

2. Derecho Romano

RAÍCES JURÍDICO-ROMANAS DEL PROBLEMA DEL SOCIO DE INDUSTRIA

Por el Dr. D. Benito M.^a REYMUNDO YANES

Catedrático de Derecho Romano.
Universidad de Extremadura.

Dentro del estudio del Derecho societario romano* esta materia del hoy llamado «socio de industria», constituye un notable banco de prueba, a partir del Derecho, para las relaciones entre los esquemas de la experiencia jurídica y una realidad social a veces visible, bastantes veces velada, pero probablemente en general adivinable en una gran medida. Y, correlativamente a esta relación entre esquema jurídico y realidad social, constituye también un buen banco de prueba, no sólo en la evolución posterior al Derecho Romano, sino también dentro ya de este mismo, para ver la completa y sutil adaptación funcional de las figuras negociales.

Cuando con referencia a una de las cuestiones o problemas de esta materia: la discusión sobre el pacto de exención de pérdidas al socio de industria —cuestión importante sí, pero no la única, como después veremos—, GAYO en sus Instituciones 3, 149 nos dice *Magna autem quaestio fuit* —entre Q. MUCIO y S. SULPICIO, según sabemos de modo completo por I 3, 25, 2— y nos lo dice con ese pretérito *fuit*, el jurista estaba probablemente lejos de pensar en la reviviscencia multiforme de la misma hasta nuestros Códigos y doctrinas de ramas jurídicas especiales —como la laboralista— de nuestros días.

Si seguimos la cuestión, aunque sea vista panorámicamente desde una lejanísima altura, desde aquellos tiempos finales de la República romana y primeros de la consagración de sus dominios y comercio mediterráneos, recorriendo la tradición romanística en su adaptación, ya desde

* Las páginas siguientes contienen, respecto del Derecho Romano, una condensada exposición, que es necesario subrayar como hecha de manera breve y casi «en clave», de cuestiones de aquel Derecho que después fueron decisivas para el problema del socio de industria.

la Edad Media, a la innovadora economía financiera y mercantil naciente en esta época, hasta llegar a nuestros Códigos de hoy, el tratamiento del problema por un sinnúmero de destacadísimas personalidades, constituye un impresionante friso en el que se suceden las escenas de contienda jurídica en torno a los valores y los intereses, hasta la discusión actual que dicha cuestión de la participación en pérdidas y ganancias, entre otras, origina sobre la realidad del carácter societario de la relación con el socio de industria, de manera que termina estando en juego el dilema de la cooperación o la lucha entre los intereses, y de si el Derecho con sus fórmulas técnicas posibilita la primera, o, so capa de ello, en realidad sólo encubre la segunda.

Aquí cabe que entren en escena aspectos de la vida humana, a veces muy graves, que pueden conducir a asociarse en unas condiciones tan unilateralmente ventajosas para uno de los copartícipes, o, en último término, con una separación tal de intereses, que puede suponer que de hecho sólo haya la apariencia de sociedad.

Podemos indicar ahora algunos de esos aspectos, presentes a lo largo de la evolución histórica como determinantes de que se de una relación tal que, a veces, podría ser sólo aparentemente societaria. Y podemos hacerlo sin detenernos, a partir del Derecho común, en citas detalladas que se encuentran en conocidas monografías actuales sobre el tema del socio de industria, para, sin embargo, fijarnos después especialmente en puntos del Derecho romano en los que puede verse el arranque de los problemas de este campo del Derecho societario.

Así en Derecho romano, en un principio, el saber presionar con la concesión de la posibilidad de valores esenciales para la vida humana, como por ejemplo, el de la libertad, según lo dan a entender D. 38, 1, 36 (*Lab. apd. Ulp. 11 ad I. Iul et Pap.*) y D. 44, 5, 1, 7 (*Ulp. 76 ad ed.*) con su indicación, *a contrario*, de que probablemente hubo un tiempo en que la manumisión iba acompañada de la imposición abusiva de unas sociedades *libertatis onerandae causa*¹, que no necesariamente tendrían

¹ Watson, *The Law of persons in the later Roman Republic*, Oxford 1974, pp. 32, 37, 38, 55-56. Cfr. ultim. Dotia, *ZSS*, 106, pp. 395 y ss.

que ser identificadas con el más concreto caso de la discutidamente caracterizable *societatis actio* establecida en torno al 118 a. C. por el pretor Rutilio y después sustituida por la *b. p.*, según D. 38, 2, 1 (Ulp. 42 *ad. ed.*).

También el saber esgrimir ante quien las necesite perentoriamente, por ejemplo, las relaciones que uno tiene en una rama del comercio, o la clientela, o incluso las relaciones o influencias sociales en general, por ejemplo, respecto del poder, con que uno cuenta (*gratia* en D. 17, 2, 80 Proc. 5 *ep.*), o bien las excepcionales capacidades mercantiles o técnicas, o el saber profesional, o la más simple, pero en un momento determinado quizá insustituible, pericia laboral, y en general los que se llaman «activos invisibles», puede estar en juego para obtener una anómala y excepcionalmente ventajosa participación social que, por ello, pueda hacer dudar de la existencia de una comunidad de intereses propia de una verdadera sociedad.

