciendo aún peor la situación de los acreedores).

Si era verdad, y proclamado, que quebrado era sinónimo de estafador por una dolosa dilapidación de su patrimonio ya arrasado, los instintos fraudulentos del mercante quebrado podían haber encontrado el modo de desahogarse. Además esta materia podía aparecer, y era, ulteriormente más compleja por la presencia de un tercer contrayente, que sin duda no podía ser definido, también él un estafador como el quebrado, y cuyas razones también podían merecer alguna (si bien secundaria) atención o tutela.

Pero los legisladores se mantuvieron, también en esta específica y más compleja materia, fieles a sus elecciones de política del derecho. El objetivo al cual apuntaron, desde el principio con absoluta lucidez, fue el garantizar que se restituyeran a la quiebra todas aquellas actividades que el quebrado hubiese “fraudulentamente” transferido a terceros. Pero inmediatamente los legisladores constataron cómo era difícil proveer la prueba directa y rigurosa de este intento fraudulento, común al quebrado y al tercer adquirente y, al mismo tiempo, consentir a los órganos predisuestos para la quiebra, el evitar las fastidiosas lentitudes de un juicio de conocimiento en el cual probar, en contradicción con el tercer contrayente, la enajenación fraudulenta.

Por esto al supuesto *subjetivo* del *fraude* (que necesitaba una no fácil ni rápida verificación), los legisladores sustituyeron aquel *objetivo* (y más fácilmente constatable) del *tiempo* en el cual se había cumplido el negocio que había depauperado el patrimonio del quebrado.

En un primer momento a este elemento objetivo fue asignada la función del hecho notorio, del cual era posible argumentar, presuntamente⁶⁸, la subsistencia del hecho ignorado constituido por el fraude⁶⁹. Pero después de poco tiempo los legisladores olvidaron este procedimiento probatorio por presunción y, sobre todo, pusieron en segundo lugar el fraude como título justificativo de la declaración de ineficacia del negocio que depauperaba y dieron relevancia exclusiva al tiempo en el cual el negocio mismo había sido cumplido⁷⁰.

Nació así aquel singular instrumento procesal que es la acción revocatoria de la quiebra⁷¹, instrumentalmente diferente de la revocatoria, así llamada, ordinaria⁷², justamente por la relevancia primaria que en la primera asume aquello que, con un término significativo en la jerga de los prácticos, fue definido “periodo de sospecha”⁷³. Así adecuada a las peculiares exigen-

⁶⁸ De la presunción ya hemos tenido modo de dejar huella, *supra*, p. 63, n. 15.

⁶⁹ Santarelli, *Per la storia*, 199, ss.

⁷⁰ Santarelli, *Per la storia*, 204, ss.

⁷¹ Hoy, por nosotros, disciplinada en el art. 67 de la Ley de quiebra italiana.

⁷² Regulada en el art. 2901 del Código Civil italiano.

⁷³ Sobre los caracteres específicos de estas dos acciones, y sus consiguientes connotaciones diferenciales, nos basta reenviar, por una

cias de la quiebra, esta acción revocatoria especial asumía aquellas precisas connotaciones de *actio in rem* con puntuales caracteres de restitución que ha conservado hasta hoy⁷⁴.

La originalidad de esta solución elaborada por los legisladores estatutarios, su coherencia con las exigencias que la práctica cotidiana imponía, son confirmadas en la comparación con lo que venían reflexionando, siempre en materia de acción revocatoria, los *doctores* del derecho común que construían el sistema a partir de los elementos textuales ofrecidos por el *Corpus* justiniano. En un primer tiempo los Glosadores enseñaron que la acción revocatoria era experimentable útilmente sólo si fuese dada la prueba rigurosa del fraude, y que su efecto típico era de no poder oponer el negocio, que era objeto del mismo fraude, al solo acreedor que lo había propuesto⁷⁵.

Pero enseguida la orientación diferente de los legisladores estatutarios, en dar arreglo a la nueva acción revocatoria ejercitable en el contexto del procedimiento de quiebra, indujo también a los juristas a un total cambio de opiniones: en época inmediatamente sucesi-

resumida, pero suficiente información, a Natoli, *voz Azione revocatoria ordinaria*, y a Ferrara, *voz Azione revocatoria fallimentare (Acción revocatoria de quiebra)*.

⁷⁴ Ferrara, *voz Azione revocatoria fallimentare*, cit., 907 y Corsi, *La revocatoria ordinaria del fallimento*.

⁷⁵ Piano Mortari, *L'azione revocatoria*, 12-116.

va a la Glosa de Acurcio⁷⁶ y en la Escuela de Orleáns⁷⁷ —es decir en la segunda mitad del siglo XIII— se admitió como posible una verificación presuntiva del fraude, hasta que en el siglo XIV los Comentadores aceptaron, sin más reservas, la solución elaborada en los estatutos (es decir, aquella fundada en el así llamado "periodo de sospecha" como único criterio objetivo de la revocabilidad del negocio); sin esconder, del todo, ni la exclusiva tutela que así venía dada a las razones de los acreedores del deudor (es decir, en nuestro caso, del quebrado) enajenante respecto a aquellas del tercer adquirente (eventualmente también de buena fe), ni el desmentido que se daba a la tradición romanística⁷⁸.

Frente a la comprobación y a la formación del activo, se ponía el problema de determinar cuál era la masa de las deudas del quebrado, cuya satisfacción se habría debido cubrir finalmente. Una cosa preliminar era cierta, ya que en ella consistía el hecho mismo de la quiebra: que el activo habría sido insuficiente para pagar integralmente a todos los acreedores.

Este dato de hecho imprescindible y las razones de política del derecho que modelaron en su complejo la institución de la quiebra, explican por qué casi en todas partes la verificación del pasivo de la quiebra asumió el carácter de *sumario* (también, y sobre todo, en el régimen probatorio) e *incidente* respecto del entero

⁷⁶ Piano Mortari, *L'azione revocatoria*, 153.

⁷⁷ Piano Mortari, *L'azione revocatoria*, 155-176; Dupouy, *Le droit des faillites*, 20-55.

⁷⁸ Piano Mortari, *L'azione revocatoria*, 185-220.

procedimiento de quiebra; formas de verificación más complicadas o indagaciones perfectas bajo el perfil procesal, pero destinadas necesariamente a resolverse en un retardo del pago aunque parcial de las deudas, habrían contradicho desde su raíz, aquella tutela incondicionada de los acreedores que representó en cambio un canon fundamental de política del derecho.

En lo referente a los instrumentos, más propiamente procesales, de esta verificación del pasivo, nos bastará notar que –aparte de ciertas extremas reducciones a juicio ordinario de conocimiento con litisconsorcio necesario de los actores⁷⁹, u otras significativas omisiones de cualquier disciplina de este infaltable incidente de conocimiento⁸⁰– la solución, casi universalmente acogida por los legisladores, fue prever una suerte de proclama pública dirigida, por los órganos predispuestos para la quiebra, a los acreedores del quebrado con la asignación de un término para insinuar los propios créditos; la insinuación, de cumplirse en el término prefijado; el conocimiento acumulativo y sumario sobre la base de una instrucción probatoria reducida al mínimo y frecuentemente sustituida por una

⁷⁹ Es el caso –a decir verdad no imponente– de algunas “consolidaciones” del siglo XVIII: las *Leggi e Costituzioni* de Vittorio Amedeo II de Saboya en 1723, recibidas en 1770 por la nuevas *Constitutiones* siempre saboyanas y por la legislación modenese de los Estenses de 1755 y de 1771 (largamente tributaria, en materia de quiebra, de aquella saboyana). Cfr. Santarelli, *Per la storia*, 215, ss.

⁸⁰ Esta orientación, inaugurada por el Estatuto mercantil milanés de 1330 y hecha propia por el homólogo de Cremona de 1338, se mantuvo circunscrita y sin imitaciones. Cfr. Santarelli, *Per la storia*, 219, ss.

declaración solemne, eventualmente ratificada por un juramento⁸¹.

Esta rapidez de formas –que ha permanecido como carácter peculiar de la quiebra hasta nuestros días⁸²– si por un lado, tutelaba al máximo a los acreedores no obligándolos a dar pruebas particularmente complicadas, era por otra parte proporcionada y garantizada contra cada abuso fácil de las severas sanciones penales conminadas contra aquellos que hubiesen insinuado créditos falsos o en medida superior al real, aprovechando las facilidades del régimen probatorio⁸³.

VI. NO SE APLICA EL DERECHO COMÚN (*NON SECUNDUM IUS DICTAT*)

El núcleo esencial de la entera institución de la quiebra, su perfil fisonómico más específico y característi-

⁸¹ Santarelli, *Per la storia*, 219, ss. Aquí sería necesario discutir acabadamente respecto de las escrituras contables del mercante, para ver cómo también en el momento de la verificación del pasivo de la quiebra, ellas diesen pruebas contra quien las había redactado (aquellas del mercante quebrado, contra él, alegadas por los acreedores insinuantes), pero a su favor (alegadas por él mismo, acreedor del quebrado). No lo hagamos, para no abrir un paréntesis que necesariamente sería muy largo y que terminaría, por lo tanto, perdiendo el hilo de nuestro argumento. Quien desee saber más de este tema, por otro lado de gran interés, podría consultar útilmente el reciente y óptimo trabajo de Fortunati, *Scrittura e prova*.

⁸² En lo respectivo al ordenamiento jurídico italiano es suficiente dirigirse a lo que se lee en AAVV, *La riforma*, 185-193. De esta parte del libro es autor Guido Canale.

⁸³ Santarelli, *Per la storia*, 161 ss. Es el mismo delito que todavía hoy el art. 232 de la Ley italiana de quiebra prevé y castiga muy severamente (de uno a cinco años de reclusión y la multa de 51 a 516 euros) bajo la rúbrica de “solicitudes de admisión de créditos simulados”.

co, es dado por el criterio según el cual fue establecido que vinieran repartidas entre los acreedores las sumas recabadas de la liquidación general del patrimonio del quebrado.

Desde el inicio un dato era cierto: y era el mismo hecho de la quiebra, es decir, las sumas recabadas de la liquidación del patrimonio del quebrado y destinadas a ser divididas entre sus acreedores ciertamente eran inferiores al importe global de las deudas que se necesitaba pagar. Era, por lo tanto, inevitable que una parte a veces también considerable, de las obligaciones del quebrado se mantuviera incumplida: se trataba de elegir cuál debiera ser esta parte, que es decir que necesitaba decidir sobre cuál de los acreedores tuviera que recaer el daño consiguiente al desequilibrio del mercante quebrado.

Dicho en términos más rigurosamente técnicos, era un *clásico problema de concurso* (entre *acreedores*, en este caso), cuya solución no podía ser dejada al azar o –peor aún– a la diligencia desordenada sólo de los concurrentes, sino que debía descender de la aplicación *rigurosa* de un *crédito* objetivo y *predeterminado* por la ley.

Si después se considera el hecho que el único interés en la mira de los legisladores, es decir aquel, cuya tutela incondicional había representado desde siempre la primera y última razón que justificaba toda la institución de la quiebra, había sido el interés común de los acreedores “sublimado” al rango de interés “público”, se entenderá claramente por qué esto de la repartición del activo fuera, en realidad, el nudo más duro de desarmar.

Aquí, de hecho, aquella solidaridad muy fuerte entre acreedores corría el riesgo de romperse totalmente: tutelada en las relaciones con el quebrado y con los terceros hasta, y a veces más allá de cada límite, podía dejar aquí el lugar a una salvaje “guerra de todos contra todos” en el deseo, de cada uno, de restarse al daño de la quiebra del deudor común descargándolo sobre los propios concurrentes.

Todo esto no ocurrió; y es precisamente en la solución legislativa que al problema del concurso fue dada que se puede tomar la sustancia más profunda de la quiebra.

Un posible criterio de pago de las deudas del quebrado podía ser aquel de la graduación: diferenciar entre ellos los créditos de cada uno, establecer una jerarquía de éstos y liquidarlos partiendo desde los que ameritaban mayor tutela y así descender hasta los protegidos menos intensamente. Del momento que las disponibilidades económicas eran por definición menos que las necesidades, una vez satisfecho (entera o parcialmente) un cierto acreedor, se habría constatado el agotamiento de estas disponibilidades, con la consecuencia que a los acreedores sucesivos no se les habría pagado nada.

Un criterio similar también habría podido ser plausible, bajo la condición –se entiende– que la graduación de los acreedores hubiera sido rigurosamente correcta. Y dos eran los modos posibles para garantizar esta corrección: o que se hubiera observado la sustancia intrínseca de cada una de las obligaciones y se hubiera ofrecido una más intensa tutela a aquellos créditos

cuya *causa* pareciera objetivamente meritoria⁸⁴; o bien que se hubieran satisfecho los créditos pagando primero aquellos de más antigua datación y así sucesivamente dando cumplimiento a los más recientes (los últimos de los cuales serían destinados a quedar impagos).

El primer modo tenía en sí una justificación suficientemente propia. El segundo podía jactarse, a su propio favor, de una larga tradición, que había terminado con la adquisición de una aparente justicia sustancial: ya en el *Corpus* justiniano —de hecho— se encontraba afirmado el principio de la preferencia del crédito anterior (con exclusiva referencia, pero no al tiempo del nacimiento de la obligación, sino a aquel de la constitución de la garantía real)⁸⁵, y la conciencia jurídica medieval había extendido este principio más allá de toda posible referencia específica, llegando a proclamar solemnemente que “quien es primero en el tiempo es preferido por el derecho” (*qui prior est tempore potior est iure*)⁸⁶.

⁸⁴ Es un criterio que tiene su “justicia”, y que aún hoy nosotros conocemos y aplicamos (también en el específico tema de la quiebra) cuando distinguimos la categoría de los créditos “privilegiados” y aquella de los créditos “quirografarios”, prefiriendo —en la satisfacción— la primera a la segunda.

⁸⁵ C. VIII. 17 (18). 3 (4). *El Emperador Antonino Caracalla a Varo: Si recibiste un fundo en prenda antes que fuese vinculado al Estado, como eres primero en el tiempo así eres preferido por el derecho* (Imp. Antoninus A. Varo. Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior est tempore ita potior est iure).

⁸⁶ Dinus Muxellanus, *Regulae juris*, LIV.

Es necesario tener presente aquí en la nota, también para dar cuenta de lo que “solemnemente” está escrito en el texto, que las *Regulae juris* (*Reglas jurídicas*) fueron compuestas por Dino del Mugello en los últimos años del siglo XIII, por encargo del Papa Bonifacio VIII y pues-

El otro posible criterio para satisfacer a los acreedores consistía en pagar a cada uno la cuota de crédito que podía ser permitida por los medios disponibles después de haber liquidado todo el patrimonio del quebrado. Así, por ejemplo, si aquellos medios hubiesen sido pares a una décima parte de las sumas totales, debidas por el quebrado a los acreedores, cada uno de ellos habría recibido en pago, por los órganos de la quiebra, un décimo del propio crédito.

Este criterio, por un lado no consideraba (haciéndolas jurídicamente del todo irrelevantes) las razones “objetivas” por las cuales la posición de un acreedor podía aparecer meritoria de una tutela más intensa respecto a otras menos meritorias; y, por otra parte, parificando rigurosamente las expectativas de cada uno de los acreedores, ofrecía una tutela más ecuánime (ya sea en un sentido material, de igualdad y nivelación en un mismo plano) —y por eso mismo en su conjunto más intensa— a la categoría de los acreedores en su conjunto (que finalmente eran miembros de la clase de los mercantes).

En otros términos, la aplicación de este criterio anulaba toda posibilidad de contraste al interior de la categoría de los acreedores del quebrado; la cual, tan intensamente protegida respecto de todos los posibles terceros, veía venir a menos cada posibilidad de choque a su interior, mediante la aplicación de este criterio del concurso.

tas a pie de página en el *Liber sextus* (*Libro sexto*) de las Decretales. Y es obvio que estas *regulae* (*reglas*) canónicas eran destinadas a reflejar aquel célebre título *De diversis regulis iuris antiqui* (*De las diversas reglas jurídicas antiguas*) (D.50.17) que concluía los Digestos justinianos.

Los legisladores estatutarios, puestos de frente a esta alternativa, no mostraron dudas. Ya en las costumbres de Amalfi, de 1274, se lee que los acreedores del quebrado no deben ser satisfechos según el principio propio del *ius* (es decir, del derecho común) según el cual "quien es primero en el tiempo es preferido por el derecho" (*qui prior est tempore potior est iure*), sino que conviene que concurren todos juntos a dividirse el patrimonio del quebrado, ni debe ser un obstáculo que uno ostente un crédito anterior y otro posterior en el tiempo⁸⁷.

De modo similar el Estatuto florentino del Capitán del Pueblo (Capitano del Popolo) de 1322 dispone que a los acreedores del quebrado se les paguen sus créditos según el criterio del concurso (*per solidos et libram*) sin dar importancia al "privilegio"⁸⁸ del tiempo como

⁸⁷ Costumbres de Amalfi de 1274, El Modo de repartición que debe observarse entre los acreedores que reciban los bienes del deudor (*Modus servandus inter creditores capientes bona debitoris*).

"Cuando los bienes del deudor son recibidos por los acreedores, no se aplica el derecho común, con base en que quien es primero en el tiempo es preferido por el derecho, sino concurrendo juntos se dividen, con el criterio de igualdad, entre sí estos bienes, ni representa un obstáculo el hecho que un acreedor sea anterior en el tiempo y otro posterior". *Bona debitoris cum capiuntur per creditores non secundum jus dictat: qui prior est tempore potior in iure, sed concurrentes insimul aequa lance inter se dividunt per libram, nec obstat si alter creditor sit prior et alter posterior tempore*" (p. 27).

⁸⁸ No es cierto el caso de adentrarnos aquí en la discusión sobre el valor de la categoría jurídica de "privilegio" con referencia específica a la experiencia jurídica medieval. Algunas observaciones pueden encontrarse en Santarelli, *Privilegio-diritto intermedio*.

título sobre el cual fundar la afirmación de un tratamiento preferencial⁸⁹.

Hemos elegido estos dos textos, del siglo XIII en Amalfi y del XIV en Florencia, entre muchos —provenientes de cada parte de Italia⁹⁰ y datados desde el siglo XIII hasta inicios del siglo XVIII⁹¹— en los cuales el principio del concurso entre los acreedores del quebrado aparece afirmado con absoluta claridad como fundamento de la institución entera, por una razón que resultará obvia a cualquiera que los haya leído no distraídamente: porque los dos proclaman la regla del concurso sin olvidar (por el contrario, contraponiéndolo con perfecta lucidez en su norma) aquel principio querido a un *ius* de antigua y tan ilustre ascendencia según el cual la preferencia por el derecho (*potioritas iure*) podía fundarse solamente sobre una antecendencia en el tiempo (*prioritas tempore*).

⁸⁹ Estatuto del Capitán del Pueblo de Florencia de 1322, lib. II, XXXI, "Cómo se satisfacen los acreedores por concurso en caso de quiebra de los deudores" (*Quod satisfiat creditoribus talium debitorum per solidos et libram*).

"(...) En caso de quiebra de los deudores cada uno de los acreedores sea satisfecho por medio del concurso (...) a pesar del privilegio de la preferencia de tiempo o bien de que alguien fuera preferido por derecho [...] *unicuique creditoribus talium debitorum satisfiat per solidos et libram* (...) *non obstante privilegio prioris temporivis vel quod aliquis esset potior iure*].

⁹⁰ De aquella Italia, se entiende, donde la *mercatura* floreció desde la Edad Media y donde igualmente floreció una copiosa legislación estatutaria: de aquella Italia, es decir, que suele definirse "comunal", también más allá de los límites cronológicos de la Edad de las Comunes.

⁹¹ Ver la reseña en Santarelli, *Per la storia*, 239 ss.

Esta lucidez nos impulsa a destacar, como signo muy limpio de la conciencia que los legisladores tuvieron que construir, con perfecta autonomía de proyecto, una institución nueva buscando dar una respuesta coherente a los problemas *típicos* –y también ellos, en cierto modo, “nuevos”– de la sociedad mercantil; problemas que se desearon resolver teniendo presente los intereses colectivos de los acreedores del quebrado, en cuanto a intereses exquisitamente “mercantiles”.

Por eso estos intereses, en su conjunto, fueron siempre defendidos con absoluto rigor olvidándose voluntariamente de aquellos –eventualmente conflictivos– de otras categorías de sujetos y se siguió en vía de principio a la más rígida *aequitas* (*equidad*) cuando después se trató de resolver los conflictos internos. Eran dos modos aparentemente opuestos, pero en realidad perfectamente homogéneos, con la finalidad de tutelar al máximo las razones de *clase* de los *mercatores*.

Una posible diferente línea de “política del derecho” que los legisladores estatutarios habrían podido adoptar –deteniéndose, por ejemplo, a elegir, al interior de la categoría de los acreedores del quebrado, las posiciones meritorias de una tutela más intensa, y a compilar una consecuente (preferentemente completa) graduación de pagos– habría logrado evitar tal vez alguna mayor iniquidad, pero ciertamente habría marcado una línea de profunda discontinuidad en el diseño total al interior de la institución de la quiebra.

En realidad a la tutela indiscriminada de los intereses colectivos de los acreedores del quebrado, apareció (y era) mucho más homogénea la regla del concurso

–que no distinguía, al interior de la categoría protegida, un sujeto de otro diferenciando más o menos arbitrariamente la tutela– que aquella de la graduación, que precisamente se habría debido fundar sobre el canon de la discriminación.

Pero este principio no estuvo exento de algunas excepciones. La más importante –en sí, y por el número tan grande de legisladores que la acogieron– tuvo como objeto la dote. Fue dispuesto universalmente que los créditos correspondientes a la esposa del quebrado en consecuencia de la constitución de la dote, no debieran estar sujetos a la regla general del concurso y además tuvieran que considerarse extraños a la misma quiebra, y debieran, por lo tanto, ser pagados primero y fuera de todas las otras deudas del quebrado (“en *prededucción*”, se diría, deseando usar la jerga no tan elegante, pero tampoco privada de una evidencia concreta de los prácticos de hoy)⁹².

Es una excepción que merece un poco de atención. En la sociedad bajo-medieval y moderna la dote tuvo una marcada singularidad. Fue el instrumento a través del cual se garantizaron dos “bienes” considerados esenciales: por una parte, el poder casi absoluto de gobierno sobre la familia, que era reconocido al marido, a través de la estimación de la dote (*aestimatio dotis*) y de su efecto específico de transferir al marido mismo no sólo la administración (*administratio*), sino que también el dominio (*dominium*) sobre las cosas dotales (*res dotales*); y, por otro lado, la garantía –que la dote

⁹² Santarelli, *Per la storia*, 243 ss.

ofrecía— de sostener las cargas del matrimonio (*sustinere onera matrimonii*) es decir, de consentir a las grandes familias mercantiles de sobrevivir (con un mínimo de decoro, pero sin su antigua opulencia), también en caso que cambios de facciones políticas o desventura de una *mercatura* hubiesen reducido en total miseria al padre de familia (*pater familias*)⁹³.

En suma, la dote tenía la función de la amortización contra los golpes desleales de la mala suerte: alguna cosa podía suceder (y la quiebra era una de las desgracias más graves que podía acaecer), aquel pequeño patrimonio —en modo usual no precisamente modesto— habría garantizado a toda la familia del quebrado una sobrevivencia decente. La orgullosa abundancia de un tiempo se había terminado, pero se podía prescindir perfectamente de ir a pedir limosna.

Una vez intervenida la quiebra del marido, estos dos “bienes” esenciales, que la dote garantizaba, debían ser tutelados contemporáneamente: requería, es decir, tener en cuenta que los bienes ya estaban prácticamente confundidos con aquellos del marido, y solamente garantizados —en el plano exclusivamente obligatorio— mediante un vínculo hipotecario que gravaba la totalidad del patrimonio del propio marido; y era, al mismo tiempo, necesario asegurar para la familia del quebrado el sustento, el mismo sustento a garantía

⁹³ Para un amplio y meditado estudio de esta materia se pueden ver, sin duda, los óptimos trabajos de Bellomo, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi*; Id., voz Dote; Id., *Profili Della famiglia italiana* (este último es un curso en el cual son recogidos —con estilo y objetivo didácticos— los resultados de las precedentes investigaciones del autor).

del cual la dote había sido constituida en el momento del matrimonio. Pero la garantía hipotecaria venía a menos con la extinción del patrimonio que era su objeto, agotado por la liquidación general del quebrado.

No había más que un modo para tutelar todos los intereses en juego: homologar la ruina a la disolución del matrimonio (*solutio matrimonii*) (a la muerte del cónyuge y en el fondo, a mirar bien la analogía entre las dos situaciones —en el plano patrimonial— no era pequeña); e imponer por lo tanto, la restitución de la dote (*restitutio dotis*) que, en el caso (siempre recurrente) de la estimación de la dote (*dos aestimata*), no era otro que el cumplimiento de la obligación dotal (*obligatio dotalis*), consistente en el pago de la estimación (*aestimatio*) de las cosas (*res*) ya constituidas en dote.

Esta tutela tan especial que constantemente fue reservada a la esposa y a los hijos del quebrado —y que necesariamente se resolvía en un daño, a veces no pequeño, para los acreedores del mismo quebrado (que hemos visto siempre tan rigurosamente tutelados)— no representó de hecho, a los ojos de los legisladores estatutarios, una elección distinta a aquellas que habían precedido el nacimiento y el desarrollo de toda la institución de la quiebra. Para convencerse basta pensar que la mujer del quebrado, como consecuencia del matrimonio y también, casi siempre por razones de nacimiento, pertenecía a la clase “protegida” de los mercantes, a la cual manifiestamente pertenecían de pleno derecho (*plenissimo jure*) los hijos.

Ofrecer a estos sujetos alguna tutela que los salvara, a veces solamente en parte, del desastre de la

quiebra no pareció por eso –y en realidad tal vez no era– contrastante con las grandes elecciones de política del derecho que aquellos legisladores habían hecho. En suma, si el quebrado –como “traidor” de las reglas de comportamiento fundamentales a las cuales cada “buen” mercante debía atenerse– merecía ser expulsado de la sociedad, y su patrimonio destinado al (parcial) resarcimiento de los daños provocados, lo peor de esta suerte podía ser evitado a la esposa y a los hijos (en cuanto extraños, ésta por función y aquellos por edad, a la gestión de quiebra de la *mercatura*).

Salvar para la esposa-madre las cosas que ella había recibido de terceros (sus parientes, casi siempre también ellos mercantes) al momento del matrimonio justo para sostener las cargas económicas del matrimonio mismo, o salvar el valor monetario de estas cosas, pareció una clemencia que se le debía a ella (y una tutela no extraña de aquellos mismos intereses de clase que la quiebra en su conjunto buscaba proteger).

Junto a esta de la dote –la cual, más que una excepción al principio del concurso entre los acreedores del quebrado, puede ser considerada una especie de “zona franca” en cuyo interior las razones esenciales de la sobrevivencia económica del núcleo familiar prevalecieron constantemente e impidieron la aplicación de las reglas “especiales” de la quiebra– otras excepciones, de menos importancia y mucho menos disciplinadas, sin embargo, fueron previstas. Se trató, en un sentido riguroso, de excepciones al principio general del concurso; excepciones que encontraban el *fundamento* preciso en la tutela particular de las que aparecieron

meritorias ciertas causas especiales de obligación (*causae obligationis*).

Este fue el caso –para la legislación véneta– de los créditos de la República, de aquellos relativos a cánones de arriendo o a mercedes de trabajo y aquellos asistidos de garantías prendarias; créditos, estos últimos, que parecen haber sido objeto de protección especial también en la legislación de Siena y en aquella de Padua; mientras, el estatuto mercantil de Bérgamo de 1457, concedió a quien hubiese dado mercaderías a crédito al quebrado (es difícil precisar si con contrato de compra y venta con pago diferido del precio o bien con contrato estimatorio) de satisfacerse sobre las mismas mercaderías fuera del concurso (sirviéndose, es decir, de aquello que con terminología moderna llamaríamos “privilegio especial”)⁹⁴.

La legislación florentina nos ofrece una muestra de evolución muy instructiva. En el estatuto de 1415 se estableció como absoluto el criterio del concurso, precisando que ni la hipoteca, ni la prenda, ni la particular naturaleza del crédito podían ser título para obtener un tratamiento privilegiado: única excepción a la regla general del concurso era aquella de la dote. Una disposición de Cosme I de 1548 (promulgada como una norma excepcional y provisoria, repetidamente prorrogada, y en fin, validada a tiempo indeterminado en 1565) estableció después que los detentores de cosas del quebrado pudieran satisfacerse sobre éstas

⁹⁴ Santarelli, *Per la storia*, 251-253 ss.

participando al concurso con los otros acreedores por el eventual residuo del crédito.

En 1585 fue explícitamente confirmada la regla del concurso con la excepción introducida por la disposición cosimiana de 1548 a la cual fueron agregados –pero siempre en el plano de las excepciones al principio del concurso– los créditos de los transportistas y de los expedicionarios a los cuales fue reconocido el derecho de satisfacerse, en modo privilegiado, de las cosas entregadas a ellos para el transporte. En 1713, en fin, Cosme III incluyó entre los acreedores privilegiados a los dependientes del quebrado por sus estipendios y los dueños de habitaciones por sus arriendos vencidos y no pagados⁹⁵. También en este caso, como se ve, el principio del concurso, en cuanto a tal, se mantuvo y fue solamente moderado por algunas excepciones (excepciones que se mantuvieron, sin nunca perjudicar la validez del principio, que siguió existiendo como peculiaridad típica y característica de toda la institución de la quiebra).

En otros casos, en cambio, los legisladores modificaron el principio. Así, uno de los estatutos del siglo XVI de Ferrara excluyó del concurso a aquellos cuyos créditos fuesen obtenidos más de siete meses antes de la quiebra y aquellos, cuyas mercaderías hubiesen estado aún en poder del quebrado⁹⁶: mientras la segunda era, ciertamente, una excepción, el primero parece más

⁹⁵ Santarelli, *Per la storia*, 253-257 ss.

⁹⁶ Santarelli, *Per la storia*, 258 ss.

bien una moderación del principio del concurso (la yuxtaposición, es decir, de un principio a otro)⁹⁷.

En la legislación boloniense es dado reconstruir una evolución que aparece bastante instructiva para nosotros. El estatuto mercantil de 1509, puesto el principio general del concurso, lo había moderado con algunas excepciones –créditos dotales, créditos del municipio, créditos garantizados por caución (para los cuales el garante debía pagar la totalidad, salvo para él el derecho de ejercitar el regreso y así participar, *per soldum et libram*, en la quiebra del deudor garantizado), créditos garantizados por prenda (con tal que hubiese estado constituida con un mínimo de veinticinco días antes de la quiebra)– y le había contrapuesto el principio “no perteneciente a la quiebra” de la preferencia por derecho (*potioritas iure*) derivado de la preferencia por tiempo (*prioritas tempore*) limitado a los créditos cuyo título resultase de un acto público precedente a la quiebra de al menos doce años⁹⁸.

⁹⁷ Esto resulta claro en la primera lectura: el texto estatutario, cuando establece el tratamiento de reservar a los acreedores de más de siete meses, declara que entre éstos “sean preferidos los que deben ser preferidos con base en el derecho” (*praeferrantur qui iure praeferrri debent*). Entonces entre éstos vale, no “la regla del concurso” (la *solutio per soldum et libram*, queriendo usar el mismo lenguaje de los estatutos), pero aquella de una graduación (*praelatio*) hecha con base en el derecho, siguiendo –es decir– los criterios ofrecidos por el *ius*, vale decir del derecho común según el cual –como hemos visto hace poco– “*qui prior est tempore potior est iure*”.

⁹⁸ Bologna Mercanti 1509, *A cuales acreedores de Quebrados los presentes ordenamientos no infieran perjuicio*. Rubrica LXVIII.

“Igualmente deseamos (...) que no se haga algún perjuicio por la presente Disposición a algún Acreedor, cuyo crédito hubiese estado

Si se piensa lo breves que son los tiempos típicos de las relaciones comerciales, nos damos cuenta de inmediato de cuan rara podía ser la aplicación del principio de la graduación⁹⁹; sin embargo se mantiene como algo importante que este principio, aunque en un ámbito

hecho por pública carta durante doce años, u otra ante la quiebra (...) de aquel deudor (...) Y aún no se perjudique al municipio de Bolonia (...) municipio al cual debía ser enteramente satisfecho (...) en caso que no tuviese garantía (...) Pero en caso que el quebrado le dio garantías pueda él mismo estar tranquilo que dicho municipio en aquel caso no puede tener indemnización ni bienes de dicho quebrado, pero tenga indemnización, en primer lugar, con dichas garantías (...) manteniendo siempre a salvo la razón de dicho municipio en los bienes de dicho quebrado, por lo que no se puede cobrar de dichas garantías, y en caso que algún Oficial del dicho municipio depusiese (...) en manos de otros que después serán declarados en quiebra (...) el municipio tenga su razón salvada contra dicho oficial y no pueda tener recurso contra dicho quebrado (...) en perjuicio de dichos Acreedores (...) y (...) si alguno de dichos acreedores tuviese alguna obligación por garantía por su deuda (...) a ese acreedor con tales garantías (...) mantenga salva su razón. Y las ya dichas garantías obligadas, hecho el pago mediante éstas (...) tengan razón como los otros acreedores del (...) deudor quebrado (...). Y de manera similar, si alguno de dichos acreedores del quebrado (...) hubiese tenido (...) prenda (...) dada a él (...) por veinticinco años antes de la quiebra (...) en aquella prenda tenga dicho acreedor del todo salvada su razón, y no puedan los otros concursar en dicha prenda, si primero aquella no es pagada (...)"

⁹⁹ Tal vez sería más exacto decir, partiendo precisamente desde la constatación de la natural brevedad del "ciclo vital" de las obligaciones comerciales, que este estatuto boloñés, al declarar aplicable el principio "clásico" de la *prioritas tempore* (preferencia por tiempo) a las obligaciones fundadas en un acto público precedente al menos doce años a la quiebra, había querido aplicar este principio a las obligaciones no comerciales, dejando las otras (entre las cuales seguramente todas aquellas conectadas al ejercicio de la empresa comercial) bajo el imperio del principio del concurso típico de la "quiebra".

así reducido, fuese afirmado por un legislador mercantil en un contexto normativo de quiebra. Un anexo a este estatuto, de 1577, en el intento de ofrecer una interpretación auténtica de la norma de 1509, reafirmó la validez del principio de la prioridad del tiempo (*prioritas tempore*) dentro de los rigurosos límites de los doce años, declarando infundada una interpretación extensiva de la precedente norma, que se había tratado de acreditar como conforme a la "disposición de la Razón Común" (*dispositione Della Ragione Comune*), según la cual este principio debía valer para cada crédito fundado sobre un acto público en el cual fuese insertada una cláusula genérica de garantía hipotecaria¹⁰⁰.

Signo evidente que la quiebra tenía, en la común conciencia de los legisladores, una connotación característica que la dejaba fuera del más general sistema de ordenamiento jurídico privado, radicado en la tradición del derecho común (*ius comune*). Otro "anexo" de 1609 nos permite una puntual reconstrucción histórica de la legislación boloñesa, en esta materia específica: llegamos así a saber que los estatutos de 1460 habían establecido el principio del concurso con la sola (habitual) *excepción* de los créditos dotales; en 1469 intervino una reforma que había introducido la norma que después había sido confirmada en 1509.

Ahora el plazo de doce años (de los actos públicos exonerados de la regla del concurso) fue reducido a

¹⁰⁰ Santarelli, *Per la storia*, 260 ss.

cinco¹⁰¹; y menos de dos meses después fue reducido a cuatro¹⁰². Aquel que en el "anexo" de junio de 1609 merece ser destacado, y que el principio del concurso de quiebra era explícitamente definido como un "*privilegio*": una norma especial, es decir, que era exenta de las reglas más generales y de los principios del ordenamiento¹⁰³. Aquella referencia que hemos destacado en los anexos de 1577 reaparece aquí con una connotación bien diferente y marcada.

¹⁰¹ Bolonia Anexos a los Estatutos mercantiles, 5 junio 1609.

"(...) por medio de los Estatutos viejos de nuestro Fuero (...) de 1400, en el particular de los Quebrados, se ordenaba, que en caso de (...) quiebra todos los Acreedores, también con base en un documento, debían concurrir a liras y dinero (...) sin delimitación de tiempo alguno, exceptuando sólo las dotes".

"(...) Y porque la experiencia (...) mostró a más modernos antecesores nuestros el perjuicio, que podía nacer para algunos sin diferencia, fue para ellos el año 1468 en los estatutos reformados (...) reducido el privilegio de dicho concurso (...) con aquellos Acreedores que tenían su crédito dentro del espacio de doce años antes de la quiebra (...) y lo mismo confirmado por otro Estatuto, impreso en el año 1509, y después repetido palabra por palabra en el estatuto moderno correcto e impreso en el año 1550 (...)"

"(...) Hemos por lo tanto resuelto (...) que el privilegio (...) de concursar a liras y a dineros (...) se restrinja (...) solamente a aquellos Acreedores titulares de créditos procedentes de documentos e hipotecas que tendrán su crédito de cinco años antes la quiebra (...)"

¹⁰² Bolonia Anexos a los Estatutos mercantiles, 31 julio 1609.

"Habiendo Nosotros (...) el 5 de junio pasado, hecho un Anexo sobre la Rub. 68 de los quebrados (...) ahora (...) reducimos el tiempo dicho de cinco años a cuatro años solamente (...)"

¹⁰³ Santarelli, voz *Privilegio*. Esta referencia a la "norma especial" recuerda la célebre definición de *ius singulare* (*derecho singular*) contenida en D.1.3.16.

En los orígenes de la institución de la quiebra, el principio del concurso había sido precisamente afirmado por ser nuevo y diferente respecto a aquel considerado en las antiguas tablas del derecho común (*ius commune*) y que Dino había transcrito en aquella regla (*regula*) suya según la cual quien es precedente por tiempo es preferido por el derecho (*qui prior est tempore prior est iure*); nuevo, y adecuado a las exigencias invenciblemente emergentes de la clase mercantil: es justamente en este entorno que se había venido construyendo la entera institución de la quiebra, con absoluta coherencia y sin nostalgias por lo que de diferente existía antes.

Siglos después, venidas a menos o atenuadas en los hechos, las razones que habían impuesto el principio "nuevo" de la solución del concurso en la quiebra (*solutio per soldum et libram*), se volvió a redescubrir, de este concurso, la naturaleza de "*privilegio*", de norma especial que derogaba a la "regla general" identificada en el principio opuesto —de la prioridad del derecho (*prioritas iure*) derivada de la prioridad del tiempo (*prioritas tempore*)— afirmado por la tradición "docta" del derecho común (*ius commune*) y fundado sobre la *lectura* de los autorizados textos romanos.

A este punto los legisladores no se alegraron más de poner simples excepciones al principio del concurso, pero le contrapusieron el otro principio, aquel de la graduación: primero sin parificarlo, pero dándole, progresivamente, siempre mayor espacio, hasta que se llegó —en una región como el Piamonte, "periférica" respecto a la gran tradición mercantil de la Italia

de las Comunas, y en una época ya lejana de la gran estación bajo medieval— a establecer, como hizo el 15 de octubre de 1733 Carlo Emanuele III de Saboya, que “en las causas de concurso de los negociantes” se debiese “colocar cada uno de los acreedores según su anterioridad o preferencia a términos de razón”¹⁰⁴. La vieja especialidad del quebrado, retrocedida primero al estatuto de mero privilegio, venía así reabsorbida totalmente en el antiguo sistema de los “términos de razón” preferidos por el *ius commune*.

VII. EL CONCORDATO

Hemos querido destacar, al inicio de nuestro discurso sobre la quiebra (en línea con las observaciones generales hechas sobre la hegemonía de la clase mercantil y sobre los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para su ejercicio), no sólo que toda la institución estaba (y es todavía, por lo menos en las buenas intenciones de nuestros legisladores) dirigida a la primaria y exclusiva tutela de los intereses de los acreedores; pero también estos intereses eran, efectivamente, “sublimados” al rango de interés público. Precisamente para perseguir este interés, el patrimonio del que-

¹⁰⁴ Santarelli, *Per la storia*, 263 ss. El Piamonte sabauda, en el siglo XIX, habría después participado muy activamente en la renovación de la legislación comercial, adecuándose prontamente a la gran corriente reformista postnapoleónica. Ver para todo esto la investigación tan puntual de Pene Vidari, *Tribunali di commercio e codificazione commerciale carloalbertina*, e Id., *Ricerche sulla giurisdizione commerciale negli Statu sabaudi*.

brado era oficiosamente liquidado y la ganancia de esta liquidación era dividida entre los acreedores con aquel cierto (prevaliente) criterio del concurso del cual acabamos de tener noción; así como siempre, para lograr este objetivo, el quebrado era sometido a aquellas severas sanciones personales a las cuales también ya nos hemos referido.

Pero no todo fue dejado al total despliegue de estos efectos y a la total puesta en obra de todos los instrumentos procesales predispuestos a eso. Fue dejada a las partes —a los acreedores y al mismo quebrado, aunque desprovisto, en línea de principio, de cada tutela— la posibilidad de alcanzar un acuerdo que valiese a dar una disciplina contractual al conjunto de las relaciones obligatorias mantenidas incumplidas y que se pudiese además evitar el verificarse de todos los efectos —sobre todo de aquellos personales y penales— que derivaban de la quiebra.

Los legisladores asignaron al *concordato*¹⁰⁵ esta específica función y frecuentemente la previeron como solución del procedimiento de quiebra alternativo respecto a aquel, más habitual, de la liquidación. Mediante este contrato —el cual, como enseña la más autorizada doctrina comercial moderna, “se reconduce a la figura gene-

¹⁰⁵ Nosotros también usamos, para definir este acuerdo entre quebrado y acreedores, la nomenclatura moderna (*cfr.* Arts. 124-141 y 160-186 de la vigente Ley de quiebra italiana) en lugar de aquellas muchas (y entre ellas diferentes) que se leen en los estatutos con el solo (y no ilegítimo) objetivo de hacer más simple y claro nuestro discurso.

ral de la transacción"¹⁰⁶— quebrado y acreedores podían concordar respecto de las modalidades de pago de las deudas: reduciendo el importe de una cierta cuota o previendo un saldo a plazo, o estableciendo la una y la otra cosa juntas.

Se debe tener presente, sin embargo, que el concordato no representó nunca —en el diseño de los compiladores de los estatutos— una excepción a los principios fundantes de la institución o un medio para desmentir el rigor o para mutar el cuadro de los intereses protegidos: eso, más bien, fue pensado y disciplinado —según el testimonio lúcido del estatuto florentino de 1415— *para el favor y la ventaja de los acreedores (pro favore et comodo creditorum)*¹⁰⁷, como instrumento igualmente destinado a su tutela. También fue clara la conexión entre concordato y quiebra, en el sentido que el primero encontró en el segundo (o, para decir mejor, en la insolvencia como situación de hecho) el propio presupuesto¹⁰⁸. Esta conexión nos es testimoniada, con particular claridad, por una norma florentina de 1288, recibida después en el Estatuto del Capitán del Pueblo de 1322¹⁰⁹,

¹⁰⁶ Ver para todos Ferrara, voz *Concordato fallimentare*, 480 ss. No interesa ahora discutir la historia de la transacción en la experiencia jurídica medieval, basta solamente recordar que el concordato tenía entonces, como tiene hoy, una causa similar a aquella típica del contrato que nosotros llamamos transacción. Para una reconstrucción puntual y acabada de la historia de la transacción en la Edad Media es para nosotros suficiente enviar a Treggiari, *Transazione*.

¹⁰⁷ Santarelli, *Per la storia*, 283.

¹⁰⁸ Santarelli, *Per la storia*, 283.

¹⁰⁹ Florencia Capitán 1322, Lib. II, XLVII. De los que escapan con el dinero ajeno y luego vuelven.

que imponía al quebrado, cuando ya gozaba de una mejor fortuna después del concordato, pagar integralmente las propias deudas: donde parece obvio que, venida a menos la situación de quiebra, cesaba también la eficacia del concordato, el cual, por lo tanto, presentaba su propia y específica tipicidad exquisitamente de quiebra¹¹⁰.

"(...) cualquiera que (...) a partir de las calendas de enero de 1287 en adelante (...) haya sido declarado quebrado y fugitivo y luego llegue a un acuerdo con sus acreedores sin pagar integralmente el capital; y después a veces volviendo a gozar de una fortuna más amplia, de modo que se crea públicamente que él pueda retornar el capital a todos sus acreedores y no les haya satisfecho en todo, desde aquel momento no pueda ni él mismo ni sus hijos y descendientes por línea masculina ejercer un arte en la ciudad de Florencia hasta que no haya satisfecho integralmente a sus acreedores (...) y que se pueda probar mediante reputación pública que no haya satisfecho integralmente a sus acreedores y que tenga con que satisfacerles, o bien si él mismo o alguno de sus hijos tenga una bodega".

De recedentibus cum pecunia aliena et postea redeuntibus.

"(...) quicumque (...) a kalendis ianuarii MCCLXXXVII in antea (...) pronunciatu fuerit cessans et fugitivus, et postea cum suis creditoribus ad concordiam deveniret non solvendo integre capitale; et post modum, quandounque, rediret ad pinguorem fortunam, ita quod publice crederetur eum posse reficere (...) capitale suis creditoribus universis, et non satisfecerit eis (...) in totum, ex tunc in antea non possit ipsi vel sui filii et descendentes per lineam masculinam de cetero in civitate Florentie artem aliquam exercere donec integre satisfaceret (...). Et quod non satisfecerit integre (...) creditoribus suis et quod habeat unde satisfaciatur possit probari per publicam famam, aut si ipse vel aliquis ex filiis teneret apothecam".

¹¹⁰ Esta solución aparece tanto más digna de notar si se le confronta con aquella vigente hoy, por ejemplo, en Italia la cual no prevé ningún posible efecto del eventual sucesivo mejoramiento de las condiciones económicas del quebrado. Cfr. AAVV., *La riforma*, 277 ss. De esta parte del libro el autor es Salvatore Sanzo.