Pero, al contrario, también la especial necesidad de prestaciones de contenido contrapuesto al de las ahora dichas, es decir, de las llamadas aportaciones de capital, puede estar en juego para conseguir tal anómala participación social que haga dudar de dicha comunidad de intereses y, por ello, de la misma sociedad —cuando, por ejemplo, se cargan las pérdidas al socio que aporta una actividad—, y con precedentes en el Derecho Romano —aunque sean discutiblemente distintos en su técnica configuración jurisprudencial— de los resultados de figuras posteriores como, por ejemplo, el medieval *contractus soccidae* en su variante de *soccida di ferro*, a juzgar por ejemplo, por algunas figuras romanas oscilantes entre la *societas* y la *locatio cum aestimatione* (como las de D. 17, 2, 52, 3 Ulp. 31 *ad. ed.* y D. 19, 2, 54, 2 Paul. 5 *resp.*)². Y, sobre todo, hay bases romanas —en los textos relativos al inverso pacto necesario a efectos de la exención de pérdidas al socio de industria— para que después se dé una posterior teorización que, a partir del Derecho común medieval, se hace de la posición del socio de industria, tipificándola como

2 Sobre los cuales textos, por todos ahora Mayer-Maly, *Locatio conductio*, Wien-München 1956, pp. 39-40.

peculiar, pero al mismo tiempo minusvalorándola, al estar dicho socio necesitado de justificar, salvo en Derechos como nuestro Código de Comercio (art. 141), su exención de pérdidas de capital, mientras que, sin embargo, sufre él solo la pérdida de su aportación, y está excluido de la participación en el capital aportado.

Así, como pone de relieve aquel friso de evolución histórica desde el Derecho romano, hay necesidades, cuya ansia de satisfacerlas puede llevar a contraer una sociedad más aparente que real. Este es el caso, por ejemplo, de las necesidades de tierra, y sobre todo —a efectos de la transformación de figuras en el Derecho común— de ganado (y aquí, a los ya citados textos romanos referentes a una oscilación del tipo contractual), habría que añadir —como referentes en concreto a una oscilación entre sociedad, de un lado, y de otro, bien arrendamiento o bien quizá un innominado—, D. 17, 2, 52, 2 Ulp. *eod. loc.*, D. 19, 2, 9, 5 Ulp. 32 *ad. ed.*, D. 19, 2, 25, 6 Gai. 10 *ad. ed. prov.*, D. 19 5, 13, 1 Iul. 11 *dig. apd. Ulp. 30 ad. Sab.*, C. 2, 3, 9 (8) Alex. a 222), o la necesidad de contar en general, para la propia actividad de uno —que en la Edad Media cada vez más frecuentemente es de comercio—, con lo que precisamente en este tiempo empieza a llamarse *capitale*.

De modo que están en juego, a partir de aquella participación especial del socio de industria en pérdidas y ganancias, de la que arranca la posición especial de dicho socio, una serie de cuestiones jurídicas, entre las que pueden señalarse las siguientes: El préstamo de capital, en el que, cualquiera que sea su objeto, si hay *aestimatio* se tiende a ver un mutuo en la práctica, y sus intereses con la tasa o la radical prohibición de los mismos según los momentos históricos, así como su correlativo encubrimiento; la seguridad en favor del aportante del capital recibido, conforme al principio *ut capitale salvum sit* (derivado de la cláusula *ad caput salvum*), que hace correr el riesgo, en una especie de seguro incorporado, a cargo del receptor, respectivamente en todo o en la parte de cuota social de este último, y a costa incluso de sus propios bienes o de sólo su participación social, según se haya recibido estimado o no, el capital que ahora goza de este trato de favor; la conjunción, en el llamado «contrato trino», de una sociedad que encubre, alternativamente, un préstamo o un arrendamiento de obra o de servicios o incluso una *locatio rei cum aesti-*

matione, con un seguro del capital por el socio de industria, y con la cesión del capitalista de la *spes lucri maioris incerti certo lucro minori*; el principio jurídico, que se forma y se extiende en el Derecho común medieval, de que la actividad del socio de industria corresponde a la utilización del capital por su parte; el larvado influjo que este principio tuvo en la ya citada minusvaloración de la posición del socio de industria; los esfuerzos de algunos autores de la precodificación, como Domat, por compensar tal minusvaloración resaltando el carácter de imprescindible que para la sociedad puede tener la aportación de industria, de un modo similar a como un nutrido sector romanístico tiende a interpretar la especial valoración que respecto de tal clase de aportaciones se hace en textos como D. 17, 2, 29 Ulp. 30 *ad. Sab.*, por cierto con fiel reflejo en P. 5, 10, 3, *Gai. Inst.* 3, 149, o I. 3, 25, 2; pero, sobre todo, los esfuerzos de los codificadores franceses y, después, de la Exégesis, para atenuar desde «la razón y la equidad» como decía Troplong, por una especie de mala conciencia, los anteriores excesos perjudiciales para el socio de industria, «justificando» el pacto de su exoneración de pérdidas, y «explicando» la falta de participación de tal socio en el capital aportado y la participación del mismo en los beneficios, a falta de pacto, en la medida del socio de capital de menor aportación; y los esfuerzos últimos del codificador italiano del 42 que, cuando remite a la equidad judicial (art. 2.263, pfo. 2.º), a este arbitrio equitativo de un tercero, la fijación, a falta de pacto, de la parte correspondiente al socio de industria, si se sale de una de las vías romanísticas —como es la derivada de la *magna quaestio: se admite que no participe en pérdidas de capital, y congruentemente, esto se admite porque, aquel socio no participa en el capital aportado*, y seguida por la codificación francesa (art. 1.853)—, sigue, sin embargo, otra vía también con precedentes romanos, aunque en caso de pacto, para fijar la parte correspondiente a la aportación en cuestión: el *arbitrium boni viri* (al que se refiere el ya citado D. 17, 2, 80 Proc. 5 *ep.*).

Y en la secular pugna jurídica en torno a este proteico núcleo de problemas y de esquemas jurídicos, no hay personalidad en la doctrina de Derecho, podríamos decir, que no haya participado. Más aún, dado que se trata de una materia que, sobre todo por la usura, tocó cuestiones

básicas de la moral religiosa católica, la misma contó con la nutrida intervención de moralistas y confesores, e incluso de decisiones papales como la Bula de Pío V condenando «*omnes... conventiones... per quas... sors ipsa seu capitale semper sit salvum et integrum a socio recipiente restitatur*», aparte claro está de los canonistas.

De modo que en este debate nunca acabado, uno puede ver como van inscribiéndose a lo largo de los siglos los nombres de Rofredo, de Juan Basiano maestro de Azón, del mismo Azón (y con una importante opinión en pro de salvar la costumbre de indemnidad del capital), de Acursio, de Jacobo de Ravannis, Pedro de Bellapertida y Cino da Pistoia, de Bartolo; de Baldo con su capitalísima configuración de la industria como equivalente al *interusurium* del capital, de manera que el socio de industria no debe exigir nada por la pérdida de aquélla ya que se compensa con la del segundo, si bien tampoco tiene que enjugar parte alguna del capital perdido, ya que no participa en el mismo cumpliendo con soportar su predetracción —opinión clave después seguida por Donelo (y que en nuestros días ha merecido el fervor de Horak), según veremos a ser posible—; de Saliceto que sigue a Baldo en el contrapeso de actividad de industria e *interusurium*, de Paulo de Castro, y, en nuestra patria, al menos de Palacios Rubios y Rodrigo Suárez. Y en el campo canónico-moral, el Abad panormitano y San Bernardino. En la polémica participan y figuran también algunas de las primeras figuras básicas en el específico tratamiento jurídico-doctrinal del mundo mercantil: Straccha y Scaccia. Y si uno se acerca al tiempo de la precodificación se puede ver por ejemplo, como ya dijimos, a Domat, además de Pothier. Y al tiempo de la codificación napoleónica se ven, entre otros, a Treilhard y Portalis, así como después se ve a la práctica totalidad de los exégetas, siendo innecesario continuar con la numerosa doctrina de este siglo que debate el tema hasta en el enfoque que se le dio por la codificación italiana última.

Pues bien, la raíz jurídica de todo ello es posible verla en el Derecho Romano como objeto de la reflexión técnica, ya sea en numerosos pasajes, sobre todo del Digesto, referentes a pareceres o soluciones en supuestos problemáticos, ya sea en la exposición sistemática de instituciones como ocurre con GAYO y después con las Instituciones justinianeas.

Dicha raíz última se halla probablemente en la conjunción de tres puntos que se potencian recíprocamente, y de los cuales, al menos entre los dos primeros, puede darse una cierta relación de derivación genética.

Tales puntos son los siguientes. En primer lugar, la diferencia de género —y no simplemente de especie— entre las naturalezas de las aportaciones llamadas de capital y de industria, con arreglo a la cual diferencia de naturaleza hay una diferencia, en una cierta medida inevitable, de la regulación o tratamiento jurídico de las mismas. Piénsese sobre todo en la diferenciada posición en cuanto a responsabilidad, a la que conduce el que la ganancia sea obtenida necesariamente a través de la actividad de uno, que puede ser una actividad experta, y el que, no necesariamente en concurrencia con lo acabado de decir, los bienes de capital aportados por el otro queden, en su caso tasados, en el poder directivamente autónomo de uno (con los problemas de *culpa*, *imperitia* y *custodia* propios, entre otros textos, de los ya citados D. 17, 2, 52, 2.3 y D. 19, 2, 9, 5).