Las soluciones adoptadas no siempre aparecen uniformes. Así, por ejemplo, los estatutos lombardos limitaron los efectos del concordato –además, por supuesto, de regular las relaciones patrimoniales entre quebrado y acreedores– a la sola remoción del bando, permaneciendo detenidas las otras sanciones personales y siempre que el concordato se lograra dentro de dos meses a partir de la quiebra¹¹¹.

En la generalidad de los casos el concordato debía recibir la aprobación de la mayoría de los acreedores (a veces, como en los estatutos de Génova de 1589, una mayoría aplastante, pero muy difícil de formarse: los siete octavos), calculada ésta por cabezas y por créditos; no es difícil justificar esta doble regla de mayoría: con ella se deseaba (y aún hoy se desea) evitar que –calculándose la mayoría por el importe de los créditos– un solo acreedor de gran suma pudiese (o pueda) imponer su voluntad a muchos acreedores de pequeñas sumas; o al contrario que, calculándose aquella mayoría por cabezas, fuese (o sea) posible “comprar” con fraude el consentimiento de la masa de los acreedores de sumas irrisorias. Una vez aprobado, vinculaba también la minoría discordante¹¹².

¹¹¹ Milán, Mercantes 1330, Que los fugitivos, si llegaron a un acuerdo con los acreedores, queden exentos del bando (*Quod fugitivi si fuerint in concordia cum creditoribus eximantur de banno*); Cremona, Mercantes, 1388, CXIII; Brescia, Mercantes, 1429, 102; Bérgamo, Mercantes, 1457, XXXI; Bérgamo, 1491, col. V, cap. LXII. Cfr. Santarelli, *Per la storia*, 278.

¹¹² Santarelli, *Per la storia*, 279 ss. La cuestión no era de fácil resolución; por el contrario el debate fue vivo: una puntual documentación en Stracchia, *De decoctoribus*, pars VI, nn. 5, 9, 10, 13, 14, 16, 17, 18, 21.

Diferente, aunque conectada a aquella del concordato, fue la función del *salvoconducto*: el que sólo sirvió para suspender las sanciones personales contra el quebrado –ya sean las afflictivas como las cautelares– con el objetivo de consentir las tratativas en vista de la eventual estipulación de un concordato¹¹³.

Otra argumentación aparte se debe hacer, en materia de concordato, para la legislación de Venecia. Si en las otras regiones hemos visto las normas que lo disciplinan, coherentes con las grandes líneas de política del derecho, que marcaron el nacimiento y la evolución de toda la institución de la quiebra –líneas de incondicionada tutela de los intereses de los acreedores y de severidad represiva en relación con el quebrado–, sustancialmente diferente aparece la orientación legislativa de la “Serenísima”, y en todo conforme a una también original orientación de la praxis de aquella ciudad. Aquí nos limitaremos a recordar la Parte del Mayor Consilio del 28 de marzo de 1395, que contiene una completa disciplina de la “fe” y de los “acuerdos” (así en Venecia se llamaron, respectivamente, el salvoconducto y el concordato). En primer lugar se lee que si en el término establecido el fugitivo (*fugitivus*) depositaba las escrituras contables y entregaba el patrimonio, sin duda se debía considerar (en fuerza de una presunción legal absoluta) que la quiebra no había sido dolosa y, por lo tanto, habría sido obligatorio conceder al quebrado el salvoconducto (*fida*).

¹¹³ Santarelli, *Per la storia*, 285-290.

Como se ve, aquí los términos aparecen invertidos respecto a aquello que hemos visto ser la orientación general de los legisladores estatuarios: de hecho aquí en Venecia, a través de un instrumento particularmente eficaz como es la presunción absoluta (es decir, que no admite prueba contraria), se tendió a generalizar, en cuanto fuera posible, un tratamiento favorable al quebrado, con la finalidad manifiesta de tutelar su interés vital (aquel de no sufrir las sanciones relacionadas con el fraude).

El segundo dato que emerge de esta norma es aún más original. El periodo de validez del salvoconducto (*fida*) era destinado a permitir la estipulación del acuerdo entre quebrado y acreedores; si se lograba, bien, de otro modo los "Sopraconsoli" (magistrados competentes en materia de quiebra) debían hacer de todo para llegar al acuerdo. La razón de tan sentida solicitud de los legisladores venecianos era declarada sin la sombra de una excitación: (*quia pium est dare subventionem istis talibus*), porque es *moralmente* un deber dar *socorro* a estas personas (es decir, a los *quebrados*); y la "Serenísima" puso las propias leyes y los propios magistrados al servicio de este conocido deber moral¹¹⁴.

No es el caso dedicar demasiado tiempo en demostrar cómo esta disciplina era diferente a la orientación seguida en los otros lugares y además representaba la

¹¹⁴ La Parte del Mayor Consejo se lee en Cassandro, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia*, 149-151. Algunas consideraciones de más en Santarelli, *Per la storia*, 291 ss.

antítesis diametral a dicha orientación¹¹⁵. Es fácil constatar como esta singular orientación de la política del derecho se armonizó con mucha dificultad con los demás regímenes jurídicos, así diversamente inspirados, cuando la expansión de Venecia hacia las regiones internas, determinó estas comparaciones (y estos choques) inevitables.

El estatuto *padovano* de 1420 nos demuestra por primera vez, no muy bien estructurada en su interior, la vivacidad de este *contraste*: después de haber establecido –en el modo habitual en otros lugares– cuáles y cuántas deberían ser las sanciones que se aplicaban al quebrado, en consecuencia del solo *hecho* de la quiebra, según los cánones tradicionales de severidad, esto concedía al Potestad el poder de oficio de dar un salvoconducto –además sin pedir el consentimiento de los

¹¹⁵ Un problema queda abierto, y tal vez –al final– irresoluble: por qué en Venecia los legisladores habían seguido un camino muy diferente de aquellos que se siguieron en otros lugares. Decir que el ordenamiento jurídico veneciano tuvo siempre una marcada "insularidad" (Zordan, *L'ordinamento giuridico veneziano*; Nehlsenvon Stryk, *Ius Commune, consuetudo e arbitrium iudicis nella prassi giudiziaria veneziana*), por un lado es constatar una cosa evidente, pero se resuelve en otro lugar –al menos aquí para nosotros– en una tautología. Una explicación "verdadera" –técnica, se entiende, no genérica– aparece imposible, al estado actual del conocimiento. Tal vez no sería riesgosa la hipótesis que en Venecia, más que en otro lugar, una quiebra podía ser la consecuencia de un infortunado viaje por mar o –de todos modos– conectado a infortunios de *mercatura* transmarina; y que esto sugería en presunto *favor* hacia estos infortunados *negotiatores* más que la inclemente severidad usada, con gusto, en otro lugar contra *fugitivos* (y tal vez no precisamente por injusticia) vistos como *fraudatores* (*estafadores*). Pero se queda siempre en el campo de las suposiciones inciertas: para fundar un juicio histórico no temerario, necesitaríamos otras reflexiones.

acreedores— a cada deudor quebrado por un periodo de tiempo, cuya determinación dependía de su discreción¹¹⁶. Sin embargo, al estatuto no le faltaba precisar que el salvoconducto podía ser concedido sólo después de haber nombrado al curador, después de haber entregado a este último los bienes del quebrado y redactado el inventario; y que el *objetivo* que con esto se perseguía (se *debía* perseguir *exclusivamente*: eso y basta) fuera el de evitar al quebrado la encarcelación y el bando permitiéndole así la tratativa en vista del concordato —lo que aún destacaba el estatuto— habría debido ser estipulado libremente por los acreedores, sin que algún oficial pudiese entrometerse estableciendo, con autoridad, las cláusulas o impidiendo que —expirado inútilmente el término del salvoconducto— los acreedores retomaran libremente la tutela de sus intereses¹¹⁷ (con los instrumentos propios del procedimiento de quiebra).

Es un texto normativo en el cual *conviven*, reconocibles nítidamente en una primera lectura, dos “estratos” diferentes: aquel conforme con una orientación general de severidad, en relación con el quebrado y de tutela exclusiva de los intereses de los acreedores y aquel —por así decir— más típicamente “veneciano” que por el contrario *viene en ayuda* del quebrado por razones de *pietas* (*pietas*).

Otros estatutos de la época más tardía, provenientes también de lugares sujetos al dominio de la

¹¹⁶ Santarelli, *Per la storia*, 296 ss.

¹¹⁷ Santarelli, *Per la storia*, 297 ss.

“Serenissima”¹¹⁸, confirman la sobrevivencia de esta tensión.

El documento, sin embargo, más vivo de este contraste entre Venecia y las ciudades a ésta sometidas, acerca de las normas de quiebra, que permite con claridad inequívoca una exégesis más segura, también de las otras normas ahora examinadas, y un acto “ducal” que el Doge Nicola Tron envió el 18 de noviembre de 1455 al Potestad y al Capitán de Brescia, y que se ha conservado en apéndice a la edición del siglo XVIII de los estatutos mercantiles de aquella ciudad.

El Doge inicia diciendo que los mercantes brescianos se han lamentado con él por el hecho de que eran concedidos los salvoconductos con extrema facilidad por los Oficiales venecianos, dañándose así gravemente a los acreedores, los cuales a su vez tuvieron que cumplir con los compromisos derivados de sus actividades imposibilitándoles respetar los vencimientos y no pudiendo exigir a sus deudores cuanto se les debía¹¹⁹.

¹¹⁸ Son los estatutos de los Mercantes bergamascos de 1457, de Crema de 1534 y de la Rivera de Salò de 1620. Santarelli, *Per la storia*, 298.

¹¹⁹ “(...) Se dirigieron a nosotros algunos de nuestros fieles mercaderes de Brescia porque sufrieron un grave perjuicio y daño por la concesión a sus deudores de salvoconductos y nos suplicaron intervenir porque es muy cierto que con eso puedan fácilmente quebrar pues ellos también compran <mercaderías> a plazo y si no les pagan ellos no pueden pagar (...)”.

“(…) Gravati sunt apud nos nonnulli fideles nostri Mercatores brixianenses quod in grave eorum prejuditium et damnum debitoribus suis salvosconductos conceditis, et supplicaverunt providere, quoniam certissimum est quod de facili subsequi posset eorum consumptio, cum etiam ipsi ad terminum emant, et nisi exigant satisfacere non possunt (...)”.

Por esto el Doge ordena a sus funcionarios no conceder ningún salvoconducto sin el permiso de los acreedores de aquel al que éste debía ser otorgado y de revocar aquellos salvoconductos que ya hubieran estado concedidos sin tal permiso¹²⁰; sin embargo, fieles a aquellos principios de *pietas* que habían sido acogidos en la legislación veneciana, él exhorta a los Oficiales a interponer sus buenos oficios para persuadir a los acreedores de permitir el concordato, pero sin constreñirlos: *"en efecto aunque tenemos compasión por los quebrados, sin embargo no queremos hacer injusticia a sus acreedores"* (*nam licet compatiamur impotentibus, tamen non intendimus eorum creditoribus injustitiam fieri*)¹²¹, concluye el Doge.

¹²⁰ "(...) como ya escribimos (...): así una vez más con estas cartas replicamos encargando a su fidelidad no realizar o conceder o dar consentimiento en ningún modo para salvoconductos sin el conocimiento y la aprobación de los acreedores (...) y en el caso en que hayan sido hechos, revocarlos. En efecto no queremos que se haga injusticia a nadie (...)"

"(...) *sicuti jam (...) scripsimus: ita etiam tenore presentium replicamos fidelitate (sic) vestrae mandantes ut nullatenus alicui facere, concedere vel assentire debeatis ullo modo salvoconductos (...) sine scitu et consensu creditorum (...) et si facti illos revocari. Nam non intendimus fieri alicui iniustitiam (...)*"

¹²¹ "(...) Por lo tanto si ustedes ven que alguien es inhábil o incapaz de satisfacer a sus acreedores, establecemos y queremos que ustedes intervengan y, con todas aquellas palabras humanas que les parezcan prudentes, hagan de modo que <los deudores> celebren un concordato con sus acreedores, con tal que no constriñan u obliguen a alguno de los dichos acreedores a querer aceptar otro que lo suyo; mandamos que ustedes procuren el consentimiento de todos para que los incapaces <de pagar> tengan plazos adecuados y convenientes; en efecto, aun-

Este es un documento de una vivacidad rara de encontrar en un acto oficial y si bien la solución que ofrece, para compensar la prohibición del salvoconducto, es una solución política y no técnica, a pesar de ello nos testimonia, como reflejo del ánimo del Doge, la fuerza del contraste que dividía a los Oficiales –acostumbrados a las leyes y, peor, a la práctica de Venecia– de los mercantes brescianos, lombardos por nacimiento y por tradiciones; a cuyos ojos debía aparecer incomprensible y aberrante tanta clemencia hacia aquellos quebrados que ellos estaban acostumbrados a ver tratados en otro modo y de cuya tutela nunca habían escuchado hablar en perjuicio de los acreedores.

Por lo tanto, realmente, podemos concluir con la existencia y la vivacidad del contraste entre la política practicada por Venecia en las tierras lombardas conquistadas y la tradición viva y fuertemente radicada en aquellas mismas tierras; pero también, y sobre todo, de la profunda originalidad de la legislación véneta en materia de concordato y de salvoconducto.

que se debe tener piedad hacia los incapaces, sin embargo no queremos que se haga injusticia a los acreedores".

"(...) *Vero si inhabilem aut impotentem aliquem esse videtis ad satisfaciendum creditoribus suis, contenti sumus et volumus, ut vos interponatis, et communibus illis verbis humanis quae prudentiae vestrae videantur, illum cum creditoribus suis concordare procurate; non astringendo vel violentando tamen aliquem creditorum praedictorum ad aliquid consentiendum praeter suum velle, sed omni eorum consensu procuretis ut impotentes habeant terminos habiles et convenientes; nam licet compatiamur impotentibus, tamen non intendimus eorum creditoribus iniustitiam fieri*".

BIBLIOGRAFÍA

- AUTORES VARIOS, *Esecuzione individuale e fallimento. Bilancio della legge fallimentare*, Milano, 1961.
- BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano, 1961.
- _____, voz *Dote. Diritto intermedio*, en *Enc. dir.*, vol. XIV, 8 ss.
- _____, *Profili della famiglia italiana nell'età dei Comuni*, Catania, 1975.
- BIONE, *Della dichiarazione di fallimento*, en F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI (a cargo de), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, arts. 1-22, Bologna, 1974, sub art. 5, 185 ss.
- BRANCA (Vittore) (a cargo de), *Mercanti scrittori. Ricordi nella Firenze tra Medioevo e Rinascimento*, Milano, 1986.
- CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, en *Enc. dir. Pen. It.*, dirigida por Pessina, vol. II, Milano, 1906, 1-538.
- CAMPITELLI, voz *Presunzione. Diritto intermedio*, en *Enc. dir.*, vol. XXXV, 260 ss.
- CAPRIOLI-ROSSI (a cargo de), *Per Edoardo Ruffini*, Perugia, 1985.
- CASSANDRO, *Le reppresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI con documenti inediti*, Torino, 1938.
- CORDOPATRI, voz *Presunzione. Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enc. dir.*, vol. XXXV, 274 ss.
- CORSI, *La revocatoria ordinaria del fallimento*, Napoli, 1965.
- DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico, rispetto all'Italia*, en *Enc. dir. pen. it.*, vol. I, Milano, 1905, 429-609.
- DUPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, París, 1960.
- FERRARA, voz *Azione revocatoria fallimentare*, en *Enc. dir.*, vol. IV, 901 ss.
- FERRARA, voz *Concordato fallimentare*, en *Enc. dir.*, vol. VIII, 471-508.
- FIGLIOLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Milano, 1953; vol. II, Milano, 1954.
- FORTUNATI, *Scrittura e prova. I Libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, 1996.
- GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, en *Archivo Jurídico*, CLVIII (1960), fasc. 1-2, 3-75.
- GROSSI, *Omaggio a Edoardo Ruffini*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), 575 ss.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979.
- MASI, *La pittura infamante della legislazione e nella vita del Comune fiorentino (sec. XIII-XVI)*, en *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. II, Roma, 1931, 625-657.
- MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1986.
- _____, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, en RAGUSA MAGGIORE-COSTA, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 1997, t. I, 3-38.
- NATOLI, voz *Azione revocatoria ordinaria*, en *Enc. dir.*, vol. IV, 888 ss.

- PENE VIDARI, *Tribunali di commercio e codificazione commerciale carloalbertina*, en *Riv. di Storia del dir. it.*, XLIII-XLIV (1971-1972), 3 ss.
- _____, *Ricerche sulla giurisdizione commerciale negli Stati sabaudi (1814-1830). Contributo alla storia della codificazione sabauda*, en *Bollettino storico-bibliografico subalpino*, LXXVI (1978), 435 ss.
- PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Milano, 1962.
- RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927; reed. Milano, 1976.
- _____, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, 1977.
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'Età intermedia*, Padova, 1964.
- _____, *Della riabilitazione civile*, en *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., arts. 118-145, Bologna, 1977, 573 ss.
- _____, voz *Privilegio-diritto intermedio*, en *Enc. dir.*, vol. XXXV, 713 ss.
- SAPORI, *La registrazione dei libri di commercio in Toscana nell'anno 1605*, en *Id.*, *Studi di storia economica medievale*, 2a. ed., vol. I, Firenze, 1955, 35-51.
- SBRICCOLI, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.
- SCIUMÈ, *Ricerche sul fallimento nel diritto moderno*, I, *Il momento setescentesco*, Milano, 1985.
- SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico*, I, Milano, 1957.

- TREGGIARI, voz *Transazione. Diritto intermedio*, en *Enc. dir.*, vol. XLIV, 790 ss.
- VIORA, *Le Costituzioni Piemontesi*, Torino, 1928 (reed. anast., Torino, 1986).
- ZORDAN, *L'ordinamento giuridico veneziano. Lezioni di storia del diritto veneziano*, Padova, 1980.

CAPÍTULO PRIMERO

UNA "NOCIÓN" QUE NO DEFINE

I. LA CLARIDAD SÓLO APARENTE DEL ART. 2247 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Quien estuviese en la búsqueda de una definición límpida y completa de sociedad comercial podría creer haberla descubierto leyendo el art. 2247 del Código Civil italiano, donde desde hace poco tiempo, bajo la rúbrica (ya de por sí tranquilizante) de "noción" y ahora¹ bajo

¹ La variación fue causada por el art. 1 del D. Lgs. Italiano del 3 de marzo de 1993, n. 88. Con esta disposición el legislador italiano aplicó la Directiva comunitaria 89/667, promoviendo la sociedad unipersonal a responsabilidad limitada constituida por una simple declaración unilateral de una persona individual. La rúbrica nueva del art. 2247 representa el intento (en verdad más bien torpe) de hacer el mismo artículo compatible con un sistema de sociedades en el cual incluye además la sociedad unipersonal. En este nuevo sistema no se puede más decir, como en cambio afirma el artículo en examen, que a la sociedad es coesencial la presencia de "dos o más personas", mientras que la pluralidad de personas reaparece cuando sea estipulado un contrato de sociedad (ya que un contrato es por definición, art. 1321 c.c., "el acuerdo de dos o más partes"). Sobre la base de este (en verdad modesto) razona-

aquella (sustancialmente más modesta) de "contrato de sociedad", se lee que "con el contrato de sociedad dos o más personas confieren bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el objetivo de dividirse las utilidades".

Parecería indiscreto exigir una definición más perspicaz que ésta: todos los elementos de la sociedad aparecen escritos en ella con precisión y sin olvidos: aquellos subjetivos —las "dos o más personas"—; aquellos materiales —los "bienes o servicios" que vienen conferidos por los socios—; aquellos que conciernen los comportamientos a los cuales los socios contrayentes están obligados —que se sintetizan muy bien en la idea de "ejercicio en común de una actividad económica"—; en fin, aquellos, que ilustran el objetivo típico al cual la sociedad tiende por su naturaleza, que es el de "dividir las utilidades" que de aquella actividad los socios se comprometen en obtener.

Además, es necesario reconocer que se trata de una lectura satisfactoria, al final de la cual parece justo que la "noción" prometida haya sido otorgada. Para un eventual intérprete incontentable permanecería, es verdad, un problema aún irresuelto y, por lo menos en una primera lectura, insoluble: de saber si, no obstante

miento nuestro legislador ha creído eliminar el problema cambiando solamente la rúbrica del art. 2247. Sin embargo, este descubrimiento curialesco naturalmente no ha restituido coherencia a un sistema que fue profundamente trastornado por la inclusión de la sociedad unipersonal. Por el contrario más atento y motivado aparece el ajuste hecho, por ejemplo, por el legislador francés (para cuya solución *cfr.* Corsi, *Lezioni*, 136 ss. y Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 207 ss.).

su ejemplar claridad y brevedad, aquella noción sirve al objetivo en el cual los redactores del Código pensaron, es decir, si ella se adecua perfectamente a cada especie de sociedad que el Código disciplina en el Título V de su libro Quinto (aquel que comienza, precisamente, con el art. 2247 del cual estamos razonando).

Si esto no fuese, si algunos tipos de sociedad se mantuvieran en todo o en parte irreconocibles en aquella "noción" tan límpida, o si la "noción" misma debiese ser poco o tanto manipulada con cualquier suerte de invención hermenéutica para hacer entrar por la ventana algún tipo de sociedad que por la puerta no lograra entrar, entonces necesitaría reconocer que la admiración del lector incauto habría sido excesiva. Es muy temprano para nosotros querer responder de inmediato a esta pregunta, en verdad más bien demasiado audaz; pero no está mal haberla puesto desde el principio porque todo el resto de nuestro discurso, si a una cosa al fin servirá, será precisamente para dar una respuesta motivada a esta pregunta irreverente².

II. LAS POSIBLES COMPARACIONES HISTÓRICAS Y DE SISTEMA

En primer lugar para comprender bien el art. 2247 y evaluar convenientemente sus efectos (y los límites, si

² Al cual, en verdad, ya han sido dadas respuestas no precisamente entusiastas; esta es una de las más autorizadas: "conviene observar que no para todas las sociedades reguladas por la ley es adecuada la definición del art. 2247" (Ferrara-Corsi, *Gli Imprenditori*, 207), y equivale —nos parece— a reconocer la vanidad de esta definición codificada, no obstante su aparente nitidez.

los hay), será oportuno buscar los vínculos más "naturales", en perspectiva ya sea histórica, confrontando, es decir, esta norma codificada con sus precedentes más próximos que de sistema, leyéndola, es decir, en su contexto natural, ofrecido por el mismo Código que la contiene³.

Históricamente, si no se quiere precisamente profundizar lo civil, o peor, perderse en una "regresión infinita" ("*regressus in infinitum*") que no sirve para nada, bastará limitar la comparación a las normas que tienen conexión directa con el art. 2247: por razones históricas o de identidad de objeto disciplinado; es decir, con los códigos civiles genéticamente conectados con el Código Italiano de 1942 y con el Código de Comercio italiano de 1882.