De modo que no es necesario pensar, ni detenernos ahora, en otras diferencias menos «naturales», más dependientes de una concepción jurídica propia del tiempo, y por ello menos «inevitables», en sí mismas o en sus últimas consecuencias prácticas, con la ayuda de medios jurídicos. Como podría ser la no inclusión de la «actividad» en *pecunia* o *bona* y, por ello, tampoco en el patrimonio³, con el consiguiente problema de su «patrimonialidad», fácilmente vencible en un principio a efectos de constituir «objeto de aportación», por la conjugación de su ventaja práctica con el portillo jurídico, para dar paso a esta ventaja, que era la abstracción formal —por ello sin posibilidad del repudio de la *donationis causa* de D. 17, 2, 5, 1 Ulp. 31 *ad. ed.*— de la *certa legis actio* de *Gai. Inst.* 3, 154 b (asentada, según la mayoría, en la *in iure cessio*)⁴ constitutiva

3 Cfr. Melillo, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli 1978, pp. 51 y ss.

4 Por todos ahora los Profs. Torrent, *RISG*, 1963-67, pp. 205 y ss., especialmente, 212 y ss., y Kaser, *SDHI*, 1975, pp. 282 y ss., 296, 300, 305.

del *consortium ad exemplum fratrum*, lo que una vez admitido así, haría que por sus ventajas se mantuviese en su admisión durante el paso a una *societas iuris gentium* consensual y causal, y que por esto excluye la *causa donationis* (loc. cit. ult.) y la de cambio (D. 19, 5, 13, 1), admisión consolidada inveteradamente al tiempo del «*constat*» de *Gai. Inst.* 3, 149, a pesar de aquella problemática «patrimonialidad», y quizá no sin relación con la admisión de transcendencia contractual para la onerosidad, más allá de la «valorabilidad» de ésta indirectamente o *per relationem* (cfr. D. 19, 2, 29). Mientras que, sin embargo, aquella exclusión de la actividad, del ámbito de «pecunia» y «bona», y así del patrimonio —no habiendo sido tal actividad relevante a efectos de pérdidas en el *consortium*, dado que en la comunidad de bienes de éste participaban todos los consortes, y a tales bienes habría que referir aquéllas—, no permitiría fácilmente que la pérdida de dicha actividad, su consunción inútil, pudiese estimarse como *damnum* en su prístino sentido de disminución del patrimonio⁵, aparte ahora el problema concreto de valorabilidad directa de ciertas onerosidades de la aportación del socio de industria, como las hace poco indicadas por D. 17, 2, 29⁶, ya que son casos particulares⁷. De manera que posiblemente no son tan desacertadas las opiniones de quienes refieren la posición de Q. MUCIO, en contra de la exención parcial de *damna* a un socio que sería el de industria, a una concepción «patrimonialista» de la sociedad, ni son tan acertadas las de aquellos que critican a los anteriores por razón de la valorabilidad, y consiguiente patrimonialidad en sentido amplio, de dicha aportación. Así, puede no estimarse como *damnum* la pérdida de una aportación que, sin embargo, aun implicando un *non conferre pecuniam*, justifica *ut lucrum commune sit*.

5 Cfr. Daube, *On the use of the term Damnum*, «Studi Solazzi», Napoli 1958, pp. 93 y ss.

6 En este sentido Kaser, op. cit., pp. 314-315.

7 Gratuito el escepticismo de Arangio-Ruiz, *La Società*, Napoli 1950, pp. 108 y ss., sobre la valorabilidad en la generalidad de los supuestos, tras la huella de Guarneri-Citati, *BIDR*, 1935, pp. 185 y ss., y con una crítica con la que no concuerdan, desde lo sustancial, últimamente Watson, *LQR*, 1981, pp. 283 y ss. y Astolfi, «*I Libri tres iuris civilis*» di Sabino, Padova 1983, pp. 129-130.

Pero evidentemente aquí no estamos ante una diferencia entre las aportaciones «insuperable» de todo modo, como lo indica la misma evolución del Derecho Romano con sus justificaciones del pacto de exoneración de pérdidas a partir de la citada *magna quaestio*.

Y tampoco es una diferencia irremediable jurídicamente de modo absoluto entre las prestaciones, de manera que no pudiese venir compensada ni siquiera indemnizatoriamente, la constituida por las notas que la actividad del socio de industria presenta, en cuanto objeto de aportación, de consumibilidad, y de irrepetibilidad (D. 16, 6, 26, 12 Cels. 6 *dig.*) según destacada y conocidamente alegó Donelo para justificar, además de con la equivalencia de trabajo a intereses del capital, la no sumisión del socio de capital a la pérdida del trabajo ⁸.

Pero antes de que se desarrollase como consecuencia de la heterogeneidad de las aportaciones aquella diferenciación por razón de la responsabilidad, pasándose del dolo, en determinados supuestos, a la *culpa*, y a la *imperitia* o a la *custodia* —el D. 17, 2, 52, 2 y el D. 29, 2, 9, 5 al apuntar tal desarrollo se refieren a Celso—, surge otro punto básico, que no deja de guardar también relación con aquellas diferencias entre las aportaciones, sean o no estas diferencias superables jurídicamente, pero que además ahora aboca especialmente a una «incomunicación» entre los socios: la admisión, a partir de la indicada *magna quaestio*, del pacto de exoneración al socio de industria de la participación en las pérdidas que no sean de su aportación, punto que también integra aquella raíz última del problema del socio de industria en el Derecho Romano, en cuanto que señala el arranque de una tendencia a la no «comunicación» de resultados, a la no participación de todos y cada uno de los socios en los resultados adversos que sufren los otros socios, pero incluso con proyección a la no comunicación de otras situaciones como la de las aportaciones de capital. El socio de industria se admite que se exonere por pacto de lo que no sean pérdidas de su aportación, y, ya con anterioridad a la *magna quaestio*, al socio de capital no le incumbía la pérdida de la apor-

⁸ Donelo, *Commentarii ad... libros Codicis*, Francofurti, MDCXXII, *ad. 1. Societatem* = C. 4, 37, 1, p. 455.

tación de industria. Pero es que además, cuando esto ocurre ya no es necesaria la comunidad para una figura que cumpla la función de la sociedad, a diferencia del viejo *consortium*; o cuando menos, comienza a no ser necesaria, si queremos retrasar el consensualismo en la sociedad a finales de la República, y con él —pero más allá del mismo, porque con el consensualismo podría obligarse a los socios a constituir la comunidad como obligación del contrato—, la posibilidad, dentro de la sociedad *iuris gentium*, de una sociedad puramente obligacional y sin comunidad. Y, al no ser necesaria la comunidad, podrá pactarse la recuperación del capital aportado por cada uno de los socios, de modo que cualquier socio —pero más el de industria cuya aportación no tiene una entidad autónoma que le permita que sea aprovechable en sí misma por el socio de capital—, puede ser excluido por pacto de participar en las aportaciones de capital.

Por la vía introducida por aquel pacto de exoneración de pérdidas (de capital) al socio de industria, cada uno de los socios sufre el riesgo de las pérdidas relativas a su aportación, y no se tiene que participar necesariamente en las aportaciones que realicen los otros socios.

Esto es una falta de «comunicación» de resultados y de situaciones que dificulta lo propio de la sociedad: la cooperación para, a través de ella, la obtención de una ventaja que distribuir o en la que participar. Se va por ello a lo propio de una función de cambio en la que cada uno obtiene individualmente su ventaja con la prestación del otro, prestaciones por lo general heterogéneas.

Y esta falta de comunicación se refuerza con la consagración de la sociedad *iuris gentium*, la cual es favorable por su estructura, a diferencia del viejo *consortium*, a dicha falta. Se trata ahora de una sociedad —en sus casos, comercial y con fines de seguro— que ha de poder ser actuable como meramente obligacional, y como consensual y de buena fe dentro de su carácter de «causal» por el que recoja autonormativamente, según los usos, la materialidad del negocio. La posibilidad, así, de una sociedad sin comunidad de aportaciones de capital —aun en el caso de que se dé, y no se excluya, un crédito a la participación final en las mismas— junto con la comunidad, salvo pacto contrario, en los riesgos de pérdida de las aportaciones de capital, altera la homogeneidad de las participaciones sociales, tanto en aportaciones (no uniformadas ahora jurí-

dicamente mediante su transformación en participaciones en la comunidad) como en resultados.

En efecto, en el *consortium* imitativo —supuesta, del modo formal que ya dijimos, la posibilidad de un «hermanamiento» de quien básica, o hasta exclusivamente, aporte sólo su actividad de cooperación a la explotación del patrimonio, agrario en general, que es base de la comunidad de vida⁹—, hay una necesaria comunidad de bienes que conlleva rígidamente una también necesaria, como consecuencia, comunidad de intereses.

Y, si seguimos tanto la teoría —de Pernice y Ferrini a Arangio-Ruiz— partidaria de una poligénesis para la sociedad clásica, como la de Wieacker que arranca, aunque matizadamente desde 1952¹⁰, de la evolución del *consortium*¹¹, así como Watson¹², y si dejamos por extremada la teoría de Guarino que, incluso para la *s.o.b.*, arranca exclusivamente del *ius gentium*, negando hasta en aquella misma sociedad la comunidad¹³ —yendo así incluso más lejos de Wieacker¹⁴ en la conocida aversión de éste a la comunidad en la sociedad romano-clásica por él considerada como relación jurídica de una contablemente liquidable gestión *communiter pro socio* con resonancias cuyacianas—, si partimos de estos presupuestos resulta que hay históricamente, en toda o al menos en una rama capital de la sociedad, un paso de una necesaria comunidad de bienes a una situación social en que tal comunidad no es necesaria, y que, no siéndolo, tampoco se dará de hecho bastantes veces porque las circunstancias la harán inconveniente, como en el caso de las *quaestuariae* en que cada socio sigue con su negocio o actividad sin que por lo tanto haya, no ya una empresa, sino incluso un único objeto social común, y dadas las cono-

9 Cfr. lo último en Kaser loc. cit., pp. 283-284, y pp. 312 y ss., en cuanto a la aportación de actividad en el paso de una sociedad de disfrute a una sociedad de ganancias.