Esta confrontación doble se impone porque, como es sabido, el legislador italiano de 1942 realizó la unificación legislativa de todo el sistema de derecho privado: los dos códigos –aquel civil y aquel de comercio– fueron reducidos a la unidad, con la consecuencia de que algunas materias, que primero tenían una reglamentación doble (en el Código Civil y en aquel de comercio) unificaron su disciplina. Fue así para las sociedades –que en la legislación precedente estaban reguladas separadamente (la así llamada sociedad "civil" en el

³ Ciertamente no es el caso repetir aquí todo aquello que se podría repetir (pero que está bien tener siempre presente cuando se razona de estas cosas) a propósito del Código como *estructura* en cuyo interior los elementos individuales son entre ellos íntimamente coherentes. Bastará dirigirse a Ascarelli, *L'idea di codice*; Niccolo, *Codice civile*; Wieacker, *Storia*, I, 493 ss.

Código Civil, aquellas comerciales en el Código de Comercio)– y que en 1942 fueron unificadas en el libro cuyo título fue "del trabajo"⁴.

El Código Civil italiano de 1865 –en el art. 1697, que reproducía sin alguna variante sustancial (pues no era tal la sustitución de *resultar* con *derivar*) el art. 1855 del Código Civil para los estados de Su Majestad el rey de Cerdeña de 1837– definía, siguiendo a la letra el modelo del *Code Civil* (Código Civil) napoleónico (art. 1832), la sociedad que no hubiera tenido objetivo comercial, y destacaba sobre todo el perfil de la comunión de los bienes conferidos por los socios: de hecho se leía que "*la sociedad es un contrato, con el cual dos o más personas acuerdan poner alguna cosa en comunión, a fin de dividir la ganancia que podrá derivar*".

Aparte de la mención (obvia) de la pluralidad de los sujetos ("*dos o más personas*"), el único elemento común de la norma decimonónica y de aquella ahora vigente es dado por el objetivo típico de los socios que el Código decimonónico individualiza en el "*dividir la ganancia*" y aquel de 1942 en el "*dividir las utilidades*": dos locuciones sustancialmente equivalentes (si bien no precisamente idénticas: las "*utilidades*" más bien hacen pensar en la idea de empresa comercial, la "*ganancia*" en la idea de comunión extraña al contexto comercial; pero es una diferencia muy comprensible si se toman

⁴ Sobre este tema de la unificación legislativa del derecho privado en Italia se podrían decir muchas cosas, también para revisar ciertas ideas tan corrientes como (quizás) privadas de fundamento serio, *cf.* *Supra*, 21, nt. 27.

en cuenta los diferentes lugares en los cuales las dos definiciones se encuentran ubicadas).

La divergencia más evidente está en destacar, como era evidente en la norma decimonónica y, por el contrario, está ausente de aquella del '42, el perfil de la *comunidad* que incluía –por el viejo legislador civil– el objeto típico del contrato de la sociedad⁵. No se puede, sin embargo, negar, además de estas, no pocas diferencias sustanciales, el hecho en verdad tan evidente que la definición del art. 2247 del Código vigente fue redactada teniendo presente el modelo formal ofrecido por el art. 1697 del Código Civil de 1865 (que después quiere decir el modelo del Código Civil napoleónico).

El artículo 76 del Código de Comercio de 1882, más que una definición, contenía en realidad una enumeración de los diferentes tipos de sociedades comerciales para cada uno de los cuales era destacado, en lugar de la noción, el régimen de la responsabilidad de los socios hacia las obligaciones sociales. De las sociedades comerciales como géneros (*genus*) el Código se limitaba a constatar que éstas “*tienen por objeto uno o más actos de comercio*”. Por lo tanto, quedando establecido que para el Código de Comercio la sociedad no era otra cosa que la gestión de la empresa por parte de más sujetos, no se puede no estar de acuerdo con la opinión

⁵ En el Código unificado de 1942, por el contrario, la materia de la comunidad está explícitamente excluida del campo de la sociedad (de todas las sociedades, incluyendo aquella c.d. “simple” que corresponde a la sociedad “civil” disciplinada en un tiempo por el art. 1697 del Código Civil de 1865 que acabamos de leer): es cuanto establece en palabras muy claras el art. 2248.

de quien considera este art. 76, a decir poco, débil en el plano definitorio porque “*no identifica los tipos de sociedad –como sería tarea propia de una definición normativa– pero precisa el régimen de responsabilidad conectado a cada uno de los tipos*”⁶.

Una luz adicional puede llegarnos a partir de una lectura del art. 2247, hecha teniendo presente las conexiones de ésta con las otras normas igualmente definitorias contenidas en el mismo Código de 1942; particularmente con el art. 2082 que define al empresario⁷. Una simple confrontación totalmente externa entre los dos textos normativos pone en evidencia estas conexiones. En ambas normas se razona de “*actividad económica*” y de “*bienes o servicios*”: el empresario ejercita aquella “*actividad para producir o intercambiar bienes o servicios*”; los socios “*confieren bienes o servicios*” para ejercitar en común “*una actividad económica*”.

La ubicación de los simples elementos individuales es un poco diferente en cada una de las dos normas –esto que en una representa el objeto en la otra constituye el objetivo y viceversa–, pero sería imposible no reconocer la casi perfecta identidad de los “*materiales*” utilizados en la construcción de las dos definiciones. Que no se trata solamente de una impresión lo confirma explícitamente la relación al mismo Código del ministro de Justicia italiano, cuyo apellido era Grandi, cuando nota que “*en el sistema del nuevo Código la so-*

⁶ Esta es la afirmación (tan puntual y perfectamente de acuerdo) de Spada, *Tipicidad*, 38 ss.

⁷ Esta es una norma de la cual hemos razonado mucho: *supra*, 11 ss.

*ciudad es una forma de ejercicio colectivo de una actividad económica productiva y normalmente de una actividad económica organizada durablemente como empresa*⁸.

Es evidente, por lo tanto, que —también y sobre todo en concomitancia con la unificación legislativa del sistema del derecho privado— la noción que el Código vigente ofrece de sociedad considera casi exclusivamente las sociedades comerciales (con exclusión, por lo tanto, de la sociedad así llamada “simple”) y estas últimas son identificadas como empresas conducidas por una pluralidad de sujetos (o mejor, como *gestión plurisubjetiva de la empresa*). Esto permanece en la sustancia innegable, también si en la redacción del art. 2247 fueron consideradas las definiciones de sociedad de los códigos civiles decimonónicos francés, sardo e italiano, trayendo de aquellos modelos motivos para dar una orden textual a la nueva norma.

III. LOS LÍMITES PROPIOS

DE CADA DEFINICIÓN JURÍDICA (*DEFINITIO IN IURE*) Y LAS POSIBLES CONTRADICCIONES DEL “SISTEMA” DE LAS SOCIEDADES

Sería imposible desconocer el significado de esta definición del contrato de sociedad contenida en el Código Civil ya que es indudable que en las definiciones dadas por el legislador “*hay también un elemento imperativo, en cuanto las mismas no son meros conceptos resumidos por la*

⁸ *Relación al rey*, n. 923.

experiencia”⁹, sino precisos actos de voluntad normativa: el contrato de sociedad, en nuestro derecho (italiano) vigente, es (en el sentido que debe ser) conforme a la noción dada en el art. 2247.

Se mantiene, sin embargo, como algo verdadero que en tema de definiciones no se puede repetir el viejo adagio (de verdad muy simplón) según el cual el legislador pudo libremente hacer “de blanco, negro y de cuadrado, redondo” (*de albo nigrum et de quadrato rotundum*): la materia objeto de definición no es del todo inerte ni disponible a cualquier intervención arbitraria. Las definiciones legislativas pueden finalmente manifestarse también inexactas o incompletas o —de hecho— erradas; y si entre la definición preliminar a la disciplina de una determinada materia y la disciplina misma existen incongruencias parece correcto sostener que sea la disciplina que deba prevalecer sobre la (inexacta) definición y no al revés.

Torna a la mente, por este propósito, el fragmento tan conocido de Javoleno (conservado en D. 50.17.202) que dice que toda definición en el derecho civil es peligrosa (*omnis definitio in iure civili periculosa est*): cualquiera que sea el significado preciso a dar a este texto¹⁰, la advertencia que les es hecha parece bastante clara. Para el jurista, la operación de definir es peligrosa en sí misma por la rigidez que se encuentra en

⁹ Levi, *Teoria generale*, 147.

¹⁰ No es cuestión para ser tratada aquí. Quien desee más puede ver a Martini, *Le definizioni*, 383-386; Carcaterra, *Le definizioni*, 55 y 169-188; Albanese, *Definitio*.

cada definición. Precisamente leyendo este fragmento, la ciencia jurídica medieval –abandonando un poco el consejo del antiguo jurista– dio la definición de la definición, haciendo propia aquella formulada en la tarda Antigüedad por Boecio¹¹: “la definición es la razón que incluye la sustancia de cada cosa” (“*definitio est ratio substantiam cuiusque rei significans*”)¹².

Partiendo de esta tan nítida definición de la definición podemos preguntarnos si aquella contenida en el art. 2247 del Código Civil es o no satisfactoria: si es verdad que la definición mira a acoger la “sustancia” de cada cosa y a describirla, cada definición no puede no tener por objeto una cosa. En materia de sociedad y de definición legislativa de la sociedad el problema, como veremos pronto, consiste precisamente en esto: en el saber si aquella “cosa” de la cual el art. 2247 querría darnos la “noción” en verdad sea una, o si en cambio detrás de aquella “noción” de la apariencia así lapidaria no se esconde una categoría compleja y difícilmente reducible a unidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, vol. III, Padova, 1970, 301-376.

¹¹ Boetius, *Liber de diffinitione*, “*Patrologia latina*”, 64, col. 891 B y 895 C. Ver también Isidorus Hispal. Episc., *Etymol. et defin.*, II, 29, 1.

¹² Glossa *Omnis definitio*, ad 1., *Omnis definitio*, ff. *De Regulis iuris*.

ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione della interpretazione*, en ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 41 ss.

CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966.

CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, 1992.

FERRARA-CORSI, *Imprenditori*, cit.

LEVI, *Teoria generale del diritto*, 2a. ed., Padova, 1953.

MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966.

NICOLÒ, voz *Codice civile*, en *Enc. Dir.*, vol. VII, 240 ss.

SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

WIEACKER, *Storia*, cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SOCIEDAD Y LAS SOCIEDADES

I. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO Y COMO VÍNCULO OBLIGATORIO, ES DECIR, COMO ESTRUCTURA DE EMPRESA

También antes de aquella pseudorreforma que ha cambiado la rúbrica del art. 2247 del Código Civil italiano, la "noción" de sociedad, de la cual hemos reflexionado en el capítulo precedente, partía de la identificación del *contrato* de sociedad como fuente desde la cual la sociedad misma hacía derivar su propia existencia y estructura. De esta identificación resultaba que, siendo el contrato "*el acuerdo de dos o más partes para constituir, reglamentar o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial*" (art. 1321, Código Civil italiano), la sociedad—desde esta perspectiva— se identificaba con un vínculo obligatorio entre aquellos que la habían constituido. Esta identificación se relacionaba con una tradición muy antigua e ilustre: ya Gaio había enseñado que la

sociedad –al igual que la compra venta, el arriendo y el mandato– es un contrato consensual¹.

A pesar de esta ascendencia, a la que aún hoy en día todos presentan sus respetos, al menos formalmente², ya ninguno podría contentarse de la ubicación de la sociedad en el sistema de los contratos. Se advierte entonces que –cuanto menos– la sociedad no es solamente un contrato generador de vínculos jurídicos obligatorios entre los socios que lo han estipulado y de los socios (o de la sociedad) con terceros; que, después de todo, esta “noción”, que identifica la sociedad como contrato, no es otra que una sustancial (y tal vez también inadmisiblemente) reducción. Cada uno “siente” que, junto al perfil contractual-obligatorio de la sociedad, hay otro tanto más relevante y difícilmente relacionado al primero: y es aquel de la sociedad como *empresa*, como *estructura* empresarial típica, como *institución*³.

En el vigor de los códigos decimonónicos esta duplicidad de perfiles –obligatorio por un lado y por otro organizativo-institucional– también tenía una duplicidad de referente normativo: la sociedad “civil” (aquella que hoy el Código vigente llama “simple”) encarnaba en sí el perfil contractual-obligatorio (“*La sociedad es un contrato*”, como ya hemos leído en el art. 1697 del Código Civil italiano de 1865) y encontraba la propia

¹ Gai, *Institutiones*, III, 135, “*Consensus fiunt obligationes in emptio et venditionibus, locationibus conditionibus, societatis, mandatis*”. (Idéntico al texto de las instituciones justineanas: Inst., III, 22, pr.).

² Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 2 s. Ferri G., *Commentario Scialoja e Branca al cod. civ.*, art. 2247, n. 1, 29-35.

³ Galgano, *Società di persone*, 10-13; Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 233 ss.

reglamentación en la legislación civil; mientras la sociedad empresa, con su perfil más exquisitamente organizativo-institucional, tenía la propia sede “natural” de disciplina en el Código de Comercio italiano.

Hoy, después de la unificación legislativa del sistema del derecho privado en el único Código Civil, esta distinción de carácter normativo, si ya no desapareció del todo, ciertamente fue muy atenuada y un intérprete, no muy atento, puede encontrar algunas dificultades para diferenciar los dos perfiles –entre ellos ciertamente diferentes– sobre los cuales estamos reflexionando; y aún más ardua puede revelarse la tarea de descubrir las raíces de esta diferencia: raíces que están en la historia y cuyo análisis es una condición imprescindible para una correcta comprensión del sistema codificado.

Queda en pie, y lo queremos destacar desde ahora, que el término “sociedad” –en su acepción más estricta, conforme a la noción ofrecida en el art. 2247 del Código Civil italiano– tiene, en el vocabulario del jurista, una primera y fundamental ambigüedad, según se quiera hacer referencia al contrato (o negocio unilateral) constitutivo y a las obligaciones que toman vida de este contrato o negocio, o bien a aquella estructura de empresa (a aquella institución) que de igual modo suele definirse como sociedad.

II. LA NOCIÓN “FORMAL” DE ACTIVIDAD COMÚN: LA TENTATIVA DE “ENCUADRAR UN CÍRCULO”

Ahora volvemos a razonar acerca de la “noción” de sociedad originariamente contenida en el art. 2247 del

Código Civil, teniendo presente, de las dos acepciones de las cuales acabamos de hablar, no aquella de contrato y de las obligaciones que nacen de eso, sino aquella de la estructura de la empresa. También aquí notaremos –y será este el tema de toda nuestra argumentación de verificación histórica– una sustancial ambigüedad del término “sociedad”; es decir, constataremos que este único significado corresponde a una pluralidad de significados y deberemos, en consecuencia, interrogarnos sobre las raíces desde las cuales ha germinado esta diversidad de acepciones.

Hemos visto que la “noción” codificada de contrato de sociedad tiene el propio centro de gravedad en la “*actividad económica*”, para cuyo desarrollo *conjuntamente* los socios confieren: “*bienes o servicios*” mirando hacia el objetivo de “*dividir las utilidades*”. Hecha esta constatación –en orden a la cual sería difícil evitar dudas teniendo presente la (tan clara) letra del art. 2247– queda por investigar, en cada uno de los tipos de sociedad que el Código prevé y disciplina, este elemento *esencial* de la “*actividad económica*” ejercitada “en común” por los socios: esencial al punto que no puede faltar en ninguna de las especies de sociedad bajo pena de alterar las razones mismas del sistema sobre el cual fue construido el Código.

Ante este problema hermenéutico, todos los intérpretes muestran no pocas dificultades, no tanto al dar cuenta del significado en sí de la locución usada en el Código (ya que “*ejercicio en común de una actividad económica*” es una expresión muy clara) sino a encontrar, al interno de cada especie de sociedad, este “*ejercicio*”.

No es el caso demorarse en inútiles reseñas de opiniones, solamente diremos que las descripciones que habitualmente se leen⁴ se hallan todas en el sentido de hacer lo más genérico posible, y sobre todo elástico, el significado de aquella locución para poderla aplicar después a todos los tipos de sociedad, incluyendo aquellos en los cuales sería particularmente arduo encontrar, como elemento esencial y típico, una “*actividad*” económica *ejercitada* en común por los socios. No obstante esta dificultad los mismos intérpretes se mantuvieron (o, por decirlo mejor, intentan de todos modos mantenerse) anclados a la “noción” codificada que identifica a la sociedad (en cada especie, con la obvia exclusión de la sociedad simple) con la gestión de la empresa por parte de más sujetos: “*Como se puede apreciar –así se enseña– la ecuación sociedad-empresario resulta evidente en las disposiciones del Código*”⁵.

Cuando esta hipótesis debe ser demostrada, no obstante, es decir, cuando el elemento de la “*actividad común*” debe ser encontrado en cada especie de sociedad, entonces se admite –por lo menos por parte de los intérpretes más atentos y provistos– que una “*actividad común*” referida a las sociedades comerciales es una “*noción formal*” y –se agrega– “*objetiva*”⁶, en la cual terminan así por confluir poderes y comportamientos

⁴ Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 5-6; Ferri, *Le società (Trattato Vassalli)*, 19-22; Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 250 ss., pero se trata, evidentemente, de un elenco del todo incompleto.

⁵ Ferri, *Commentario Scialoja e Branca al Codice civile*, Lib. V, Tit. V, 16.

⁶ Spada, *Tipicità*, 127-148.

que de por sí serían calificables muy difícilmente como auténtico "ejercicio en común de actividad económica".

La impresión que se obtiene de todo este trabajo interpretativo es que la "noción" termine siendo—más que un instrumento de clarificación una oración que explica la sustancia (*oratio substantiam significans*), como enseñó Boezio— un estorbo; o que aún más aquello que parecía ser un género (*genus*) perfectamente homogéneo, del cual fuera posible ofrecer una "noción" satisfactoria y definitiva, sea en realidad un archipiélago multicolor reunido y homologado por razones de hecho extrínsecas bajo un muy frágil nombre jurídico (*nomen iuris*) exento de la sustancia de cualquier fuerza coherente.

III. CRITERIOS EXTRÍNSECOS DE SISTEMACIÓN:

SOCIEDAD DE PERSONAS Y SOCIEDAD DE CAPITALES.

VERDADERAS O FALSAS HISTORIZACIONES

Cuando al interior de este género (*genus*) (o de este archipiélago multicolor), se buscan las líneas que marcan el confín entre las varias *especies* que lo componen, las dificultades parecen aumentar y se presentan siempre más evidentes las fuerzas centrífugas que minan en su raíz el fundamento de esta categoría sistemática que se ve aparentemente tan consolidada.

La distinción entre *especies* de sociedad que podría aparecer entre todas la menos problemática es aquella entre *sociedad de personas* y *sociedad de capitales*: las primeras—en el vigente sistema jurídico italiano son la *sociedad simple*, aquella en nombre colectivo y aquella en *comandita simple*— en las cuales el elemento perso-

nal prevalece tanto respecto de aquel patrimonial (se habla por esto de *intuitus personae*); las segundas incluyen la *sociedad a responsabilidad limitada*, la *sociedad por acciones* y aquella en *comandita por acciones*, en las cuales, por el contrario, es el elemento patrimonial que prevalece netamente sobre aquel personal, las personas de los socios asumen un relieve muy secundario (tanto que, por regla, la calidad del socio es libremente transferible), es, justamente en consecuencia de esta prevalencia del dato patrimonial respecto al (aquí habitualmente inexistente) *intuitus personae*, estas sociedades, así llamadas, "de capitales" están provistas de personalidad jurídica, que en cambio no tienen las sociedades personales.

También el régimen de las responsabilidades de los socios por las obligaciones sociales se presenta muy diferente entre las sociedades de personas y aquellas de capitales: mientras en las primeras son siempre los socios que responden personalmente e ilimitadamente de las obligaciones sociales (todos los socios indistintamente en la *sociedad en nombre colectivo* y, con algún leve temperamento, *cfr.* Art. 2267, Código Civil italiano, en la *sociedad simple*, los socios *comanditarios* en la *sociedad en comandita simple*), en las sociedades de capitales (con la sola excepción de aquella en *comandita por acciones*) los socios están siempre vinculados por las obligaciones de la sociedad dentro de los límites de sus concesiones.

En otros términos, en las sociedades de capitales es el capital mismo que garantiza a los acreedores de la sociedad el cumplimiento de las obligaciones sociales,

sin que –salvo casos excepcionales– a los mismos acreedores sea permitido “agredir” el patrimonio personal de los socios: encuentra aquí su justificación, aparentemente más convincente, el reconocimiento a las sociedades de capitales de la personalidad jurídica.

Las diferencias entre las dos especies de sociedad parecen, a primera vista imponentes, también si desde hace tiempo aquella que parecería, desde un punto de vista jurídico, la más vistosa (la personalidad jurídica, reconocida a las sociedades de capitales, negadas a aquellas de personas) es redimensionada por la mayoría de los estudiosos, tanto que se habla de su significativa “evaporación”⁷. A pesar de esto aún se mantiene la importancia de esta diferencia habitualmente destacada con tanto énfasis⁸.

A este destacado énfasis se agrega una consideración histórica particularmente cautivante: que las sociedades de personas habrían nacido en la sociedad mercantil bajo-medieval, o –como más frecuentemente se prefiere decir– en la edad pre-capitalista, mientras que aquellas de capitales serían el producto típico del primer capitalismo⁹.

La tesis no está exenta de superficiales confirmaciones que pueden hacerla aparecer óptima: vincular las sociedades de personas a la edad del mercante medieval y aquellas de capitales al formarse –en el siglo XVI– las grandes concentraciones de medios financie-

⁷ Galgano, *Società di persone*, 101-121 y bibl. *ivi cit.*

⁸ Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 210 ss.

⁹ Galgano, *Storia*, 46 ss., 61; Galgano, *Dir. comm. Le soc.*, 45 ss.

ros, contemporáneamente con el desarrollo del comercio transoceánico, aparece singularmente convincente.

Se trata, no obstante, no de una falsa distinción histórica, sino ciertamente de una distinción tan superficial, hecha –sobre todo– en función, no ya de una comprensión adecuada de las razones intrínsecas del sistema de las sociedades mercantiles y de su desarrollo histórico, sino de la confirmación en un cierto sentido “apologética” de visiones más “complejas” de la historia y de las dinámicas sociales.

Quien mira el desarrollo histórico que promovió el surgimiento de las sociedades, que nosotros hoy día llamamos “de capitales”, sin hacerse influenciar negativamente por aquellas exigencias “apologéticas” de las cuales se acaba de decir, puede constatar que, por lo menos hasta el Código de Comercio (*Code de Commerce*) napoleónico (es decir, hasta 1807), las intervenciones de los legisladores, primero holandeses y después franceses, se limitaron a dictar algunas reglas de control externo y de garantía (reglas típicas del derecho público) sin intervenir en la estructura y en los modos de funcionamiento de estas sociedades¹⁰, cuya historia “interna” se mantuvo extraña sustancialmente a estas tan enfatizadas intervenciones.

En otros términos, aquel que el codificador napoleónico recogió en la disciplina de las sociedades anónimas (*société anonyme*) (de la cual deriva, por condiciones bastante lineares, también nuestra sociedad por acciones) provenía, cierto, de una larga tradición

¹⁰ Spada, *Dalla nozione al tipo*, 101-108.

—normativa y de práctica en negocios— en la cual, sin embargo, el nacimiento de las grandes “Compañías” holandesas y francesas no parece haber constituido un “pasaje” particularmente significativo.