10 Wieacker, ZSS, pp. 490 y ss.

11 Por todos informativamente Bona, *Studi sulla società...*, Milano 1973, pp. 1 y ss.

12 Watson, ultim. LQR, 1981, p. 280.

13 Guarino, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972, pp. 5 y ss., y 21 nota 60.

14 Cfr. Kaser, op. cit., p. 294 en relación con 279 y ss., 293 y ss., 300 y ss.

cidas —aunque no insuperables— dificultades técnico-jurídicas romanas para la disposición de la cosa común por uno de los comuneros ¹⁵.

Este paso no es fácilmente reconstruible dada la falta de testimonios. Así Wieacker empezó por entender ¹⁶ que en un principio conforme al criterio del *consortium* que después inspiraría la *s.o.b.*, habría unas participaciones iguales que, más que partes de verdaderas ganancias o pérdidas líquidas, corresponderían a partes del patrimonio común, pero que ya al tiempo de Q. MUCIO las partes sociales lo serían de resultados netos y serían, conforme al pensamiento de tal jurista, proporcionales a las aportaciones ¹⁷. Pero no queda claro si juzga, al menos para la *s.o.b.*, que en Q. MUCIO y más allá de él, las partes continuaban siendo cuotas de participación en el patrimonio común. Y de hecho conforme a D. 17, 2, 5, 1 podría pensarse que todavía en época de los Severos las *partes* debían ser necesariamente iguales en la *s.o.b.* Tampoco Watson deja claro con qué criterio se fijarían las participaciones para la división del patrimonio común en el consorcio imitativo, una vez que deja dicho que, en el legal por sucesión testada con instituciones desiguales, estas atribuciones de herencia constituirían el criterio de participación ¹⁸.

Podría pensarse que el paso entre un *consortium* precedente de la sociedad —el cual se constituye por el establecimiento formal de una comunidad de bienes, y una sociedad consensual que sólo obliga a dar parte de unos beneficios, o a tomar parte de unas pérdidas (*partes lucri et damni*), y los primeros no se sabe, como ahora diremos, si con predetracción de capital o incluyendo el capital aportado—, podría haber contenido tres momentos o escalones: uno primero, de sociedad consensual constitutiva *continuo* de una comunidad, caso de la *s.o.b.* (ya hemos hecho referencia al prof. Torrent en cuanto al *transitus legalis*); uno segundo, de sociedad consensual y simplemente obligatoria, pero referida la obligación a la creación de una comunidad en vida de la sociedad, vamos a poner

15 Sobre lo cual, Wieacker, ZSS, 1952, pp. 332 y ss., y más tarde Cornioley, *Festg. V. Lübtow*, 1970, 506 y ss.

16 Wieacker, *Societas*, Weimar 1936, pp. 251 y ss., esp. 253 y ss.

17 Wieacker, op. cit., pp. 261 y ss.

18 Watson, loc. cit., p. 280.

por caso para crear la «hacienda» de una, no necesaria en todo supuesto, empresa común para la sociedad¹⁹; uno tercero, de sociedad consensual y simplemente obligatoria, que vincula a la concesión, en la liquidación, de parte del capital aportado y no sólo de los beneficios líquidos obtenidos.

Pero no sólo no hay testimonios de esta pormenorización de momentos, sino que incluso alguno de éstos, como es el del caso señalado en segundo lugar, por un lado exigiría congruentemente con su fin: aportaciones para constitución de comunidad en vida de la sociedad, un medio para imponer tal fin: una *actio pro socio* que no disuelva la sociedad, que un notable sector doctrinal no concede²⁰ aunque otro la defiende argumentadamente²¹. Y por otro lado, a pesar de la opinión de autores como Guarino²² que resaltan la especificidad sustantiva y adjetiva o de modo de imponerse efectivamente el deber de aportación, Arangio-Ruiz²³ señala que los juristas no dan un tratamiento autónomo a las aportaciones, sino que se ocupan de ellas en sus variantes con motivo del tratamiento del reparto de pérdidas y ganancias —a lo que podemos añadir nosotros, el tratamiento de la responsabilidad como otra ocasión para ocuparse los juristas de las variantes de la aportación a juzgar por D. 17, 2, 52, 2—, y Wieacker señala que los deberes de aportación no cumplidos figurarán como pasivo a cargo del socio responsable para serle compensados en las cuentas finales.