Para concluir, podemos decir que la historia de la tipología de las sociedades mercantiles, al querer reconstruirla sin forzarla y respetando las razones intrínsecas, está muy lejos de aquella gran división (*summa divisio*) entre sociedad de personas de capitales, que a primera vista podría parecer un punto de diferenciación casi infranqueable (y mucho menos tiene sentido, por lo histórico, aquella discriminación entre sociedad provista y sociedad desprovista de personalidad jurídica, a la cual también el jurista mira desde hace tiempo con menor interés).

IV. IRREDUCTIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE SOCIEDAD CON EJERCICIO DE LA EMPRESA POR PARTE DE UNA PLURALIDAD DE SUJETOS

Un dato, sin embargo, en esta parte de nuestro discurso, parece adquirido ya indudablemente, y puede servirnos como línea de partida para el camino que aún nos queda por hacer: la noción de sociedad comercial —no solamente la noción codificada (que sería lo de menos), sino también aquella que emerge de una tradición de muchos siglos— no es pura y simplemente limitada a la idea de ejercicio de la empresa por parte de una pluralidad. Esto es y permanece verdadero, aunque no parece discutible que en teoría aquella igualdad “sociedad-empresa colectiva” sería absolutamente

irrefutable: es que, no obstante todas las razones y las conveniencias abstractas, algunas de las disciplinas que son calificadas como típicos casos legales de sociedades comerciales regulan, en realidad, relaciones que no corresponden de hecho al paradigma de la sociedad como empresa colectiva.

Por esto la “noción” que se lee en el art. 2247, y que debería representar el destilado último y definitivo de una categoría, se rebela finalmente un instrumento inútil. Para que el art. 2247 ofrezca de verdad aquella “noción”, que promete y no da, es necesario recurrir a un artificio interpretativo que consiste en dar una amplia pluralidad de significados a la expresión “ejercicio en común de una actividad económica”. Pero a estas alturas el círculo vicioso es demasiado evidente: si por una parte es claro que aquella “actividad económica” ejercitada “en común” es el fulcro esencial en torno al cual la “noción” de sociedad se construye, y por otra parte de aquella misma “actividad común” se ofrecen muchas definiciones muy diversas entre ellas y no unificables (sino en la mera convención del nombre común), es obvio concluir que una “noción” así hecha no define nada, y que por lo tanto la categoría existe sólo porque así lo ha querido un legislador, o porque otras razones a ésta extrañas (también “invencibles”) han determinado su formación.

V. LA RADICAL DUPLICIDAD DE LA CAUSA SOCIETATIS

Es obvio que no podemos conformarnos con esta conclusión solamente negativa: es decir, constatar la

vanidad de una definición legislativa, probar la inconsistencia –o, mejor dicho, la falta de unidad– de una categoría que se presentaría rigurosamente unitaria, no puede ciertamente ser satisfactorio. Si esta contradicción puede ser comprobada con los instrumentos interpretativos ordinarios, su verificación, una vez hecha, impone una investigación posterior para descubrir las razones de la contradicción.

Estas razones las podremos tomar, no en el interior del sistema codificado, sino a través de la reconstrucción del proceso histórico que ha conducido a la lenta sedimentación de un sistema según itinerarios de formación de los cuales los codificadores de las normas no tuvieron, ciertamente, alguna conciencia. Éstos en realidad se han limitado a “traducir”, en los esquemas típicos de la legislación codificada, el producto último de aquella sedimentación plurisecular.

Esta obra suya puede también aparecer, a los ojos de un lector un poco inexperto, particularmente coherente y racional, pero esta admiración deriva más de las características estructurales-formales propias de cada Código (la aparente totalidad, la extrínseca construcción en sistema) que de la intrínseca “bondad” de las normas individuales, cada una de las cuales permanece más como fruto de la larga y complicada historia que del “genio” ordenador de quien por último las redactó en el Código.

Por ahora, en el planteamiento de nuestra investigación, puede ser suficiente la conclusión tan provisoria a la cual acabamos de llegar: que la categoría de las sociedades comerciales no es unitaria, porque la “ac-

tividad económica común” –que debería representar el punto central de la definición del contrato de sociedad– es una noción no reducible a unidad.

También podemos decir, siempre en una primera aproximación, que en los tipos individuales de sociedad comercial puede encontrarse una actividad común de los socios, entendida en un sentido propio –como auténtica gestión común de la empresa– o bien puede destacarse una situación que sólo en vía “alegórica” puede ser calificada como “*actividad común*”. Así hay una bipartición fundamental de la categoría y de la *causa societatis*: hay sociedades a las cuales corresponde un ejercicio en común entre los socios de la actividad empresarial y otras en las cuales este ejercicio falta y que pueden ser consideradas pertenecientes a la categoría de las sociedades comerciales sólo bajo una ficción interpretativa (es decir, la de considerar “*actividad común*” también lo que *actividad común* ciertamente *no es*).

El teólogo Umberto da Selvacandida (1061) escribió una vez que (dos son los géneros de cristianos) “*duo sunt genera christianorum*” (los clérigos y los laicos); nosotros –modificando aquel célebre aforisma y reaplicándolo en otra materia– podríamos decir que (dos son los géneros de sociedades) “*duo sunt genera societatum*”: uno en el cual están comprendidas aquellas sociedades en donde es característico el ejercicio en común de la empresa por parte de los socios; otro en el cual este ejercicio está ausente.

En el primer caso –siempre para usar el lenguaje medieval– estamos en presencia de una (sociedad

propiamente dicha) *societas proprie o propriissime dicta*, mientras que en la segunda hipótesis podríamos al máximo hablar de una (sociedad impropriadamente dicha) *societas improprie dicta*. Si aceptáramos esta primera conclusión se necesitaría reconocer que de las dos categorías de sociedades comerciales así definidas, la segunda sería una simple categoría "residual", determinada solamente sobre la base -toda negativa- de la ausencia del elemento esencial propio de la primera categoría. La investigación histórica permitirá dar un perfil más neto y un contenido positivo a esta segunda categoría sólo aparentemente "negativa".

BIBLIOGRAFÍA

- FERRARA-CORSI, *Imprenditori*, cit.
- FERRI, *Commentario al Codice civile*, a cargo de SCIALOJA y BRANCA, Lib. V, Tit. V, 3a. ed., Bolonia, 1981.
- FERRI, *Le società*, en *Trattato di diritto civile italiano*, bajo la dirección de Filippo Vassalli, vol. X, 3, Turín, 1985.
- GALGANO, *Le società di persone*, en *Trattato di diritto civile e commerciale (...)* Cicu (...) Messineo, vol. XXVIII, Milán, 1972.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit.
- _____, *Diritto commerciale - Le società*, 2a. ed., Bolonia, 1984.
- SPADA, *La tipicità delle società*, cit.
- _____, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, I, 95 ss.

CAPÍTULO TERCERO

GANAR Y COMER EL MISMO PAN

I. LA FAMILIA, INSTITUCIÓN ETERNA
Y CONTINUAMENTE VARIABLE

Del análisis del sistema normativo ofrecido por el vigente Código Civil italiano y de sus contradicciones nos podemos servir como punto de partida para un discurso más específicamente histórico; este discurso podrá servirnos para desatar, o por lo menos para explicar, aquellas contradicciones mediante el análisis del proceso histórico que ha conducido a la formación de las normas codificadas.

Naturalmente las premisas generales de lo que dentro de poco diremos, ya las pusimos en la primera parte de este curso, cuando reconstruimos la figura del mercante medieval: así que cuando hablemos de ejercicio en común de la *mercatura*, no será necesario vacilar para decir qué cosa es la *mercatura* y quién el mercante; el lector atento ya tiene los instrumentos indispensables para la correcta comprensión de lo que estamos por decir.

Cuando se habla de familia se puede tener la impresión de referirse a un dato institucional en algún modo "eterno" en el sentido de no estar sujeto ni a la usura del tiempo ni a la variedad de los lugares y de las culturas. Los amantes de las definiciones completas también podrían conformarse, al hablar de familia, leyendo la definición que dieron —en su magno *Diccionario*— los académicos de la Crusca, cuando escribieron que la familia estaba hecha por "*aquellos que son de la misma sangre y conviven juntos, con uno que hace de jefe*"¹: si la familia es esto, se representa siempre igual en todos los tiempos y bajo todas las latitudes, como una institución en algún modo fuera del tiempo.

Sabemos bien, sin embargo, que no es así, que —como ocurre frecuentemente con las palabras más antiguas y más usadas— también "familia" es un término cargado de ambigüedad: nos lo confirma nuestra experiencia cotidiana (nosotros decimos que pertenecen a nuestra familia todos aquellos que tienen con nosotros una apreciable —aunque modesta— ligazón de parentela o de afinidad, y al mismo tiempo definimos nuestra familia solamente como al grupo de aquellos que cotidianamente conviven con nosotros, infinitamente más limitado del vasto conjunto de parientes y afines) y lo sugiere una consideración más objetiva del desarrollo histórico durante un largo periodo.

Entre estos dos modelos —por así decir, máximo y mínimo— hay una multitud de situaciones institucio-

¹ *Vocabulario degli Accademici della Crusca*, 5a. ed., Florencia, 1880, vol. V, 519.

nales muy diversas entre ellas, todas igualmente y propiamente definibles con el término amplio de *familia*, pero que ciertamente no se pueden conducir a una indiscriminada uniformidad.

No es este el lugar —y ciertamente no tendríamos las herramientas— para examinar por partes y en profundidad toda la posibilidad tipológica familiar y para reconstruir —ya sea también en grandes líneas— los desarrollos de las instituciones familiares y las funciones poco a poco cumplidas en los diversos contextos por las más o menos vastas y articuladas comunidades consanguíneas².

En general se puede decir que el mutar de las funciones de las comunidades domésticas ha introducido habitualmente mutaciones en las estructuras de esta comunidad y en las reglas que poco a poco han gobernado su funcionamiento. De las sociedades patriarcales³ a la moderna sociedad industrial asistimos a la sucesión de una vasta y diversa serie de comunidades domésticas, que van desde instituciones vastas y articuladas con claras relevancias de tipo "público", a pequeños complejos de tipo "conyugal" con funciones limitadas a la convivencia de los cónyuges y a la educación de la (habitualmente no numerosa) prole.

II. LA FAMILIA DEL MERCANTE MEDIEVAL

En el espectro variado de las instituciones parentales la familia mercantil bajo-medieval se ubica con una fi-

² Weber, *Economía e società*, II, 57 ss.

³ Weber, *Economía e società*, IV, 102 ss.

sonomía muy definida, ante todo por sus proporciones numéricas. Se ha destacado justamente la importancia que en la sociedad medieval tuvieron los así llamados "agregados suprafamiliares"⁴: la tuvieron precisamente porque la conciencia común los sintió, más que como agregaciones "ulteriores" respecto a la familia —algo que estuviese propiamente "supra" la "natural" estructura familiar—, como simples modos de ser de la convivencia entre consanguíneos.

Estas medidas no eran para nada arbitrarias, por el contrario, respondían perfectamente a las *funciones* que *aquella* familia era llamada a cumplir; estas funciones no tenían que ver solamente con el universo de los afectos que les unían entre ellos, estrechos consanguíneos —el romano "consorcio de toda la vida" (*consortium omnis vitae*)⁵ o la canónica "procreación y educación de la prole" (*procreatio atque educatio prolis*)⁶— pero incluían la afirmación y la defensa del prestigio y de la potencia política de la estirpe⁷ o la gestión de actividades económicas a veces imponentes⁸.

⁴ Torelli, *La famiglia*, 3 ss.

⁵ Modestinus, *Libro primo regularum* (D. 23.2.1).

⁶ Sobre la noción canónica de *procreatio atque educatio prolis* es suficiente para nosotros enviar a Giacchi, voz *Matrimonio canónico* —elementos esenciales, 894 ss.

⁷ Violante, *Alcune caratteristiche delle strutture familiari*; Tabacco, *Il rapporto di parentela como strumento di dominio*.

⁸ Es el tema del cual deberemos ocuparnos expresamente dentro de poco. Una síntesis de todo esto en Bellomo, voz *Famiglia* —*Diritto intermedio*, 747 ss.; y del mismo A., *Profili*, 17-23.

Se explica así, por ejemplo, porque un muy citado Estatuto del Pueblo de Bolonia de 1287 disponía que se debían considerar miembros de la familia "el conjunto de los padres, de los hermanos, de los hijos legítimos y de aquellos naturales, de las hermanas, de las madres, de las esposas y de las nueras"⁹: más generaciones puestas todas a convivir juntas según una lógica muy diversa de aquella que gobierna nuestras modernas familias, así llamadas "nucleares".

La familia del mercante tenía estas dimensiones precisamente en función de las tareas que era llamada a realizar. Basta pensar en la estructura de los edificios en los cuales vivieron las grandes familias mercantiles: en éstas había lugar para las bodegas, para el "escritorio" (el espacio en donde se negociaba y se sacaban cuentas) y para las habitaciones de todos. En realidad no eran diferentes la estructura y las funciones de la más modesta familia de artesanos, que también vivía en una misma habitación dedicada completamente al ejercicio del mismo quehacer, también si al final de la fatiga común se obtenían frutos tanto más modestos respecto a los pingües lucros del mercante.

De esta analogía de situaciones derivan los modelos jurídicos comunes de donde surge el derecho de familia de la sociedad bajo medieval. Un ordenamiento que hacía del *pater* el jefe indiscutible del grupo familiar, de los hijos los colaboradores provistos sólo de una limitada autonomía del todo funcional al ejercicio

⁹ Es citado desde Torelli, *Famiglia*, 9; y, basados fielmente en Torelli, Bellomo, voz *Famiglia* —*Dir. Intern.*, 749 e *Profili*, 26.

de la actividad común, de las relaciones patrimoniales (aquellas dotales, por ejemplo)¹⁰ los instrumentos para garantizar libertad de movimientos al *pater* en su actividad política o mercantil y seguridad al entero núcleo familiar en caso de cambios de la propia facción política o de crisis en la *mercatura*¹¹.

La familia tendía así a identificarse con la empresa, o mejor a hacerse instrumento de su gestión, a modelarse de acuerdo con ella: casi se diría –y lo veremos de inmediato– que la familia mercantil, prototipo reconocido¹² de cada familia, asumió su “natural” ambivalencia, que –es decir– fue al mismo tiempo comunidad de consanguíneos y consorcio de ejecutores de la misma *mercatura*.

III. LA COMPAÑÍA

Nos interesa ahora profundizar el segundo de estos dos perfiles, aquel atingente a la *mercatura* ejercitada por la familia: es decir, no por más personas ligadas accidentalmente entre ellas también por vínculos de consanguinidad, sino precisamente por la familia como único sujeto colectivo al que aquel ejercicio pudiese o debiese ser imputado.

Ante todo, nos interesan las razones que impusieron a la familia hacerse mercante como tal. Para descu-

¹⁰ Bellomo, voz *Dote* – *Diritto intermedio*, 20 ss.

¹¹ A propósito de la quiebra ya hemos hablado: *cfr. supra*, 86 ss.

¹² Reconocida como prototipo de virtud que la clase mercantil ejercitó: *cfr. supra*, 43 ss.

brirlas basta solamente pensar en la medida que en el Bajo Medioevo asumió el comercio internacional¹³: el mercante que hubiese deseado por sí solo operar contemporáneamente en mercados entre ellos así distantes y diferentes (con los medios de comunicación entonces disponibles) habría ciertamente faltado al objetivo.

A pesar de considerar este aspecto esencial del comercio internacional, nos es suficiente no olvidar cuáles y cuántas fueron las funciones típicas del mercante en el proceso de producción¹⁴, para entender la exigencia de una colaboración lo más larga posible. Después de todo si de verdad aquello del mercante fue un “quehacer” con muchas facetas¹⁵, esta multiplicidad imponía necesariamente una pluralidad de colaboradores.

Después habían exigencias más propiamente económicas: la actividad mercantil, así como era organizada, necesitaba –y esto también ya lo vimos extensamente en su momento¹⁶– la disponibilidad de grandes capitales para invertir: por esto era oportuno mantener unidos los patrimonios familiares cuanto más fuera posible.

Si debiéramos decir todo en una sola frase, observaríamos que por un lado era imposible que una sola persona se ocupara de tantas operaciones diversas en tantos lugares diferentes y dispusiera de tantos medios económicos.

¹³ Páginas clásicas, en esta materia, aquellas de Saporì, *Il commercio internazionale nel Medioevo*. Ver también Luzzatto, *Storia. Il Medioevo*, 209 ss.; De Roover, *L'organizzazione del commercio*, 48 ss.

¹⁴ Ya las hemos descrita, pero brevemente, *supra*, 32-38.

¹⁵ *Cfr. supra*, 37 ss.

¹⁶ *Cfr. supra*, 57 ss.

Por otra parte, era indispensable que uno solo condujese la empresa con la necesaria concentración de los poderes de decisión y de dirección, pero disponiendo de una red de colaboradores que actuaran siempre con los criterios rigurosos dictados por la "diligencia en sus propios asuntos" (*diligentia in re propria*). Es más, por cuanto imponentes fueran los capitales disponibles, la *mercatura* presuponía siempre la necesidad de la *confianza*¹⁷ y de recurrir al crédito (entendido éste en el doble sentido de encontrar capitales a emplear y de la dilatación del pago); y la confianza tenía dos medidas esenciales: era la confianza de los gerentes de la empresa entre ellos y de los terceros hacia ellos.

La familia mercantil representó la respuesta más coherente a este conjunto de exigencias que el mercado ponía. En este contexto respondió en el simple y decisivo plano de los hechos: por como era organizada y como en su interior eran distribuidos los poderes, por la vastedad y la articulación de su misma estructura. Era necesario que el ejercicio de la *mercatura* fuera común, en el sentido de conceder cada uno de sus aspectos a un único sujeto: a esto la familia respondía con su unidad en la pluralidad (también muy amplia) de las personas que la componían.

Era indispensable que las capacidades adquiridas y las experiencias hechas no se dispersaran, sino que fueran atesoradas en ventaja común: la familia —con la fuerza de la *affectio* que representaba el tejido unificador típico y más profundo— era capaz, más que otro

¹⁷ Cfr. *supra*, 31 ss., 57 ss.

posible "lugar" institucional, de conservar y hacer crecer esta riqueza común. Los *libros de recuerdos*, que los archivos de las familias de los mercantes nos restituyen copiosamente¹⁸, son el testimonio más puntual y fascinante (también desde un punto de vista propiamente literario) de esta conciencia, que el mercante medieval tuvo muy viva, de la necesidad de adquirir y consolidar una "sabiduría de *mercatura*" que fuera tesoro común de toda la casa.

Había necesidad, como acabamos de enfatizar, de crédito para las diversas plazas de la gestión ordinaria de los negocios comunes y en el caso de imprevistas y de impredecibles necesidades: el empleo de un nombre de familia prestigioso era el mejor modo de proveer dinero a quien necesitase y al mismo tiempo para garantizar a quien lo prestaba la recuperación del suyo.

La familia, sin embargo, estaba constituida en torno a la figura del *pater* provisto al interior de ésta de una *potestas* muy firme, mientras en el exterior era titular fiable de los poderes de representación de todos los convivientes consanguíneos. A la muerte de este auténtico monarca aquella unidad podía perderse, con daño para los parientes y para los terceros como consecuencia de la fragmentación de las relaciones y de las garantías. Este riesgo fue excluido conservando, también después de la muerte del jefe, la unidad familiar como sujeto colectivo titular y responsable de todas las relaciones propias al ejercicio común de la actividad de la *mercatura*.

¹⁸ Branca (dir.), *Mercanti scrittori*; Saponi, *Saggio sulle fonti*, 19 s.

La situación de los “hermanos cohabitantes” (*fratres insimul habitantes*: ellos, sus esposas, sus hijos y nietos) que ejercitaban juntos la misma *mercatura*, fue absolutamente típica: no sólo como comunión hereditaria indivisible, como copropiedad estática del dominio sobre el eje hereditario dejado por el padre difunto, sino como continuación y desarrollo de la actividad de empresa en común. Por lo tanto, una sociedad que tenía su fundamento y su cemento cohesionador en la pertenencia a un grupo familiar y su base económica necesaria en el patrimonio indiviso, pero que no se reducía ni a la *affectio* entre consanguíneos ni a la *communio* entre coherederos¹⁹.

Las palabras, con su historia así instructiva, son frecuentemente —como en este caso— los testimonios más puntuales de largas y complejas vicisitudes. Todavía hoy nosotros decimos (nosotros italianos, pero también los demás: bastaría pensar en los homólogos *maison* francesa, *Haus* alemán o *house* inglés) decimos “*casa*” para definir ante todo el lugar donde se habita, pero también la familia que ahí reside, y, más en general, la *empresa* comercial. Y, en el específico vocabulario atingente a la empresa y su ejercicio, llamamos “*filial*” a la sede separada o sucursal: y es evidente que se le llama así porque en el pasado se nombró como gerente

¹⁹ Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, III, 110; Torelli, *Famiglia*, 19 s.; Luzzatto, *Storia – Il Medioevo*, 245 s.; Cipolla, *Storia economica*, 208. Para un análisis de las doctrinas de los *doctores* en materia de *fratribus* y de su pertenencia al derecho de las sucesiones o a aquel de las sociedades comerciales, ver el ensayo muy documentado de A. Romano, *La “summula de fratribus insimul habitantibus” de Jacopo Baldovini*.

a un hijo de la familia para que ejercitara en común con los otros familiares la *mercatura*.

El testimonio más directo se nos ofrece en la palabra *compañero* sobre la que más tarde se enfatizó el abstracto concepto *compañía*: “*compañero*” es una palabra compuesta por *cum* y por *panis*: son compañeros entre sí, en el corriente lenguaje mercantil medieval (que después se transformará en un lenguaje técnico en el universo de la economía y del derecho), aquellos de los que se puede decir que “*están juntos por un mismo pan y vino*” (*stant ad unum panem et vinum*).

La expresión es satisfactoria e imaginativa en una primera lectura y fue muy divulgada durante siglos: quiere significar la fraternidad total que reinaba entre los compañeros, el poder que todos tenían de negociar en nombre de todos obligando a todos la responsabilidad que fue solidaria e ilimitada en relación a las obligaciones de la Compañía (con la consecuencia que la eventual insolvencia solamente de uno de los compañeros, se habría extendido inexorablemente a la quiebra de todos).

En el “estar juntos por un mismo pan” eran incluidos e imaginados juntos los dos momentos: el ganar todos por todos aquello que servía para mantener a todos y en el consumarlo igualmente juntos (bajo el mismo techo tan acogedor, para aquellos que convivían en el gran palacio o en la modesta morada artesanal; en lugares diversos, pero igualmente juntos en la común e indivisible solidaridad, para aquellos que acudían a los negocios comunes, lejos o también muy lejos de la madre patria).

El "pan y el vino", por lo tanto, eran un símbolo que remitía a los arquetipos religiosos más altos, al mismo tiempo traducía, con particular evidencia, aquel "consorcio de toda la vida" (*consortium omnis vitae*) que era la familia, que en la *mercatura* común encontraba un espacio de ulterior ejercicio, un terreno de verificación puntual y una ocasión de profundización concreta. Por lo tanto era un modo de vivir los afectos familiares completamente de mercantes.

En la Compañía vemos coexistir en simbiosis casi perfecta las razones de la familia y aquellas de la empresa colectiva; la Compañía existe porque tiene en su raíz un vínculo de sangre y también está contractualmente estipulada entre los mismos consanguíneos y entre aquellos que en el tiempo adhirieron, no obstante que eran extraños al núcleo familiar primigenio; sin embargo, está estipulada porque de algún modo ya existe, en el sentido que la relación social se injerta sobre la raíz antigua del arquetipo común.

IV. DIVERSIDAD DE FUNCIONES Y SOLIDARIDAD HACIA TERCEROS

El nexa genético con la institución familiar confiere a la Compañía sus rasgos fisonómicos más específicos y característicos: no comprenderíamos el funcionamiento de esta empresa mercantil colectiva si no viéramos a través del cristal clarificador del ordenamiento típico de la familia medieval.

Ante todo esto vale en lo referente a los poderes del gobierno y de administración. La figura del *pater* como

representante de toda la familia en virtud de su *potestas* "natural", la igualmente "natural" limitación de capacidad del hijo (y en general del *alienis iuris*) hasta que el padre viviese²⁰, la unitariedad del *patrimonium* familiar gestionado por el *pater* respecto al cual los hijos tenían sólo la defensa parcial ofrecida por sus *peculia*²¹ representaron el terreno sobre el cual pudo desarrollarse con particular florecimiento la relación de Compañía. De hecho en ésta era necesaria una *affectio societatis* particularmente intensa, que habría podido instaurarse tanto más si se hubiera podido fundar sobre una análoga (y por su misma naturaleza más profundamente instalada) *affectio familiaris*.

Cada uno de los miembros habrían debido obligar a la entera Compañía y tener poderes de gobierno y de representación, no todos igualmente amplios, por el contrario, cada uno proporcionalmente a las tareas asignadas en el ámbito de la organización mercantil, y el complicado, pero articulado sistema de los *peculia* ofrecía un término de referencia particularmente adecuado.

Así las reglas de la responsabilidad ilimitada de todos los compañeros, respecto de los acreedores, podían ser afirmadas como simples aplicaciones a la *mercatura* de aquellas propias del derecho de familia: el "estar juntos en un mismo pan y vino", también si asumió un significado específico en referencia a la Compañía, fue siempre una situación típica que tenía en la familia el propio origen y el propio modelo.

²⁰ Bellomo, voz *Famiglia* - *Dir. inter.*, 762 ss.

²¹ Bellomo, voz *Famiglia*. *Ora cit.*, 753 ss.

Se comenzó siempre desde el paradigma familiar cuando se trató de precisar los efectos que tenía aquel *estar* sobre el régimen de las responsabilidades patrimoniales: cuando se dijo, por ejemplo, que en caso de quiebra el padre habría respondido por los hijos, los hijos por el padre, los hermanos por los hermanos y, más en general, los familiares por los familiares, a menos que el padre no hubiese declarado, preliminar y públicamente, no querer asumir ninguna responsabilidad en las obligaciones del hijo mercante²² o que el ejercicio de la *mercatura*, hecha en su cuenta por parte del hijo, no hubiese alejado de la órbita patrimonial del padre y de la familia²³.

Esta evidente contigüidad entre vínculo familiar y ejercicio en común de la *mercatura* determinó que fuese particularmente viable —se diría propio y evidentemente “natural”— que el vínculo de sangre fuese confirmado a través de la constitución de la Compañía.

Es importante reiterar, la Compañía, no realizó una coincidencia accidental entre relación “agnaticia” y vínculo social, sin embargo, representó el aspecto de *mercatura* de una estructura institucional que, en su raíz y en la sustancia, permaneció como una institución familiar.

Los hechos confirman puntualmente estas afirmaciones. La historia de las Compañías individuales no es nada más que un capítulo de la historia de las fami-

²² Santarelli, *Per la storia del fallimento*, 169 ss.

²³ Torelli, *Famiglia*, 77, donde son destacadas las diversas soluciones dadas por los legisladores comunales.

lias que las constituyeron y le dieron su nombre²⁴; y las reglas que en estas Compañías tuvieron vigencia —en las relaciones internas entre socios y en aquellas con terceros— no hicieron otra cosa que repetir los cánones fundamentales según los cuales se regulaban las relaciones familiares.

Naturalmente no faltaron las diferencias entre familia y Compañía. La primera y fundamental fue que la familia se fundaba sobre la serie indefinida de matrimonios y de generaciones, mientras que las compañías estaban constituidas, extinguidas y renovadas: la familia preexistía y permanecía (o se extinguía sólo por un hecho natural: por la muerte del último descendiente sin hijos varones); las compañías se terminaban con la expiración del plazo convenido y se procedía a su “liquidación” contable, también si inmediatamente después se constituía otra al interior de la misma familia y muy frecuentemente entre los mismos compañeros de aquella apenas “liquidada”²⁵. Por esto poco atrás hemos hablado de simbiosis, y no de identidad, entre familia y compañía.

V. FAMILIARES Y EXTRAÑOS EN LA COMPAÑÍA

Esta simbiosis, que nunca fue una identidad absoluta e indiferenciada, es confirmada por una duplicidad de

²⁴ Es ejemplar por su puntualidad la contribución de De la Roncière, *Una famiglia fiorentina*.

²⁵ Saporì, *La famiglia e le compagnie degli Alberti del Giudice*, contó espléndidamente las vicisitudes de una familia, con sus diversas y sucesivas compañías poco a poco constituidas y saldadas.

hechos. El primero es que las Compañías estuvieron constituidas siempre en el ámbito de una familia y de la familia tomaron el nombre. Cuando se dice que "tomaron el nombre" de la familia a la cual pertenecían los compañeros, no se quiere aludir a un hecho meramente extrínseco, es decir, tomar el *nombre* de una familia (y habitualmente de una conspicua familia de mercantes), quería decir sobre todo que la Compañía *utilizaba* aquel nombre en las *plazas* de todo el mundo, obteniendo *crédito* y prestigio, pero creando en los terceros una *confianza* legítima que se traducía en la *responsabilidad solidaria*, si bien no de la familia entera, por lo menos de todos aquellos que a través de la Compañía se veían involucrados en la *mercatura* común.

El segundo orden de hechos, nunca desvinculado del primero, es que con mucha frecuencia –de hecho podemos decir: por regla– en las Compañías entraron también otros compañeros extraños a la familia, junto a los pertenecientes a la familia misma, que daba el nombre a la Compañía. El criterio de cooptación no siempre fue homogéneo y no es fácil para nosotros hoy día determinarlo con certeza en cada caso concreto. El estudio puntual de algunas dinastías de mercantes ha revelado esta presencia de extraños en las Compañías nacidas al interior de una familia individual.

Esta presencia, sin embargo, no ha cancelado nunca aquella simbiosis de la Compañía con la familia de la cual estamos hablando: en primer lugar porque esta infiltración de extraños se realizó gradualmente con el pasar de los decenios, y además porque estos extraños

permanecieron siempre en minoría (ya sea por cabezas como por capitales conferidos)²⁶.

En conclusión, puede permanecer la curiosidad, difícil de apagarse, de saber si por lo menos alguno de estos parientes "extraños" en realidad no fuese tal, sino entrado en la Compañía en gracia del matrimonio con una mujer de la familia epónima. Pero permanece siempre verdadero que las Compañías se formaron al interior de las familias de mercantes, que siempre fueron compuestas –por lo menos en una gran mayoría– por miembros de las mismas, y que de las familias tomaron las reglas de administración del gobierno y de responsabilidad hacia terceros.

Ciertamente –y es este el dato que sobre todo nos interesa– la Compañía, a través de esta profunda conexión con la familia, representó, desde su surgimiento y a lo largo de toda su historia, un ejemplo típico y muy nítido de gestión común de una actividad de *mercatura*.

VI. EL "CUERPO DE COMPAÑÍA"

Acabamos de aludir, sin detenernos, a los aportes de los compañeros individuales. En realidad, como es obvio, estos aportes tuvieron su importancia sobre el plano económico, ya que representaron el compendio de los medios financieros de los cuales cada una de las Compañías podía disponer.

Respecto al plano jurídico, en cambio, su importancia fue mucho menor, si se tiene cuenta la responsabi-

²⁶ Sapori, *Op. ult. cit.*

lidad ilimitada de los compañeros por las obligaciones sociales y la extensión de la quiebra de uno al otro de éstos. Eventualmente puede interesar la consideración de los capitales conferidos en el "cuerpo de la Compañía", para distinguirlos de los demás, de los cuales la Compañía misma podía disponer a título diferente—por ejemplo, a título, genéricamente, de financiamiento— por la diferencia de régimen que derivaba y por la función diferente que estas dos especies de medios financieros eran llamados a desarrollar en la dinámica de las relaciones en las cuales la Compañía podía verse involucrada.

VII. EL "NOMBRE COLECTIVO"

DE PATRONÍMICO COMÚN A RAZÓN SOCIAL

La fisonomía específica de este tipo de sociedad comercial—que representa el prototipo de aquella "causa de la sociedad propiamente dicha" (*causa societatis propriissime dicta*) consistente en el ejercicio en común de la empresa— es marcada en este punto con bastante claridad. Más personas—pertenecientes por regla a la misma familia—ejercían juntas bajo el patronímico común una *mercatura* según las reglas de administración y de responsabilidad que podían tomarse del derecho de familia y que eran bien compendiadas en la fórmula del "estar juntos por un mismo pan y vino" (*stare ad unum panem et vinum*), que traducían el estatuto familiar del "consorcio de toda la vida" (*consortium omnium vitae*) en los términos propios y específicos del ejercicio común de la *mercatura*.

Naturalmente, si estas fueron las hipótesis bajo las cuales se movió este tipo de sociedad, la evolución a que fue sujeta condujo a soluciones ulteriores. El antiguo patronímico se transformó lentamente en razón social y así permaneció también cuando ninguno de los socios llevó como apellido aquel que, sin embargo, sobrevivió como "nombre colectivo" de la sociedad comercial. Al releer las normas del Código Civil italiano, este proceso histórico más veces secular se nos presenta delante a los ojos en todo su esplendor. No entenderíamos el art. 2292 del Código, de hecho, si nouviésemos presente esta vieja historia de los mercantes medievales. "*La sociedad en nombre colectivo—dispone esta norma—actúa bajo una razón social constituida por el nombre de uno o más socios con la indicación de la relación social*".

Vista así, por sí sola, olvidando (o ignorando) la historia, esta disposición parecería rara: ¿con cuál criterio elegir el nombre de un socio más bien que el de otro, y por qué no adoptar una razón social de fantasía, una sigla de aquellas hoy tanto de moda?, o—aun—¿por qué admitir (aunque a determinadas condiciones) la conservación en la razón social del nombre de un socio que murió o que salió de la sociedad, como permite hacer el segundo párrafo de este artículo?

Todo se explica (o, por lo menos, todo es muy fácil y menos casual de entender), si se piensa en aquella matriz familiar de la cual este tipo de sociedad derivó y que puede ofrecer una justificación suficiente de estas normas en particular, y, más en general, de toda

la disciplina y también del nombre de la sociedad en nombre colectivo²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLOMO, voz *Dote*, cit.
 _____, *Profili*, cit.
 _____, voz *Famiglia*, en *Enc. del Dir.*, vol. XVI, 744 ss.
 BRANCA, *Mercanti scrittori*, cit.
 CIPOLLA, *Storia economica*, cit.
 DE LA RONCIÈRE, *Una famiglia fiorentina nel XIV secolo: i Velluti*, en: DUBY-LE GOFF (a cura di), *Famiglia e parentela nell'Italia medievale*, Bologna, 1982.
 DE ROOVER, *L'organizzazione del commercio*, en *Storia economica Cambridge*, trad. it., vol. III, Torino, 1977, 48 ss.
 GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit.
 GIACCHI, voce *Matrimonio canonico - elementi essenziali*, en *Enc. dir.*, vol. XXV, 887 ss.
 LUZZATTO, *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, 2a. ed., rist., Firenze, 1963.
 ROMANO (Andrea), *La "Summula de fratribus insimul habitantibus" di Iacopo Baldovini*, en *Riv. di Storia del diritto italiano*, XLVIII (1975), 1 ss.
 SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit. 13. SAPORI, *Saggi sulle fonti della storia economica medievale*, en SAPORI, *Studi*, cit., vol. I, 5 ss.
 SAPORI, *Il commercio internazionale nel Medioevo*, en SAPORI, *Studi*, vol. I, 495 ss.

²⁷ Weber, *Economia e società*, II, 56 ss.

- _____, *La famiglia e la compagnia degli Alberti del Giudice*, en SAPORI, *Studi*, vol. II, 975 ss.
 SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1921.
 SPADA, *La tipicità delle società*, cit.
 TABACCO, *Il rapporto di parentela como strumento di dominio consortile: alcuni esempi in Piemonte*, en DUBY-LE GOFF, *Famiglia e parentela*, cit., 83 ss.
 TORELLI, *Lezioni di Storia del diritto italiano. Diritto privato. La famiglia*, Milano, 1947.
 VIOLANTE, *Alcune caratteristiche delle strutture familiari in Lombardia Emilia e Toscana durante i secoli IX-XII*, en DUBY-LE GOFF, *Famiglia e parentela*, cit., 19 ss.
 WEBER, *Economia e società*, trad. it., 3a. ed., Milano, 1986.

CAPÍTULO CUARTO

UN PACTO ENTRE DINERO Y FANTASÍA

I. PROPIEDAD FORMAL Y DISPONIBILIDAD DE HECHO: LA ELECCIÓN DEL MERCANTE MEDIEVAL

Cuando se habla de principios generales según los cuales en cada experiencia jurídica se trata de resolver los problemas relativos a la pertenencia de las cosas a los sujetos y a la tutela de esta pertenencia (o, como también –y menos bien– se dice, a las relaciones de los sujetos con las cosas), el debate tiende a colocarse entre dos términos teóricamente extremos y recíprocamente antitéticos. Ellos son, por una parte la pertenencia formal de la cosa a un sujeto, considerada y tutelada en cuanto tal por el ordenamiento jurídico, como situación convencional; y, en el extremo opuesto, la detención de la cosa por parte del sujeto considerada y tutelada por el ordenamiento como hecho meramente económico, meritorio como tal –es decir como *hecho*– de ser considerada y tutelada.

El paradigma de propiedad típico de la experiencia jurídica romana –pasado a través de un proceso de ela-

boración largo y complejo¹— se ubica totalmente sobre la línea del primero de los dos términos de los cuales acabamos de decir: el “*dominium ex iure quiritium*” (el dominio con base en el derecho de los Quirites) significaba pertenencia formal de la “cosa” (*res*) a su “señor” (*dominus*), una pertenencia que el ordenamiento jurídico tutelaba como tal, sin dar relevancia al contenido factual y económico del aprovechamiento de la cosa por parte del “señor” (*dominus*).

La misma tutela procesal del dominio (*dominium*) se ubicaba completamente sobre esta línea de atención al dato formal de pertenencia: afirmando “digo que esta cosa es mía” (*aio hanc rem meam esse*), es decir, la fórmula de la antigua *legis actio sacramenti in rem*,² el “ciudadano” (*civis*) pedía el reconocimiento formal de un ámbito propio de señoría absoluta y ya no la posibilidad de hecho de sacar de la “cosa” (*res*) objeto de pertenencia una utilidad económica cualquiera. Justamente por esto se ha hablado del carácter absoluto del *dominium* romano-clásico, de su contenido ético y de su función política³.

Esta disciplina normativa, y sobre todo el sistema de valores sobre los cuales ésta se fundaba, presupone en los hechos una señoría indiscutible del hombre sobre la realidad circundante, al punto de no meter en

¹ Es un tema fascinante para el romanista: se ha ocupado con resultados muy apreciables Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà*, vol. I.

² Cfr. Gai, IV, 16.

³ Grossi, *Situazioni*, 17 ss.

discusión mínimamente la posibilidad de afirmar la propiedad de la cosa y de pedir al juez su reconocimiento formal.

Estos supuestos de hecho desaparecieron totalmente con la gran crisis que marcó el paso de la Antigüedad al Medioevo. Así como el “ciudadano romano” (*civis romanus*) se había sentido dominador de las cosas y había podido pretender, *erga omnes* y, en primer lugar, ante la *civitas* y su ordenamiento jurídico, el reconocimiento pleno y formal de este dominio suyo, del mismo modo el hombre de la Alta Edad Media fue sometido a una realidad de la cual no tenía ni una clave de lectura ni los instrumentos de sumisión.

Nació de esta nueva y dramática situación de hecho una experiencia jurídica ya no atenta a resolver los problemas relativos a la posesión y al aprovechamiento de las cosas, a la tutela formal de la situación de pertenencia formal, sino dirigida en modo opuesto a leer los hechos económicos en su consistencia elemental y a darles la fuerza de la efectividad: por esto se habla de “naturalismo” y de “primitivismo” Alto Medieval, destacando la así llamada “atracción de lo real” como característica esencial de la experiencia jurídica de estos siglos⁴.

Cuando, en el contexto “nuevo” de la experiencia jurídica Bajo Medieval, los *doctores* de la nueva “ciencia jurídica” (*scientia iuris*) se volvieron a acercar —para constituir con ella la experiencia jurídica reflejo de su tiempo— a los *textos* apenas “redescubiertos” del Cor-

⁴ Grossi, *Situazioni*, 59 ss.; Id., *Ordine giuridico*, 98 ss.

*pus Iuris justiniano*⁵, debieron esforzarse en trabajar con los testimonios romanos —escasamente comprensibles para ellos— del antiguo *dominium ex iure quiritium*.

La suya fue una *interpretatio* ardua, pero desprejuiciada y al final profundamente creativa. En el sistema que nació de su reflexión, y que tuvo sus raíces en el profundo de la experiencia jurídica de su tiempo⁶, no hubo lugar para el antiguo *dominium* como monolítica pertenencia formal ni fue verdadero lo que para la jurisprudencia romana había sido indiscutible —“no puede existir la posesión o la propiedad de dos por el entero” (*duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse*)⁷—; para el jurista medieval, al contrario, fue indiscutible la pluralidad de los *dominia* y la contemporánea presencia de posiciones jurídicas subjetivas que se podían tutelar directamente como “derechos reales” (*iura in re*)⁸.

En este sentido es típico el ejemplo del arriendo de los bienes inmóviles a largo plazo —en el cual, desde una óptica rigurosamente romanista, cierto, no se habría podido hablar de un efecto traslativo de un derecho real— y que en cambio en la experiencia jurídica medieval y en la elaboración que los juristas hicieron

⁵ Para todo *cfr.* Bellomo, *Europa*, 67 ss.; algunas consideraciones tal vez no inútiles en Santarelli, *Esperienza giuridica*, 99 ss., 115 ss.

⁶ No profundizaremos aquí nuestro discurso: digamos sólo —enviando a quien lo desee a Santarelli, voz *Recezione*— que todo este grandioso quehacer fue mucho más que la simple “recepción” de un ordenamiento antiguo en un contexto de civilización a él extraño.

⁷ Ulpianus, *Libro vicensimo octavo ad edictum* (D. 13. 6. 5. 15).

⁸ Para todo Grossi, *Situazioni*, 160 ss. e Id., *Ordine giuridico*, 237 ss.

de esa, partiendo en apariencia desde los textos justinianos, tuvo como efecto típico precisamente aquel de conferir al arrendatario un “dominio útil” (*dominium utile*)⁹.

Se dice, y con razón, que la emersión de este sistema teórico completamente medieval de la pluralidad de los “dominios” (*dominia*) fue el fruto maduro y teóricamente coherente de un largo camino que había tenido su punto de partida en el “naturalismo” y en el “primitivismo”, que habían sido típicos del Alto Medioevo y habían creado las premisas y las condiciones para una total perturbación de los cánones jurídicos según los cuales organizar el aprovechamiento de las cosas y la tutela de este aprovechamiento.

No se puede, sin embargo, olvidar ni siquiera la particular coincidencia entre este sistema de la pluralidad de los *dominia*, que daba relevancia directa y tutela específica a situaciones de posesión simple o de mera detención y los intereses de clase típicos de los mercantes. Al mercante¹⁰, por como estaba organizado su trabajo, le era indispensable poder disponer, durante un tiempo limitado, de los medios económicos y financieros suficientes para organizar y dirigir el proceso productivo; era una cosa para él del todo irrelevante que esta disponibilidad se transformase después en una pertenencia formal (diríamos hoy en día en un derecho subjetivo perfecto): la antigua altisonante afir-

⁹ Esta singular institución de la experiencia jurídica medieval ha sido estudiada por Grossi, *Locatio* e Id., *Ordine giuridico*, 237 ss.

¹⁰ Ya lo hemos dicho: *cfr. supra*, 27 ss.

mación (*aio hanc rem meam esse eamque vindico*) no tenía para el mercante medieval ningún valor "ético"; en su óptica, solamente utilitarista, estas solemnidades formales eran ni más ni menos que ociosos juegos de palabras.

Aquello que contaba para el mercante era poder disponer de lo que le servía (y que, como de costumbre, no era poco), poder introducir grandes masas de bienes (sobre todo de capitales) en el "giro" veloz y exigente de su *mercatura*, para después restituir el todo, además con un interés generoso, una vez terminado el "giro", dejando para sí solamente el lucro de la producción y del comercio, en vista del cual todo había sido activado y también se habían corrido riesgos muy altos.

En este contexto de cultura y civilización —que fue la civilización de la *mercatura*, y precisamente por esto generó el fruto precioso y "alternativo" de la teología de la pobreza¹¹— nació una noción de propiedad nueva, fundada en modo distinto, que después llegó a ser la idea de propiedad típica de la Edad Moderna y capitalista; una noción que tuvo su punto de apoyo en el (*usus facti*)¹². Este *usus facti*, del cual precisamente se ha investigado y descubierto la raíz "doctrinaria" en la reflexión franciscana sobre la pobreza, era lo que el mercante pedía y de lo cual le importaba la tutela, por lo tanto, aquella reflexión, y el fruto que al final brotó, también fueron la respuesta adecuada y muy pertinente a las exigencias típicas de la clase mercantil.

¹¹ Diremos algunas cosas dentro de poco, en el capítulo siguiente.

¹² Grossi, *Usus facti*.

II. LA HARINA Y EL SACO

Este *usus facti*, es decir, esta disponibilidad solamente económica de los instrumentos económicos indispensables para la producción de la ganancia de *mercatura*, era aquel que al mercante servía y bastaba. El capital en la estrategia mercantil, era medio primario. Sólo quien podía invertir masas conspicuas de medios financieros tenía la posibilidad de realizar proyectos también ambiciosos y muy arriesgados de los cuales obtener utilidades ingentes. Pero la disponibilidad de estos capitales por sí sola no podía bastar si hubiese faltado el arte: el instrumento se habría mantenido como cosa inerte y perfectamente estéril en su materialidad.

La ganancia, al final, era hija del arte, no de la *pecunia*. Por otra parte, quien tenía el arte —era capaz, por virtud natural o por capacidad adquirida con su experiencia y la de los suyos, de utilizar los instrumentos transformándolos, de estériles que eran, en fecundos— era siempre y por definición con pocos capitales: en una lógica de *mercatura* el aumento cotidiano de los medios financieros, si el proyecto valía y la fortuna no era contraria, habría multiplicado constantemente las ganancias. Por esto no era mercante quien se limitaba a invertir capitales que ya eran suyos y no buscaba otros nuevos, inertes y disponibles, de cualquier procedencia.