Incidentalmente, pero llamando la atención sobre ello, es de resaltar aquí que esta relegación que los juristas dan del tratamiento de las aportaciones al momento final de la sociedad, puede traer confusiones y, en concreto, dos graves y malas consecuencias para la fijación precisa de la aportación de industria: la confusión entre una específica aportación de industria y la general colaboración que, en menor o mayor medida, se

19 Sobre ésta en el Derecho Romano, aunque sin la relevancia actual, ver Mayer-Maly, op. cit., p. 120.

20 Por todos Wieacker, ZSS, 1952, p. 316.

21 Ver Guarino, op. cit., pp. 77 y ss., y 98, con Arangio-Ruiz, y además apoyándose en una *praescriptio pro actore* contra la cual Wieacker, op. cit., ultim. p. 317.

22 Guarino, loc. cit., ultim.

23 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 94.

presta para los fines sociales, y que, aún no pactada, puede así, por el jurisprudencial momento *a posteriori* de tratamiento, tenerse en cuenta como algo aportado; y, segundo, que al darse entonces en las cuentas del final de la sociedad, la atención a las aportaciones realizadas o no, y a la responsabilidad por la no verificación de las mismas con la correspondiente compensación, así como a la distribución de ganancias y pérdidas, puede ocurrir que se confunda aportación con concesión de parte de las ganancias, lo que tiene particular interés para los supuestos en los que el hipotético socio de industria presta su actividad fuera del círculo social, ya que entonces no se sabe muy bien si se trata de una aportación de socio de industria, o de una simple sociedad de ganancias en la que los consocios han de traer, para repartirlo, lo que ganan. Éste es el problema básico que, según algunos como Arangio-Ruiz, hay que solucionar como aportaciones de lo ganado, por ejemplo, en el caso concreto de D. 17, 2, 71, caso que otros ni siquiera ven como incluíble en el terreno práctico societario, sino más bien en el de un acuerdo para evitar, como último fin, la recíproca competencia.

De todos modos por lo antes dicho: dificultades de la *actio pro socio manente societate*, y tratamiento conjunto de aportaciones y participación en resultados que puede originar confusiones, no parece procedente aquel segundo momento que era uno de los más decisivos, sino el que más, dentro del paso del *consortium* a la *s.o.b.*

Pero es que además el mismo Wieacker acaba por dudar de si se dio o no un paso evolutivo, con estadios intermedios, similar al que hemos hipotizado, si no se daría más bien un cambio drástico de una a otra situación (de la comunidad de estructura familiar a la *societas iuris gentium*), o incluso si desde antiguo no habría existido un dualismo radical constituido por un tipo de sociedad de patrimonio familiar y otras basadas en la libre cooperación y de tipo comercial en general, que podrían estar asentadas ya coetáneamente a Q. MUCIO si es de él el final de D. 44, 7, 57, Pomp. 6 *ad. Q. Muci.*, aunque a nuestro entender aquel final consensualista puede ser de Pomponio ²⁴.

24 Wieacker, ZSS, 1952, pp. 491 y ss.

Y precisamente porque no hay testimonios, como ya dijimos, al respecto, Wieacker tiene que acudir a observaciones de Derecho comparado histórico, que a veces, como en el caso del Derecho histórico alemán, pueden ser contraproducentes.

Por otra parte tampoco se conoce, con arreglo a los textos un aspecto tan importante en la sociedad consensual y obligatoria desligada de la idea de comunidad, como es el sistema de partidas de liquidación de la sociedad: En concreto, si los *lucra* y *damna* son líquidos, en el sentido de que los primeros, los *lucra*, no existen sino después de la predetracción del capital o de su importe por cada uno de los aportantes con el correspondiente problema de si hay un similar trato para la aportación de industria —o si no hay tal predetracción el capital aportado se distribuye dentro de los *lucra* entre los socios, y por ello también entre el de industria— con arreglo a sus cuotas. Evidentemente que esto último favorecería —aunque no de un modo seguro y por ello definitivo, como ahora diremos—, al socio de industria, de manera que ello podría explicar en cierta medida, pero no totalmente, la posición de Q. MUCIO en la citada *magna quaestio*, referida tal posición a negar para el socio de industria una posibilidad de menor participación en *damna* que en *lucra*.

Pero no hay testimonio de que la liquidación se haga en general —y salvo, claro está la *s. o. b.*—, con participación de todos en el capital aportado. Hay que decir, por ello, que la opinión de Kaser favorable, sin prueba alguna, a tal participación, es gratuita, y además sostenida de modo inverosímil con afirmación de una evolución —en el caso de socio de industria— desde una no inicial distribución de capital a una posterior distribución de este tipo que se daría ya al tiempo de Q. MUCIO, la cual evolución es contraria al paso de la sociedad, de un modo u otro, desde el precedente que es el *consortium* formalmente constituido como comunidad a una sociedad consensual y en numerosos casos de contenido sólo obligatorio estrictamente, ajena a la idea de comunidad ²⁵.

25 Cfr. Kaser, op. cit., p. 315 y nota 147.

Pero igualmente es apriorística la exposición de las cuentas del proceso de liquidación social por parte de Wieacker ²⁶, hecha con un lujo de detalles que parece que tuviese delante los libros de contabilidad.

Es evidente que influirá el tipo de sociedad —que influye ya en el modo de vivirla y de vivir en su caso con arreglo a ella—; y es evidente que en el caso de la *s.o.b.* —pero también en el de las que más se modelan por ella: sociedad exclusivamente sobre los bienes de la herencia paterna avanzado el principado— que no permite distinguir fácilmente aportaciones y concesión de participación en resultados, habrá unas tendencias en la práctica negocial que no serán las mismas que en cuanto a los bienes que en otra sociedad se aparten *quoad usum*, o que en las *quaestuariae unius rei*, en las que fácilmente estará todo previamente determinado y hasta tasado. Pero los juristas —quizá porque lo abandonan, como una situación prevalentemente fáctico-negocial, a la voluntad de los contratantes— no nos dan noticia de criterios.

De todos modos, en los pocos testimonios que de la práctica negocial nos quedan, alguno de ellos como el de *FIRA*, 3, n. 157, referente a un Tráptico de Transilvania sobre una sociedad *danistaria* del 166, parece establecer como pactado la predetracción de las aportaciones en *pecunia*.

Ante todas las dificultades para saber del paso a la *societas i.g.*, hoy en día cobró auge la posición de los partidarios de dejar de intentar —como se hacía sobre todo al final del siglo pasado y comienzos de éste— el precisar con exactitud el origen y evolución de la sociedad, para centrarse en cambio en la determinación de un cambio jurisprudencial de principios utilizados para orientar la materia societaria, pasando los juristas de utilizar los principios y el modelo propios de la sociedad patrimonial familiar basada en la fraternidad, a utilizar los principios de la sociedad *iuris gentium* basada en la cooperación ²⁷.

26 Wieacker, ZSS, 1952, p. 327.

27 Cfr. Bona, loc. cit., ultim.

De todo lo dicho creemos que parece derivarse que en el paso a la *societas* consensual, obligatoria y ajena a la comunidad, como se suele ver a la *societas i.g.*, se produce la posibilidad de aflojamiento en los lazos de la comunidad de intereses de un modo que resulta potencialmente más perjudicial —*in genere* y prescindiendo de la fuerza que en el concreto *tractatus* previo tenga el contratante que sea— para el socio que no aporta capital. Este socio no participa necesariamente en el capital al no ser imprescindible la comunidad, y ser admisible el pacto de predetracción del capital por el aportante. Pero aunque no se diese esto último, y se hubiese convenido que participe, con la liquidación, en el capital aportado, puede que éste no subsista, y el socio de industria se encontrará con que no sólo no obtiene parte de capital, sino que además sólo él sufrirá la pérdida, no considerada *damnum*, de su aportación, que está destinada a una consunción segura. Sin embargo su, quizá no frecuentemente convenida, participación a la liquidación en el capital, es siempre aleatoria cuando no hay comunidad. Y además de todo esto, él ha de contribuir a enjugar la pérdida del capital, que sí es considerada como *damnum*, sufrida por el aportante de éste, hasta que a partir de la opinión de Servicio en la *magna quaestio* se le admite la validez de un pacto —cuya exigencia como algo «accidental», y ni siquiera «natural» por no decir «esencial», es excesiva— de exoneración de participación en el capital, al menos hasta donde lo justifique la onerosidad de su aportación. La pretensión de Kaser de que el riesgo —no la responsabilidad— de pérdida de cada aportación la sufre cada aportante²⁸ —de modo que no parecería desigual o injusto al respecto que sólo el socio de industria hubiese de soportar la pérdida de su actividad, porque también el socio de capital correría el riesgo de perder éste— es una pretensión gratuita. No es aquello lo que parece resultar de un conjunto de textos como D. 17, 2, 52, 4 (*Iul. apd. Ulp. 31 ad. ed.*); D. 17, 2, 58, pr. 1 (Cels. 7 *dig. apd. Ulp. eod. loc.*); D. 17, 2, 60, 1 (Pomp. 13 *ad Sab.*) y D. 17, 2, 61 (*Ulp. 31 ad ed.*), ni lo que se acomoda a la opinión de la mayoría de los romanistas²⁹. Y a ello habría

28 Kaser, *op. cit.*, p. 316.

29 Cfr. ultim. Misera, *Festg. Kaser*, Wien..., 1986, pp. 201 y ss.

que añadir la intensificación que, en su caso y al menos de la época adrianea en adelante, se produce para el socio de industria en su responsabilidad, pasando a responder por *culpa, imperatia* y también, según unas u otras circunstancias (poder sobre los bienes para realizar su actividad en ellos, recepción de estos *cum aestimatione*) conforme a las diversas opiniones doctrinales, por *custodia*, además de la responsabilidad original por dolo.