Al querer decir todo con un proverbio italiano, se podría notar que —en la lógica de la clase mercantil, que se transformó en la lógica de toda una entera sociedad— la harina buscaba continuamente el saco y el saco la harina: no había harina que bastase y los sacos

eran siempre pocos. Ni se podía pensar que el saco se transformara en harina o la harina en saco. Fuera de la metáfora, no se podía concebir el intercambio de roles entre quien tenía la capacidad del mercante y quien detentaba los capitales indispensables para la *mercatura*.

La síntesis entre capitalista y empresario tendrá lugar mucho más tarde, en el capitalismo moderno, con el surgimiento y la consolidación de las grandes sociedades de capitales. Pero, como veremos dentro de poco, será una síntesis solamente formal, hecha *in vitro* y no en la realidad, casi diríamos soñada en el abstracto de los instrumentos jurídicos, en el marco del contrato de sociedad, imaginando una "actividad económica común" de los socios destinada a permanecer sólo en la fantasía.

III. DIVIDIR EL LUCRO Y LIMITAR EL DAÑO

¿Cuál era la exigencia fundamental que emergía de este "juego del saco y de la harina" y que pedía ser satisfecha? En términos más rigurosos ¿cuál era la *tipicidad social* de ciertos hechos y de ciertos comportamientos de los cuales nacía la exigencia de una correspondiente *tipicidad jurídica y negocial*¹³?

Es fácil decirlo, si se tiene en mente el mecanismo según el cual operaba el mercante¹⁴. El ciclo de producción y de comercialización del producto, que el mercante proyectaba, dirigía y portaba a cumplimiento,

¹³ Betti, *Teoria generale*, 199 ss.

¹⁴ Una vez más reenviamos al ya dicho: *cfr. supra*, 27 ss.

tendía a conseguir una ganancia –de un *lucrum*, por querer usar el vocabulario de la época– y comportaba también la exposición a un riesgo. Este riesgo, que es inútil discutir una vez más, por cómo estaba organizada la *mercatura*, involucraba únicamente la persona del mercante; y era un riesgo total, un riesgo que abarcaba toda la actividad del mismo mercante –basta pensar, por ejemplo, en la quiebra¹⁵– e involucraba a todos aquellos que, como mercantes, hubiesen ejercitado juntos la *mercatura*¹⁶.

Esto era una realidad de la que necesitaba tomar acto: a cada uno lo suyo, en el bien y en el mal. Pero no era imposible buscar romper este círculo aparentemente así inexorable: se podía, por un lado aceptar la disminución del *lucrum* final distribuyéndolo entre los diferentes "factores" de la producción, y por el otro operar también una dislocación del riesgo transfiriéndolo –en los límites que se podía transferir– a los diferentes sujetos que con diferentes títulos intervenían desde fuera del proceso de producción, con el objetivo de extraer una utilidad económica de una operación realizada exitosamente.

Cierto, esta dislocación no podía ser arbitraria, sino debía respetar las fundamentales "reglas del juego": el riesgo debía permanecer ilimitado para el mercante, ya fuese él solo en el ejercicio de su *mercatura* o fueran más mercantes ligados entre ellos por el "estar juntos por un mismo pan y vino" (*stare ad unum panem et vi-*

¹⁵ *Cfr. supra*, 57 ss.

¹⁶ *Cfr. supra*, en el capítulo anterior.

num), y podía en cambio tener que ver con quien –por ejemplo– hubiese suministrado los medios financieros sólo dentro de límites rigurosamente prefijados (que después fueron los mismos límites de la asignación de los capitales).

Así el mercante permanecía mercante: la gestión era suya y el riesgo de la empresa era suyo, un riesgo total e ilimitado, asumido según una lógica que no admitía temperamentos; a aquel que proporcionaba los capitales y, por lo tanto, quería una participación en las utilidades, no se le podía pedir asumir *in toto* el peso de una empresa que no era suya, sino que se le podía pedir arriesgar por lo menos aquello que entregaba. Era –por así decir– un daño atenuado, aquello a lo cual era expuesto quien permanecía fuera del ciclo vital del ejercicio mercantil; pero hacía en modo que fuese menos imponente el riesgo del mercante, en el respeto riguroso de la que era universalmente sentida como la invencible “naturaleza de las cosas”.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, 5a. ed., Roma, 1991.
- BELLI, *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato Vassalli*, cit., vol. XV-2, 2a. ed., Turín, 1960 (reeditada, con una *Introduzione* de G. B. FERRI, a cura de G. CRIFÒ, Nápoles, 1994; las citas son hechas por la edición de Turín).
- CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, cit.
- GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, Nápoles, 1963.

- _____, *Situazioni reali*, cit.
- _____, *Ordine giuridico*, cit.
- SANTARELLI, *L'esperienza giuridica*, cit.
- _____, voz *Recezione*, cit.

CAPÍTULO QUINTO

LA PROHIBICIÓN DE LAS USURAS

I. EL POBRE Y EL LOGRERO

A estas alturas de nuestra discusión es indispensable hacer referencia al tema de la *prohibición* de las *usuras*, para comprender por qué y cómo las exigencias de la sociedad mercantil bajo medieval encontraron respuestas adecuadas sobre el plan de la tipicidad negociativa. Al querer profundizar mejor, este sería un argumento ilimitado: nos bastará considerar lo que sirva para poder entender por qué un negocio, que por cierto no era exclusivamente societario en su sustancia, fue traducido en términos societarios. En esta perspectiva nuestro examen del problema de la usura sólo será incidental y, por lo tanto, aproximativo.

Probemos, por un instante, a reformular en sus términos esenciales —en modo aparentemente “neuro”, pero tal vez (y no involuntariamente) “tendencioso”— la situación típica de la cual razonamos en el capítulo anterior. Por una parte había un “sujeto” (*el mercante*) que necesitaba urgentemente dinero (*los capitales indis-*

pensables para el ejercicio de la mercatura); por otra, había alguien dispuesto a dárselo, pero con la condición de obtener utilidades, es decir, de recibir en restitución más de cuanto había prestado (*utilidad consistente en una parte del lucro que el mercante mutuuario habría obtenido de la mercatura financiada en este modo*).

Si esta descripción la leemos por completo, no agregamos nada a aquello que ya se ha dicho; si al leerla saltamos lo escrito en cursiva y entre paréntesis lo que queda no es ni más ni menos que la descripción esencial de la actividad de un logrero. No se trata de un juego de palabras, evidentemente, es sólo la constatación de cómo las dos típicas situaciones de hecho —aquella del financiamiento de la empresa mercantil bajo la condición de una participación del financista en las utilidades de la empresa y aquella de prestar dinero a un interés usurero— fueran entre ellas estrechamente unidas.

Desde siempre la imagen del pobre y de aquel que se aprovecha de su miseria para obtener utilidades en beneficio propio, haciéndola todavía más desesperada, pareció a todos un síntoma intolerable de una situación totalmente inmoral. No es necesario haber leído en las páginas de *Crimen y castigo*, el drama delirante de Rasolnikov para adherir a la repugnancia universal que por todos lados y en todos los tiempos ha acompañado la figura siniestra del logrero.

Dicho esto, no se puede no reconocer que es imposible “hacer de cada hierba un ramillete”, es decir, condenar en bloque como usurarias tantas situaciones que, aunque tienen algunos esenciales caracteres obje-

tivos, sin embargo no se pueden considerar como una unidad indiscriminada. La *diversidad* de los contextos hace, no solamente posible, sino necesaria una diferenciación de los juicios, ya que los perfiles de relevancia cambian en modo a veces decisivo con el mutar de las circunstancias dentro de las cuales son tenidos los comportamientos típicos. El historiador sabe bien —si es un historiador bien preciso— que con mucha frecuencia a aparentes y superficiales continuidades corresponden en realidad diversidades sustanciales que hacen vanas e improponibles ciertas analogías. Es el caso, como veremos, de la *prohibición* de las *usuras*: que *parece* atravesar *inmutable* una muy larga y tan compleja historia y que en cambio —como la situación de ilicitud a la cual tendió a contraponerse— terminó asumiendo muchos y tan diversos caracteres según el contexto social y cultural en los cuales fue afirmado y aplicado.

II. LAS MEDIDAS Y LAS RAZONES DE UNA PROHIBICIÓN

Las *fuentes* de esta prohibición no podían ser más *autorizadas*, en una sociedad como aquella medieval: se trataba, como todos sabemos, de páginas *bíblicas*. En el Antiguo Testamento, en aquel que los exégetas llamaban *Código de la Alianza* —un complejo normativo, al mismo tiempo jurídico y moral, en el cual fueron marcadas las cláusulas del pacto de algún modo constituyente estipulado entre Yahvé y el pueblo conducido desde Egipto a la Tierra prometida— la prohibición de las usuras se encuentra formulado clara y repetida-

mente. Son los textos sobre los cuales las teorías de la usura han sido construidas en vía, al menos formalmente, exegética, y por esto es indispensable leerlos.

El primero pertenece al Éxodo y contiene, junto al enunciado formal de la prohibición, su *motivación*, consistente en la *indigencia del mutuuario*. “Si tú prestas dinero a alguno de mi pueblo, al indigente que está contigo, no te comportarás con él como usurero: ustedes no deben imponerle algún interés. Si le empeñas la manta a tu prójimo se la entregarás al atardecer, porque es su única cubierta, es la manta con la que él cubre su piel; ¿cómo podría cubrirse al dormir? De otro modo cuando invoque mi ayuda yo escucharé su grito porque soy misericordioso”¹.

La base de la norma es evidente: *mutuario* es por definición uno *muy pobre*, cuya pobreza extrema representa el *presupuesto* de hecho *típico* e infaltable del *préstamo*; se deduce como consecuencia necesaria la prohibición absoluta de imponer una usura cualquiera. Así como de esta pobreza extrema deriva para el mutuante, que haya empeñado la manta del mutuuario como garantía del propio crédito, la obligación de restituírsela cada día al caer el sol, una obligación sancionada muy duramente “en blanco”, ya que el mis-

¹ *Exodus*, XXII, 24-26. Vale la pena leer lo esencial de esta norma también en la *Vulgata* latina, sobre la cual se desarrolla toda la obra exegética medieval. “Si has dado dinero en préstamo a tu hermano pobre que te lo pidió, no le agobiarás imponiéndole un interés. Después si has recibido como prenda algo semejante a un vestido, se lo restituirás antes del ocaso del sol” (*Si autem argentum mutuuum dederis fratri tuo pauperi apud te, non eris eum urgens, non imponens ei usuram. Si autem pignus in pignum acceperis vestimentum proximi, ante solis occasum reddes ei*).

mo Yahvé –que a diferencia del acreedor que recibió la manta en prenda, es y se proclama “misericordioso”– reivindicará la injuria hecha al deudor que sufre el frío².

El segundo de los textos que evidencian la prohibición de las usuras se lee en el *Deuteronomio*³, y efectivamente no es menos claro que el primero: “No harás a tu hermano préstamos con interés ni de dinero, ni de víveres, ni de cualquier cosa que se preste a interés. Al extranjero podrás prestar con interés, pero no a tu hermano”⁴. Respecto a aquel del Éxodo, el texto deuteronomico contiene dos elementos más, uno formal y otro de sustancia.

Aquel *formal* (para nada irrelevante) es la *descripción* de las *cosas* que pueden ser objeto de préstamo de las cuales se impone la gratuidad: son –es verdad– aquellos que nosotros, con base en el derecho romano, definimos de *género* o fungibles, pero es interesante que el texto bíblico destaque entre esas los víveres: su dación en préstamo es signo evidente de la *indigencia* absoluta

² Para entender la “*ratio*” de esta norma, basta pensar en la oscilación térmica, típica de las regiones en las cuales vivía el pueblo hebreo: el pobre podía muy bien prescindir de la manta cuando era de día, pero no de noche.

³ El contenido normativo del *Deuteronomio* pertenece efectivamente al así llamado “Código de Alianza”, también si la redacción de este libro es, en su complejo, menos antigua.

⁴ *Deuter.*, XXIII, 19 (20)-20 (21). También en este caso será útil leer la *Vulgata*: “No prestarás con interés el dinero a tu hermano ni le pedirás un interés por los víveres ni le darás algo en préstamo con algún interés. Prestarás con interés a un extranjero, mientras que no prestarás con interés a tu hermano” (*Non foeneraberis fratri tuo usuram ciborum, et usuram cuiuslibet rei quamcumque dederis mutuam. Alieno foeneraberis, fratri autem tuo non foeneraberis*).

del mutuuario, por lo tanto la percepción de un interés de esta especie de mutuo (interés, presumiblemente, constituido por una mayor cantidad de los productos alimenticios restituidos respecto a aquellos originariamente dadas en préstamo) se clasifica en modo singularmente *reprobable*, bajo el perfil jurídico y –lo que es más importante– bajo el perfil moral.

El elemento *sustancialmente* nuevo de este texto, respecto al primero, está en la reglamentación *diferente* del préstamo contrato con el “hermano” en comparación con aquel estipulado con el extranjero: solamente para el primero vale la regla de la gratuidad, mientras que se puede pretender libremente del extranjero una usura también muy pesada, independientemente de su “objetiva” inacceptabilidad moral.

Esta es una aplicación rigurosa del principio que limitaba al pueblo elegido la alianza con Yahvé y la consiguiente observación de las reglas relativas: el *extranjero*, excluido del pacto, no tenía ni deberes que observar ni derechos que ejercitar, *no era* –en el ordenamiento creado por la Alianza– ni siquiera un *sujeto*. La norma leída en el Libro del Levítico no era sustancialmente distinta de esta deuteronomica, donde se repetía la alusión a dos posibles objetos de préstamo diferentes –el dinero y los víveres– y confirmada la sanción divina que era aplicada con la prohibición de la usura con conexión explícita a aquella Alianza de la cual la prohibición constituía una cláusula⁵.

⁵ “Si tu hermano [...] cae en miseria y se encuentra privado de medios, ayúdale [...]. No tomes intereses de él, ni utilidades; sino teme a

Sin necesidad de leer otros párrafos del Viejo Testamento, en los cuales a la prohibición de la usura se hacen referencias solamente “de sabios”⁶ (en cuanto tales del todo insignificantes para nosotros), podemos constatar sin duda cómo la prohibición de las usuras encontró en el Antiguo Testamento una *conexión* evidente con la *pobreza* estructural del pueblo de Israel. En una economía agro-pastoril –que es por definición *economía de sobrevivencia*– objeto del préstamo puede ser solamente, o un bien de consumo *indispensable* –los “víveres” a los cuales se refieren los párrafos del Levítico y del Deuteronomio que acabamos de leer–, o el dinero con el cual el mutuuario podrá proveerse de cuanto le faltaba en ese momento para vivir.

La disposición relativa al *empeño* de la *manta*, que se justifica solamente en un contexto de *extrema indigencia*, confirma que ésta fue la realidad sobre la cual se apoyaba la prohibición en el párrafo del Éxodo. Y era agro-pastoral y parte de la economía de sobrevivencia la misma sociedad en la cual la prohibición de las usuras fue formulada en los términos que acabamos de ver; una sociedad que se encontraba en un grado de pobreza extrema, porque solamente uno muy pobre podía recurrir a este tipo de contrato. El nexo presta-

tu Dios y has vivir a tu hermano contigo. No le prestarás dinero con intereses, ni le darás el alimento con usura. Yo soy el Señor vuestro Dios, que les he hecho salir del país de Egipto, para darles el país de Canaan, por ser vuestro Dios” (*Levítico*, XXV, 35-37).

⁶ Por ejemplo: *Salmos*, XV, 5; *Proverbios*, XXVIII, 8; *Ezequiel*, XVIII, 13 y 17 y XXII, 12.

mo-necesidad, por lo tanto, en aquel contexto, era socialmente *típico* y consecuentemente *infaltable*.

Hemos insistido en la lectura de los textos bíblicos del Antiguo Testamento porque en ellos encontramos la primera y más profunda raíz de la prohibición de las usuras que representó un canon esencial del sistema de las obligaciones vigente durante mucho tiempo en aquel complejo de experiencias jurídicas⁷ al cual también pertenece la nuestra. Pero no solamente en la tradición bíblica encontramos afirmada esta prohibición: lo mismo ocurre en el Corán –nacido tanto después del Código bíblico de la Alianza, pero en contextos en muchos aspectos no tan diferentes–, el cual contiene normas singularmente semejantes con aquellas que acabamos de leer; normas que regularon y aún regulan en simbiosis sustancial con aquellas bíblicas⁸.

Nacida así, y así conectada inseparable y vitalmente a una cierta estructura económica, la prohibición de las usuras fue llamada a atravesar milenios de historia, y a proponerse idéntica a sí misma en *situaciones* profundamente *diferentes* –estructural y culturalmente– respecto a aquella originaria, pero siempre provista de su “natural” intangibilidad derivada de ser puesta

⁷ No es el caso detenernos ahora sobre este concepto (además esencial) de *complejo de experiencia*. Quien quisiera profundizar el análisis podría ver las páginas magistrales de Orestano, *Introduzione*, 370 ss.

⁸ Para un análisis ya sea de la prohibición coránica de usura ya sea de las consecuencias que aún hoy en día comporta esta prohibición en las (a veces complejas) relaciones entre mundo islámico y experiencia jurídica europea, véase el reciente estudio de Piccinelli, *Banche islamiche*, 17 ss.

en un contexto en el cual ninguno habría osado discutir la *infalibilidad* propia de un precepto “inspirado por la Divinidad”. Sobre este terreno nacieron tantas dificultades interpretativas, la fatiga de muchas de las aplicaciones de las cuales era casi imposible esconder la *artificiosidad* y encontraron el modo de tomar forma algunas *soluciones* que tal vez no es excesivo ni retórico definir de *geniales*.

III. HISTORIAS Y NO DESMENTIR

En el afrontar el tema –vasto y complejo– de la prohibición de la usura, como historia *exegética* de aquellos *textos bíblicos* de los que acabamos de hablar y sobre todo como historia de una elaboración *doctrinal* y *práctica* que ha seguido el desarrollo de la sociedad occidental desde la Tarda Antigüedad hasta bien avanzada la Edad Moderna, debemos estar atentos a ciertas *reducciones* tanto *gratuitas* como ampliamente divulgadas.

En efecto, hay una tendencia bastante difundida en la historiografía jurídica y económica, a reducir la historia de aquella prohibición a una suerte de certamen épico entre una praxis comercial ocupada solamente en eludir la prohibición misma por insano amor de ganancia (ayudada en la empresa por una bandada de argumentadores vendidos y sutiles) y una áspera máquina inquisitoria dedicada a descubrir –la mayor parte de la veces con éxito– el antro en el cual una mano sagaz había restablecido la cláusula usuraria. No toda la historiografía, efectivamente, se encerró en este saco

y se pueden citar muchos ejemplos ilustres de reconstrucciones magistrales⁹.

Se puede afirmar, sin embargo, con bastante seguridad, que aquel esquema interpretativo de la lucha sin tregua entre astucia e inquisición ha perjudicado, no poco, también las mejores contribuciones. Se puede agregar que para estar a salvo del peligro de reducir un serio problema científico a una ocasión para amenos comentarios de "tercera página de un cotidiano"¹⁰, puede ser útil tener en la nariz –y, si es posible, actuar con juicio– los lentes del jurista.

Mirando con estos lentes el panorama que la historia nos ofrece, nos damos cuenta bastante rápido que el verdadero problema, que la praxis y la reflexión teórica se encontraban juntas a afrontar, no fue eludir la prohibición o sancionar a sus infractores, sino –mucho más en profundidad– fue descubrir la conexión de la prohibición con una cierta estructura social y económica (aquella que poco atrás definíamos como sociedad y economía de subsistencia).

Necesitaba, en efecto, constatar el tránsito a una nueva estructura social de tipo mercantil y ver cómo y por qué en esta nueva sociedad no había tenido sentido una confirmación rigurosa e indiscriminada de la antigua prohibición, con la finalidad de elaborar los instrumentos analíticos que permitieran distinguir

⁹ Para todo *cf.* los trabajos célebres de Weber (*L'etica protestante*) y de Nelson (*Usura*). Entre los trabajos más recientes y puntuales, Spicciati, *Capitale e interesse*.

¹⁰ Se alude a ciertas páginas –tanto sabrosas como discutibles– de Le Goff, *La borsa e la vita*.

los casos en los que –permaneciendo una situación de pobreza del mutuuario– la prohibición de las usuras conservaba intacto el propio valor de los casos en los cuales –existiendo la expectativa de ganancia útil divisible entre las partes– la conservación de la prohibición habría sido completamente desprovista de un fundamento adecuado.

En buenas cuentas, si se observa, con las categorías propias del jurista, el problema de las usuras y de su (necesaria o inoportuna) prohibición, se reduce a precisar la naturaleza y la función del dinero. No se trata de un problema simple o marginal, aunque puede parecer inconsistente a quien no tiene ojos para ver¹¹: a pesar de su aparente uniformidad de "cosa" (*res*), de hecho la pecunia cambia sustancia para el jurista en función del uso para el cual es destinada.

Con todo, no existe una "naturaleza" invariable en cuyo gran libro esté registrada, de una vez para todas y en modo "objetivo", la "sustancia" del dinero; ni se puede decir que esta así llamada "sustancia" reciba de un misterioso "ius naturae" las reglas inviolables de su empleo. Por el contrario, el uso al cual de vez en vez es destinada, así como la utilidad que de ella entienden sacar las partes contrayentes, hacen cambiar continuamente la esencia del dinero, cambiando en consecuencia también el estatuto.

Si seguimos el tránsito de la Edad Feudal –marcada por una economía de tipo "cortesano", fundada sobre

¹¹ Bastaría recordar los trabajos de Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie* y –más recientemente– de Inzitari, *La moneta*.

la producción y el consumo de los bienes y sobre su intercambio tan limitado— a aquella de las Comunes, marcada en cambio por el desarrollo de la economía de mercado y por la hegemonía de la clase mercantil, no podemos no distinguir la *mutación* sustancial que la “*naturaleza*” misma del *dinero* sufrió en el contexto de este tránsito, y de consecuencia cómo no pudo no mutar también profundamente el complejo de las reglas destinadas a gobernar su uso.

Este tránsito desde un modo “feudal” a un modo mercantil de considerar el dinero y la consiguiente renovación de las reglas jurídicas (y morales) de su uso—con todo lo que este tránsito y esta mutación comportaban en el terreno específico de la prohibición de las usuras— fueron facilitados y hechos posibles por la reflexión, por tantos lados nueva y desprejuiciada, de las órdenes “mendicantes”, en primer lugar por los franciscanos.

Es verdad, ellos hicieron de la *pobreza* una *bandera* que profesaban intransigentemente y practicaron esta elección de vida bien conscientes de lo que era el “espíritu del siglo” que había en torno a ellos en la sociedad mercantil: el mismo Francisco era hijo de un mercante y ciertamente quiso tomar radicalmente las distancias de los modelos de vida paternos.

Ni Francisco ni sus hermanos confundieron la pobreza—que practicaron como virtud porque no la tuvieron, en suerte, desde el nacimiento— con la *ignorancia* de la *realidad* mercantil y menos aun con el *desprecio* maniqueo por los instrumentos económicos sobre los cuales se fundaba la vida de la ciudad en la cual habían

nacido y crecido: a moverlos fue más bien un deseo de liberación y de libertad espiritual. Precisamente este esfuerzo de *liberación* hizo posible, sobre el plano teórico, un pensamiento desprejuiciado y una capacidad de nueva elaboración de principios, capaces de aportar soluciones adecuadas para fundar una moderna doctrina del capital.

Como ha sido demostrado en modo convincente¹², en quien había elegido la pobreza como estado de vida radical nace la idea moderna de propiedad privada; así, desde la misma matriz (espiritual, primero que cultural), nació una visión de los traficantes mercantiles articulada en modo libre, real y abierta a los problemas concretos que el mercado ponía diariamente: una visión de la que no podía no derivar una *perspectiva histórica* valiente y clara de la antigua prohibición de las usuras que, sin desmentir en nada su valor o su obligatoriedad, *no* la transformase en un factor de *parálisis* económica.

Es inútil dar aquí muchos nombres y contar tantas biografías (de los franciscanos Alessandro d'Alessandria, Pietro di Giovanni Olivi, Giovanni da Erfurt, Astesano d'Asti, Angelo Carletti da Chivazo, Battista di Salis; o de los dominicanos Tommaso d'Aquino, Antonino Pierozzi, Silvestre da Priero o Giovanni da Taggia).

Basta solamente recoger en su conjunto aquella que fue la línea fundamental de la reflexión de estos maes-

¹² Grossi, *Usus facti*.

tros¹³: se trató en sustancia de una confrontación nítida y desprejuiciada entre una *norma absolutamente válida* (porque estaba contenida en un texto del cual nadie discutía la inspiración divina) y una serie de *situaciones concretas típicas*, por constatar a cuál de estas situaciones aquella norma se adecuara precisamente y cuáles en cambio le fueran, por su naturaleza intrínseca, del todo extrañas. Todo esto para evitar, a tiempo, inobservancias indebidas y extensiones arbitrarias¹⁴.

Esta perspectiva histórica de la prohibición, que se había activado en el ápice de la sociedad comunal para responder, en modo adecuado, a las exigencias de la clase de los mercantes, dio sus frutos definitivos y más maduros en el umbral de la Edad Moderna. No por casualidad el último tramo de camino fue recorrido en un momento de gran crisis de la conciencia religiosa europea, en la dramática estación de la Reforma protestante y de aquella católica.

La experiencia personal de *Lutero* puede ser considerada emblemática: de la primera tan dura polémica contra las "extorsiones usurarias" de la Iglesia de Roma, conducida sobre posiciones de extremismo "evangélico", a través de los sucesivos "temperamentos" (impuestos por las interpretaciones demasiado

¹³ Estas reflexiones, de los autores de manuales por confesores, eran propias de moralistas, pero aparecen iluminantes también para el historiador de la experiencia jurídica. Estas obras singulares han sido estudiadas por Grossi, *Somme penitenziali*. Más análisis textuales han confirmado estas opiniones (Boari, *Le auctoritates*).

¹⁴ Ver las páginas tan documentadas de Spicciari, *Capitale e interesse*; cfr. también Nelson, *Usura*, 27 ss.

"explosivas" de Jacob Strauss, predicador en Eisenach y sugeridos autorizadamente por el más "prudente" Melantone, por la intervención decidida de potentes "contrainteresados" y más aún por la violenta revuelta de los campesinos), hasta las últimas afirmaciones seguidas por un largo silencio del grande reformador, la reflexión de Lutero aparece inserta entre rumorosas afirmaciones de principio y "distinciones" sutiles entre ideal y realidad¹⁵.

La aclaración –por lo menos sobre el plano teórico– vino de *Calvino*, padre reconocido de la ética capitalista¹⁶, cuando reivindicó la recíproca autonomía de la conciencia y de la norma bíblica, llegando a través de esta vía a "liberar" los comportamientos concretos de disciplinas consideradas opresivas¹⁷.

Diferente a aquella de *Calvino* fue la vía que, en campo católico, invocaron los teólogos-juristas de la *Segunda Escolástica*¹⁸. Ellos no operaron distinciones al interior del sistema normativo de la usura –que habría sido como trasladarse sobre un terreno particularmente insidioso para quien quería permanecer fiel a la tradición de pensamiento católico–, y no rompieron el nexo (igualmente tradicional) que ligaba la conciencia

¹⁵ Nelson, *Usura*, 55 ss.

¹⁶ Weber, *Ética protestante*, 165 ss.

¹⁷ Nelson, *Usura*, 107 ss.

¹⁸ Para tener una evaluación global de este vasto movimiento de ideas que interesa no solamente a la historia de la experiencia jurídica, pero que da grandes luces también al historiador de esta experiencia, ver el volumen mancomunado *La Seconda Scolastica* y en particular la contribución de Ambrosetti, *Diritto privato ed economia*.

a la ley que habría podido significar la aceptación de uno de los más específicos postulados de la Protesta. Ellos prefirieron razonar sobre el más fiable registro de la "naturaleza de las cosas" y reconocer que "el dinero se puede estimar bajo un doble perfil" (*bifariam potest existimari pecunia*)¹⁹, y que la sustancia misma del dinero muta en función del uso al cual éste viene de vez en vez destinado, y que de esta mutación –que es y permanece, además derivando de una causa objetiva como es el uso que se haga– puede y debe derivar un cambio de las reglas de comportamiento, en especial de aquellas relativas a la esterilidad o no esterilidad de la moneda.

Como se ve, al final la prohibición antigua, absoluta y privada de posibles excepciones llegó a ser moderada y el itinerario que condujo a estas *formas de moderación* pasó a través de una *perspectiva histórica* de esta *prohibición*. Es decir, hubo una toma de conciencia de la necesaria conexión entre la necesidad que el usure-ro explota y la usura entendida como fundamento del juicio de injusticia moral y de ilicitud jurídica; y, sobre la base de esta conciencia adquirida hubo el reconocimiento de aquellos casos en cuestión típicos en los cuales, faltando el estado de necesidad, era imposible que se verificara una hipótesis de usura ilícita.

Veremos, dentro de poco, cuál fue la vía a través de la cual esta perspectiva histórica llegó a ser posible y argumentada debidamente. En primer lugar se intuyeron las diferencias objetivas que había entre el (debido)

¹⁹ Boari, *La Seconda Scolastica*, 161 ss.

sustento al "hermano" tan pobre –un sostenimiento al cual convenía la más absoluta gratuidad– y el financiamiento de la *mercatura*, respecto al cual la imposición de la misma gratuidad aparecía absolutamente privada de cualquier justificación racional. Esta toma de conciencia de las diferencias "objetivas" se cumplió completamente en el Medioevo mercantil y comunal, fue obra –cierto, nada de simple, pero finalizada con gran lucidez– de una reflexión que no puso jamás en duda, ni contradujo ni olvidó los fundamentos metafísicos de la prohibición antigua.

IV. UNA "LIBERACIÓN" NO REALIZADA

Junto a los textos del Antiguo Testamento, otro habitualmente se le agrega: también bíblico, pero que a los ojos de la cristiandad medieval podía parecer todavía más vinculante que los otros, tratándose de un precepto evangélico en apariencia muy claro y particularmente exigente.

Era un texto del evangelio de Lucas, en el cual se leía: "*dad en mutuo sin esperar nada*"²⁰. De esta máxima, así lapidaria en la forma y (según el espíritu típico del tercer evangelio sinóptico), así "extrema" en la sustancia, pareció que el intérprete tenía que reconocer que el mutuo debía ser necesariamente gratuito y que cada usura –aunque tenue– fuese irremediamente condenada como ilícita.

²⁰ Lucas, VI, 35.

Esta interpretación era, al mismo tiempo, atenuada y excesiva. *Atenuada*, ante todo. La versión latina de Girolamo hizo del originario texto griego de Lucas una traducción que habría formado objeto de toda la elaboración interpretativa sucesiva, es decir: “dad en mutuo y no esperen nada” (*mutuum date nihil inde sperantes*). No obstante permaneciendo rigurosamente fiel al texto griego original²¹, Girolamo, que por su parte lo conocía muy bien, usó en modo perfecto el vocabulario técnico-jurídico romano, y escribió “dad en mutuo” (*mutuum date*).

Se trató de una elección precisa, que daba al texto latino –el cual traducía exactamente el original griego– un significado riguroso; ya que en el mutuo romano, como todos saben, “la obligación se contrae con la entrega de la cosa” (*re contrahitur obligatio*) y, por lo tanto, no puede haber diferencia cuantitativa entre “el dinero dado” (*pecunia data*) (que funda la *obligatio*) y “el dinero restituido” (*pecunia restituita*) (que extingue la *obligatio*); por lo tanto aquel “nada” (*nihil*) que Girolamo escribió no podía, en algún modo, relacionarse con la *usura*, cuyo pago no podía encontrar el propio título en el “dar en mutuo” (*mutuum dare*), sino sólo en un negocio agregado al préstamo también si a ese “funcional”: es decir, en la “estipulación de los intereses” (*stipulatio usurarum*).

Entonces, si con un lenguaje jurídico así de exacto, Girolamo escribió que no se debía “esperar nada” (*nihil sperare*) de la “dación en mutuo” (*mutui datio*), aquel

²¹ Donde estaba escrito: “dani\zete mhde\n a)pelpi\zontej”.

nihil no podía, ciertamente, referirse a las *usurae*, sino que debía obligatoriamente tener que ver con el mismo “dinero mutuado” (*pecunia mutuata*). El análisis del *contexto* confirma en modo del todo explícito y evidente esta interpretación: pocas líneas antes, para motivar adecuadamente aquella orden de “*nihil sperare*” del mutuo, Lucas había escrito “*si dan en mutuo a aquellos de quienes esperan recibir, ¿qué mérito tendrán? También los pecadores dan en mutuo a los pecadores para recibir otro tanto en restitución*”²².

Una vez más, la lectura de la *Vulgata* de Girolamo es iluminante: “*los pecadores dan en mutuo a los pecadores para recibir otro tanto en restitución*” (*peccatores peccatoribus faenerantur ut recipiant aequalia*). Conceder un mutuo –según las propias reglas del “derecho” (*ius*)– con la previsión (jurídicamente perfecta) de obtener en el tiempo debido la restitución de la suma mutuada (“*aequalia*” escribió Girolamo) es ni más ni menos que hacer aquello que hacen los “pecadores” con sus compadres. El sentido de la prohibición evangélica es, a estas alturas, muy claro: se debe estar dispuestos a otorgar un mutuo sin *esperar* recibir *nada* en restitución, pero ni siquiera la suma prestada.

Decíamos hace un rato que la interpretación que tradicionalmente se dio del texto de Lucas, como si estuviese contenida la regla de no pretender algún interés más allá de la restitución de la suma mutuada, además de atenuada, también fue *excesiva*. Que fuera –además muy gravemente atenuada– lo acabamos de ver. Era

²² Lucas, VI, 34.

también excesiva porque –homologando en un modo muy arbitrario la regla evangélica a las normas del Antiguo Testamento, que en efecto habían prohibido al israelita piadoso cometer usura con su “hermano”– transformaba un precepto moral en un canon sustancialmente jurídico.

La perspectiva en la cual la página evangélica había sido escrita y tenía que ser leída era, en cambio, completamente desequilibrada respecto al plano preciso del ordenamiento jurídico. En aquel párrafo del Evangelio de Lucas no se había para nada escrito (y por eso era arbitrario leerlo) un precepto *jurídico* ubicable como tal dentro de un sistema de normas jurídicas, jurídicamente sancionadas. Lucas, de hecho, no había querido escribir que el recibir (o también solamente el pactar) una usura fuera una cosa “objetivamente” ilícita en su materialidad de comportamiento.

Por otro lado, si lo hubiera escrito, habría caído en una contradicción formal consigo mismo, si es verdad que en la parábola así llamada “de los talentos” que el siervo infiel es condenado por su patrón precisamente por no haberle permitido, a su regreso, exigirle al banquero la restitución “con usura” (*cum usuris*) del talento depositado²³: un signo evidente que en la auténtica óptica de Lucas había estado absolutamente ausente la preocupación de sancionar como “objetivamente” ilícita la cláusula usuraria.

Recapitulando, para Lucas bien se podía mutuar o no mutuar, pactar usuras o no pactarlas, financiar

²³ Lucas, XIX, 23.

(como llegaría a ser costumbre en el Bajo Medioevo) las mercancías de otros recabando o no un lucro o un daño; aquello que solamente *contaba* –y que, al querer usar el vocabulario evangélico, podía “contaminar al hombre”– fue otra cosa: *esperar* de corazón algo de cualquiera de estos negocios, engañándose, en algún modo, a sí mismo (y la propia salvación) en esta vana y tan mundana esperanza.

En todo este razonamiento, así sutil y elegantemente *moral*, la *perspectiva jurídica* no podía encontrar el mínimo espacio, para la buena y tan evidente razón que el *esperar* (o el no esperar) es una acción que por su *naturaleza* se consume toda en una *interioridad* que no se puede averiguar desde el exterior, ni es susceptible de cualquier evaluación *jurídica*.

La interpretación medieval, con su forzosa homologación del precepto de Lucas con la normativa de Moisés, que comportó al final otra y más grave homologación, del deber moral a la norma jurídica, redujo aquella página evangélica a los términos muy limitados de una controversia sustancialmente talmúdica solamente capaz de obstaculizar, en modo extrínseco, una sucesión de hechos económicos y de instrumentos jurídicos que tenían para sí –como estamos viendo– las razones invencibles de la historia.

Permanece cierta, no obstante, la lectura divulgada durante siglos, de este párrafo de Lucas que reducía un precepto así de delicado y complejo a una simple prohibición de las usuras. En pleno siglo XIV, al glosar un célebre texto normativo canónico del Papa Clemente V –en donde estaba escrito que dar el propio consen-

timiento a la "depravación usurera" (*usuraria pravitatis*) era "en contra igualmente de los derechos divinos y humanos" (*contra iura divina pariter et humana*)— un jurista de la grandeza de Giovanni d'Andrea²⁴ no dudó en poner el Evangelio de Lucas, junto al Deuteronomio, entre los "derechos divinos" (*iura divina*) que prohibían la práctica de la usura²⁵. Era el signo de cuánto fuera consolidada aquella cierta lectura reductiva.

El error de lectura fue fecundo de historia: si por explícito precepto divino, el mutuo debía ser gratuito, de esta premisa —errónea, sí, pero generalmente considerada válida— se extrajo la conclusión que mutuo y gratuidad fueron consustanciales entre ellos, que del mutuo la gratuidad era elemento típico y esencial, es decir, que *solamente* por el mutuo —o, por lo menos, que típicamente por el mutuo— se proponía el problema de la ilicitud de la usura. Lo que —por el contrario— significaba que habría sido suficiente que una relación obligatoria pudiese ser calificada diferente del mutuo para que no se propusiera el problema de la ilicitud de la usura.

Finalmente todo se reducía —en una óptica nominalista— a evitar cada referencia al mutuo (si el mutuo era —por derecho divino positivo— el *lugar geométrico* de la prohibición de la usura); o mejor, de determinar los casos objetivamente exentos de la prohibición calificándolos como diferentes del mutuo. Ciertamente, este unir indisolublemente el mutuo con su gratuidad esencial

²⁴ Acerca de Giovanni d'Andrea (1270 aprox.-1348) es suficiente enviar a Calasso, *Medio Evo*, 585 s.

²⁵ Glo. *Iura divina* ad c. *Ex Gravi*, Clem. *De usuris* (Clem., V, 5, un.).

—haciendo con esto lícita la percepción de un interés en todas aquellas relaciones que podían no ser calificadas como mutuo— significaba en la práctica alterar completamente y transformar sustancialmente en algo vano la gran lección contenida en la página de Lucas, cuyo significado auténtico estaba más allá (o, por decirlo mejor, más en alto) de cada "regla jurídica" (*regula juris*). Este, sin embargo, era el máximo de claridad que era posible obtener (y en el fondo era lo más justo), una vez operada aquella reducción interpretativa arbitraria de la que hemos hablado.

Este proceso no tuvo que ver solamente con aquellas relaciones calificadas como societarias, para evitar la prohibición de las usuras, de las que nos ocuparemos dentro de poco. Si debiéramos hacer una descripción acabada, nuestro discurso llegaría a ser ciertamente acucioso, y no es el caso hacerlo ahora. Diremos solamente, para hacer el ejemplo tal vez más significativo de todos, que la categoría del *depósito irregular* nació precisamente para disciplinar una relación de mutuo liberándola de la prohibición de las usuras mediante la asignación de un "nombre jurídico" (*nomen iuris*) diferente al mutuo²⁶. También en este caso no se trató del fraude de un precepto divino: fue más bien el tentativo feliz de realizar la necesaria historización de una prohibición con los instrumentos que parecían

²⁶ Para ver alguna noticia sobre esta singular figura contractual —que nació en la experiencia jurídica bajo-medieval que ha sobrevivido hasta hoy (cfr. art. 1782 del Código Civil italiano)— se puede ver Santarelli, *La categoria dei contratti irregolari*, 67 ss.

más adecuados a una cultura nominalista como fue la medieval.

La identificación del mutuo, como único contexto en el cual podía encontrar una aplicación la prohibición de las usuras, dio fruto durante siglos. El resultado extremo –y en cierto modo caricaturesco– de esta identificación lo podemos encontrar en una norma, por decir poco singular, del “Código del Derecho Canónico” (*Codex Juris Canonici*) de 1917. El canon 1543, con el cual se cierra el título “De los contratos” (*De contractibus*), es verdaderamente un monumento –póstumo y por eso aún más significativo– al esfuerzo que el nominalismo medieval había cumplido con éxito para dar una perspectiva histórica a la prohibición de las usuras: se diría casi que en este canon se cumplió una especie de castración ritual de la antigua prohibición.

Después de haber definido con puntillosa exactitud el mutuo –pero poniendo atención a no llamarlo nunca por el nombre²⁷, la norma en examen afirma solemnemente que el principio de la total ilicitud de cualquiera usura²⁸, para después inmediatamente admitir que no es “de por sí” ilícito pactar un interés con tal que no sea excesivo²⁹, y finalmente también concediendo que se pretenda un interés más alto si esta petición tenga

²⁷ “Si res fungibilis ita alicui detur ut eius fiat et postea tantundem in eodem genere restituatur (...)”.

²⁸ “(...) nihil lucri, ratione ipsum contractus, percipi potest (...)”.

²⁹ “(...) sed in praestatione rei fungibilis non est per se illicitum de lucro legali pacisci, nisi constet ipsum esse immoderatur (...)”.

un “título justo y proporcionado” (que, sin embargo, permanece del todo indefinido)³⁰.

Esta norma que dice todo (la prohibición de las usuras en su tan clásica formulación) y al contrario de todo (la licitud de la usura, ya sea a la tasa legal como a una mayor) teniendo cuidado de no decir nada (de no usar la “palabra” mágica mutuo, aunque definiendo el mutuo en modo analíticamente preciso), puede ser asumida como reflejo fiel de aquello que había sido la obra maestra de la experiencia jurídica medieval la cual, salvando un principio ético que consideraba irrenunciable (la tutela del sujeto pobre y débil contra la prepotencia del rico ávido), logró al mismo tiempo tutelar las razones diversas que, en el universo de la *mercatura*, imponían hacer posible –a través de la remuneración de los capitales invertidos– una repartición de las utilidades de la *mercatura*. Aquella prohibición, que toda una época creyó al leer en el verso de Lucas –“*den en mutuo sin esperar nada*”–, permanecía así intacta sin paralizar por esto, en modo indebido y forzoso, una historia que por cierto ninguno habría podido detener.

En conclusión, si los instrumentos nominales que fueron usados pueden aparecer, a nuestros ojos de modernos, un poco bizarros, requiere reconocer que el resultado de aquellas distinciones fue al final muy bueno y logró obtener una *perspectiva histórica* real de la *prohibición de las usuras*.

³⁰ “(...) aut etiam de lucro maiore, si iustus ac proportionatus titulus suffragetur”.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSETTI, *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica*, en *La Seconda Scolastica nella fondazione del diritto privato moderno*, Milán, 1973, 23 ss.
- ASCARELLI, *Commentario al Codice civile*, a cura de SCIALOJA e BRANCA, lib. IV, *Obbligazioni pecuniarie*, art. 1277-1284, Bologna, 1959.
- BOARI, *La Seconda Scolastica di fronte al problema del mercante*, en *Universidad de Macerata. Anales de la Facultad de Jurisprudencia*, XXXIII, N. S. IV, 1977, 157 ss.
- _____, *Le auctoritates della Summa Summarum quae Silvestrinadicitur*, en *Universidad de Macerata. Anales de la Facultad de Jurisprudencia*, XXXV, N. S. VI, 1979, 1 ss.
- CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, cit.
- GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, en *Universidad de Macerata. Anales de la Facultad Jurídica*, 1966, 131 ss.
- _____, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione della'età nuova*, en *Quaderni fiorentini*, cit., 1972, 287 ss.
- INZITARI, *La moneta*, en GALGANO (a cura de), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. VI, Padova, 1983, 1 ss.
- LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, trad. It., Bari, 1987.
- NELSON, *Usura e cristianesimo*, trad. It., Florencia, 1967.
- ORESTANO, *Introduzione allos studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

- PICCINELLI, *Banche islamiche en contesto non islamico*, Roma, 1966.
- SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Turín, 1984.
- SPIACCIANI, *Capitale e interesse tra mercatura e povertà nei teologi e canonici dei secoli XIII-XV*, Roma, 1990.
- WEBER, *Etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. It., Florencia, 1965.

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 comerciante (...) 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 asimilan 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 apodítticamente– 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 reprochable 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 artífici per modum societatis cuiusdam, non transfert dominium pecuniae suae il illum, 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 individualización de una nueva categoría comercial 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 artifici 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.* Prosdocimi, 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 oprimentes 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 lucri. Doct. quod sic si exponit pecuniam periculo ita quod vult habere partem damni et lucri).

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 lucri, 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 suppleat 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

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

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 accomandita 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.

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 conmovir 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 *impropre 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 crédito¹⁶. 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.

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

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

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

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-creedor, se ve en aquella norma que admite la *convertibilidad* de las obligaciones en acciones²³.

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.

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 *acredor* puede tener sentido esta regla que permite la transformación del *acredor* 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

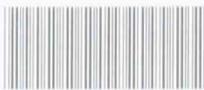
- BIROCCHI, *Causa e categoria*, cit.
- CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, vol. II, en *Trattato di diritto civile e commerciale (...) Cicu (...)* Messineo, cit., vol. VI, t. II, sez. 2, Milano, 1984.
- FERRARA-CORSI, *Imprenditori*.
- FERRI, voz *Associazione in partecipazione*, en *Noviss. 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.

Mercantes y sociedades entre mercantes, editado por la Escuela Libre de Derecho se terminó de imprimir en el mes de enero de 2011, en los talleres de Impresos Chávez de la Cruz, Valdivia 31, Col. María del Carmen, Delegación Benito Juárez CP 03540, Tel. 5539-5108 Fax 5672-0119, imprechavez@yahoo.com. Se utilizó papel cultural de 90 gramos y la edición consta de 500 ejemplares.



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO



L00091580